

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

KAMU HUKUKU

Muradiye ÇEVİKÇELİK, Berkant AKKUŞ

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Derin Deniz Yatağı
Madenciliği: Sorunlu Konular ve Değerlendirmeler
*The United Nations Convention on the Law of the Sea and Deep Seabed
Mining: Problematic Issues and Considerations.....1*

Ahmet Alptekin DURU

Hukuki Belirlilik İlkesi Çerçevesinde Mevzuat Yapım Tekniği ve Mevzuat
Bilgi Sistemi
*Legislative Drafting Technique and Legislative Information System within
the Context of the Principle of Legal Certainty77*

Ceren KARAGÖZOĞLU

İnsancıl Hukuk Kuralları Çerçevesinde Duvar İşgalinden Günümüze İsrail'in
İşgal Altındaki Filistin Topraklarındaki Hukuk Dışı Yerleşimleri
*Israel's Illegal Settlements in the Occupied Palestinian Territories from the
Construction of the Wall to the Present in the Framework of
Humanitarian Law143*

Feruzan ŞENOL

Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçunda Nedensellik
ve Objektif İsnadiyet
*Causation and Objective Imputation in the Offence of Aggravated
Battery Causing Death.....*199

Önder TOZMAN

Kanuna Aykırı Bir Uygulama: Hükmen Tutukluluk Hakkında
Değerlendirmeler
*A Practice Against Law: Consideration About Detention Based Upon
Conviction.....*273

Gülce Ecem UÇAR

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Verileri Yok Etmeme Suçu
*The Crime of Destruction of Data in Turkish Penal Code No.5237*319

İlgin ÖZKAYA ÖZLÜER

7452 Sayılı Kanun ile Acele Kamulaştırmanın Yeni Paradigması: Şehircilik
Hukukunda Olağanüstü Halin Süreklileşmesi
*The New Paradigm of Urgent Expropriation under Law No. 7452:
The Perpetuation of the State of Emergency in Urban Law*363

ÖZEL HUKUK

Betül AZAKLI ARSLAN

İcra Memurunun Avukatı Haciz Mahallinden Çıkarma Yetkisinin Olup
Olmadığına İlişkin Bir İnceleme
*An Examination on Whether the Debt Collector Has the Authority to Remove
the Lawyer from Seized Property.....*413

Fırat KORKMAZ, Fatma İrem ŞAHİN

Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Kurtuluş Kanıtının Değerlendirilmesi
*Evaluation of the Exculpatory Evidence in the Strict Liability of the
Animal Keeper*443

Alaz TARHAN

Roma Kanunlarının Zaman Kavramıyla Tanışması:

Roma Cumhuriyet Dönemi'nde Kanunların Geriye Yürüme(me)si

Roman Laws Meet the Notion of Time:

(Non-)Retroactivity of Laws in Roman Republican Period481

Önder TOPAL, Mahmut CEYLAN

Türk ve İsviçre Hukukunda Bankaların İflasında İflas İdaresinin Görevleri ve İşlemlerinin Denetimi

The Tasks of Administration of Bankruptcy on Bank Bankruptcies Under

Turkish and Swiss Law and Review of Its Proceedings529

Özlem TÜZÜNER

Genel Hafta Tatilinin Özel Hukuk Sürelerine Etkileri Çerçevesinde Lozan

Barış Antlaşması'nın 43 ve 45'inci Maddelerinin Arka Planı Üzerine

Düşünceler

Reflections on the Background of Articles 43 and 45 of the Lausanne Peace

Treaty within the Framework of the Effects of the General Weekly Holiday

on Private Law Periods593

MAKALELER / *Articles*

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ VE DERİN DENİZ YATAĞI MADENCİLİĞİ: SORUNLU KONULAR VE DEĞERLENDİRMELER

*The United Nations Convention on the Law of the Sea and Deep
Seabed Mining: Problematic Issues and Considerations*

Berkant AKKUŞ*

ÖZ

Madencilik sektörü karasal maden kaynaklarının azalması neticesinde derin deniz yatağı madenciliğine yönelmektedir. Kıyı devletlerinin deniz yetki alanına girmeyen tüm kısımlar derin deniz yatağının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu makale, ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde derin deniz yatağı madenciliğine uygulanabilecek uluslararası hukuk sistemini, bu sistemi yöneten organ olan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile beraber değerlendirecektir. Derin deniz madenciliğini düzenleyen uluslararası hukuk sistemi ve devletlerin ulusal mevzuatları kusursuz değildir. Bu doğrultuda, makalede incelenmek üzere beş sorunlu konu belirlenmiştir. İlk olarak, süreçte şeffaflık eksikliği bulunmaktadır ve halkın katılımının sağlanması gerekmektedir. Sivil toplum kuruluşlarının etkisi ve gözlemci olarak oynadıkları rol dikkate alınmalıdır. Tüm paydaşlar, başvuru prosedürlerinde görüş ve itirazlarını sunabilmelidir. Hukuk ve Teknik Komisyon'un toplantıları açık gerçekleştirilmelidir. İkinci olarak, mali konular açısından, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ödeme mekanizmasının nasıl şekilleneceği belirsizliğini korumaktadır. Üçüncü olarak, derin deniz yatağı madenciliğinin

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 11.09.2023.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 05.03.2025.

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: berkantakus91@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6652-2512>, ROR ID: <https://ror.org/04asck240>.

çevresel etkileri ve deniz çevresinin korunmasına yönelik endişeler varlığını sürdürmektedir. Dördüncü olarak, Bileşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlerin ve devlet dışı tarafların hak ve yükümlülükleri netleştirilmelidir. Beşinci olarak, forum shopping problemi yani yargılamada en lehe kararı verebilecek olan yetkili mahkeme seçimi olasılığı değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Deniz hukuku, Derin deniz madenciliği, Kıta sahanlığı, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, İnsanlığın ortak mirası.

ABSTRACT

The mining industry is shifting towards deep-sea bed mining due to the depletion of terrestrial mineral resources. All areas beyond the national maritime jurisdiction of coastal states constitute part of the deep-sea bed. This article examines the international legal framework applicable to deep-sea bed mining beyond national jurisdiction, along with the International Seabed Authority, which governs this system. The international legal framework regulating deep-sea mining, as well as national legislations of states, is not flawless. In this regard, five problematic issues have been identified for examination in this article. First, there is a lack of transparency in the process, and public participation must be ensured. The influence of civil society organizations and their role as observers should be considered. All stakeholders should have the opportunity to present their opinions and objections during application procedures. The meetings of the Legal and Technical Commission should be conducted openly. Second, in terms of financial matters, uncertainty persists regarding how the payment mechanism of the International Seabed Authority will be structured. Third, concerns remain regarding the environmental impacts of deep-sea bed mining and the protection of the marine environment. Fourth, the rights and obligations of states that are not parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea, as well as those of non-state actors, should be clarified. Fifth, the issue of forum shopping—the possibility of selecting the most favorable jurisdiction for adjudication—should be assessed.

Keywords: Law of the sea, Deep sea mining, Continental shelf, International Seabed Authority, Common heritage of mankind.

GİRİŞ

Önümüzdeki on yıllarda, ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde derin deniz yatağı madenciliği ticari bir gerçeklik haline gelecektir. Madencilik sektörü, denizaltı teknolojisindeki ilerlemelerin yanı sıra artan malzeme tüketimi ve karasal maden kaynaklarında beklenen kıtlık nedeniyle giderek daha fazla denizlere yönelmektedir.²

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi Genel Sekreteri, ulusal yetki alanlarının ötesindeki derin deniz yatağı madenlerinin ticarileştirilmesinin öngörülebilir gelecekte ulaşılabilir ve erişilebilir olduğunu belirtmektedir.³ Derin deniz yatağı madenciliğine olan ilgi ve yatırım bir dizi aktör arasında artmaya devam etmektedir.

Bu makale, ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde derin deniz yatağı madenciliğine uygulanabilecek uluslararası hukuk sistemini değerlendirecektir. Hem bu hukuk sistemi hem de onu yöneten organ olan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) tarafından oluşturulmuştur.⁴ Devletlerin çoğunluğu BMDHS'ye taraftır. 2023 yılı itibarıyla, BMDHS'ye Avrupa Birliği de dâhil olmak üzere 168 taraf devlet bulunmaktadır.⁵ BMDHS'nin içeriği devletlerin sözleşmeye taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın, tüm devletler için bağlayıcı olan teamül hukuku statüsüne sahip olarak kabul edilmektedir.⁶ Bu noktada ısrarlı itiraz doktrini Türkiye açısından incelenmelidir. İsrarlı itiraz, bir devletin örf ve âdet hukuku normu haline gelen bir kuralı açık ve sürekli olarak reddetmesi durumunda, o devlete bu normun uygulanmamasını öngören bir ilkedir. Ancak itiraz, norm örf ve âdet

² Yves Fouquet, *Deep Marine Mineral Resources* (Heidelberg: Springer, 2014), 3.

³ ISA Press Release, "Commercialization of Marine Minerals in Deep Seabed Well Within Reach, International Seabed Authority Secretary-General States as He Introduces Annual Report" (19 Temmuz 2016) SB/22/11.

⁴ United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted and opened for signature 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi merkezi Jamaika'da bulunan özerk bir uluslararası kuruluştur.

⁵ "Chronological List of Ratifications of, Accessions and Successions to the Convention and the Related Agreements," United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, erişim tarihi Mart 01, 2025, https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm.

⁶ John Noyes, "The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future," *Denver Journal of International Law and Policy* 40, no. 3 (Ocak 2012): 455; Robin Churchill, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1999), 24.

hukuku haline gelmeden önce yapılmalıdır. İtiraz açık, tutarlı ve süreklilik arz etmelidir. Uluslararası toplum tarafından bu itirazın kabul edilmesi gereklidir.⁷ Türkiye, BMDHS'ye taraf değildir. Ancak bazı hükümlerini fiilen uygularken, bazılarını itiraz etmektedir. İtirazları incelemek gerekirse; kara suları: Türkiye, 6 mil uygulamasını sürdürmekte ancak Ege Denizi'nde kara sularının 12 mile çıkarılmasına itiraz etmektedir.⁸ Münhasır Ekonomik Bölge (MEB): Türkiye, MEB ilan etmemiş ancak kıta sahanlığı haklarını uluslararası hukuka dayanarak savunmaktadır. Kıta Sahanlığı: Türkiye, kıta sahanlığının doğal uzantı ilkesine dayanarak belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Adalar meselesi: Türkiye, Ege ve Doğu Akdeniz'de Yunanistan ve GKRY'nin adalar üzerinden geniş deniz yetki alanları talebine itiraz etmektedir. Bu bağlamda Türkiye'nin, bazı konularda ısrarlı itiraz mekanizmasını işlettiği iddiasında bulunabilir. Deniz hukukunun birçok kuralı artık örf ve âdet hukuku normu haline gelse de bu durumda, Türkiye bu normların büyük bir kısmına uymak zorunda kalmayacaktır.

BMDHS kapsamında, kıyı devletlerinin ulusal deniz yetki alanına girmeyen tüm kısımlar derin deniz yatağının bir parçasını oluşturmaktadır.⁹ Kıyı devletlerinin ulusal deniz yetki alanları bir dizi deniz bölgesi boyunca uzanmaktadır. Coğrafyanın özellikleri ve kıyıdaş devletlerin rekabet halindeki hak iddiaları bir yana bırakılırsa, herhangi bir kıyı şeridinden dışarı doğru çıkıldığında, genellikle ilgili kıyı devletinin kara suları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ile karşılaşılacaktır.¹⁰ Jeomorfolojik ve jeolojik faktörlere bağlı olarak, bazı devletler kıyı şeridinden itibaren 200 deniz milinin ötesine geçen genişletilmiş bir kıta sahanlığı talep etme hakkına sahiptir.¹¹

⁷ James Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 58.

⁸ BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nın 189. oturum tutanağı, 08.12.1982 tarihli ve A/CONF.62/SR.189 sayılı Belge, s. 76, par. 150.

⁹ Aydoğan Özman, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi* (İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayınları, 1984). BMDHS, 1(1): "Bölgeden, ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatakları ve bunların toprak altı anlaşılmalıdır." Aksi belirtilmedikçe, bu makalede derin deniz yatağı ve bölgeye yapılan atıfların her ikisi de BMDHS madde 1(1)'de tanımlandığı şekliyle bölgeye atıfta bulunmaktadır.

¹⁰ BMDHS, 3. madde (kara sularının genişliği), 33. madde (bitişik bölge), 57. madde (münhasır ekonomik bölge) ve 76. madde (kıta sahanlığı).

¹¹ BMDHS, 76(4)-(6). Deniz hukuku açısından takımadalar ve takımadalar suları, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) çerçevesinde özel bir statüye

Bölgeden bölgeye, kıyı devletlerinin farklı yükümlülükleri ve hakları vardır. Bununla birlikte, tüm bu bölgelerdeki ortak paydalardan biri, kıyı devletlerinin kendi ulusal deniz yetki alanları dahilinde doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesine izin verme ve düzenleme konusunda münhasır hakka sahip olmalarıdır.¹² Kıyı devletinin deniz yetki alanının ötesinde ise durum değişmektedir. Bu bölge tek bir devlete ait değildir. Bunun yerine, insanlığın ortak mirasını oluşturmaktadır.¹³ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi derin deniz yatağının koruyucusu olarak hareket etmekte, derin deniz yatağını düzenlemekte ve katılımcıların derin deniz yatağında bulunan maden kaynaklarını aramalarına ve işletmelerine izin vermek için madencilik sözleşmeleri yapmaktadır.¹⁴

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin görev alanının kapsamını belirlemek gerekirse, derin deniz yatağı tüm küresel deniz yatağının dörtte üçünü oluşturmaktadır. Alanın tanımı doğrultusunda, tüm kıyı devletlerinin genişletilmiş kıta sahanlıkları üzerindeki hak iddiaları çözülmeden derin deniz

sahiptir. Bu kavramlar özellikle takımda devletleri bağlamında değerlendirilir. Takımda, coğrafi, ekonomik ve politik olarak birbirine bağlı ve doğal bir bütünlük oluşturan ada gruplarını ifade eder. Takımda Devleti, tamamen takımadalardan oluşan ve bu adalar ile çevresindeki sular üzerinde egemenlik iddia eden devlettir. Örneğin: Endonezya, Filipinler ve Maldivler, BMDHS kapsamında takımda devleti statüsüne sahip ülkelerden bazılarıdır. Takımda devletleri, kendilerine ait takımadaların en dış noktalarından geçen düz takımda çizgilerini esas alarak takımda sularını belirleyebilir. Bu çizgiler, BMDHS'nin 47. maddesi gereği bazı kurallara tabidir: Çizgilerin hiçbirinin uzunluğu 100 deniz milini aşmamalıdır (bazı istisnalar hariç). Tüm çizgilerin ortalama uzunluğu 125 deniz milini aşamaz. Çizgiler belirlenirken takımdanın genel yapısı dikkate alınmalıdır ve anlamsız su bölgeleri yaratılmamalıdır. Takımda devletin egemenliği, takımda suları, bu sulardaki hava sahası, deniz yatağı ve toprak altını kapsar. Ancak, diğer devletlerin zararsız geçiş hakkı devam eder. Özellikle uluslararası boğazlar gibi stratejik öneme sahip güzergâhlarda, sürekli ve hızlı geçiş hakkı (transit geçiş hakkı) da tanınabilir. Takımda devletleri, iç hukuklarına göre bu suları düzenleyebilir ve kullanabilir. Takım ada suları, kara suları gibi görülse de uluslararası hukuka göre belirli geçiş haklarına tabidir. Takımda devletleri, takımda sularına ek olarak: 12 deniz mili kara suları, 200 deniz mili Münhasır Ekonomik Bölge (MEB), Kıta sahanlığı gibi haklara da sahiptir. Takımda suları, takımda devletlerine özel tanınan ve onların egemenliğinde olan sulardır. Ancak, uluslararası deniz hukuku, diğer devletlerin belirli haklarını da koruyarak denge sağlamaktadır. Bu nedenle, bu sular iç sular gibi değerlendirilemez ancak egemenlik açısından önemli bir statüye sahiptir. Mohamed Munavvar, *Ocean States Archipelagic Regimes in the Law of the Sea* (Leiden: Brill, 1994), 107-145.

¹² BMDHS, 2(2), 56(1)(a), 77(1)-(2), 81. maddeler.

¹³ BMDHS, 136. madde.

¹⁴ BMDHS, 153, 157(1) maddeler.

yatağının kesin boyutu belirlenemez. Bu hak iddialarının belirlenmesi devam eden bir süreçtir. Bununla birlikte, ulusal deniz yetki alanlarının ötesindeki derin deniz yatağının yüzey alanına ilişkin en iyi tahmin 260 milyon kilometrekaredir.¹⁵ Bu durumda, derin deniz yatağı okyanusların toplam yüzey alanının yaklaşık %72'sini kapsamaktadır.

Bu makalede ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere, birçok devlet, devlet kurumu ve özel kuruluş, derin deniz yatağının geniş alanları üzerinde arama haklarını güvence altına almak için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne başvurmuştur. Mevcut yüklenicilerden belirli devletler veya vatandaşları özellikle ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde derin deniz yatağı araştırmalarında aktiftir. Bu devletler; Çin, Rusya, Güney Kore, Japonya, Hindistan, Fransa, Almanya ve Birleşik Krallık olarak sayılabilir. Bugüne kadar Çin, Rusya ve Güney Kore, şu anda arama yapılmasına izin verilen üç mineral türünün yani polimetallik nodüller, polimetallik sülfidler ve kobalt bakımından zengin ferromanganez kabuklar ile ilgili arama ruhsatına sahip olan devletlerdir.¹⁶

Derin deniz dibi kaynaklarına yönelik ticari ilgi çeşitli özel sektör aktörleri arasında giderek artmaktadır. Kanadalı madencilik devi Nautilus Minerals Inc ve ABD kökenli savunma şirketi Lockheed Martin gibi önemli endüstri oyuncuları halihazırda derin deniz yatağında keşif faaliyetleri yürütmektedir. Bu çerçevede, bu makale derin deniz yatağı madencilik faaliyetleri için geçerli olan uluslararası hukuk sistemini değerlendirecektir. Bu makalenin ana araştırma sorularını sıralamak gerekirse: Derin deniz yatağında ne tür maden kaynakları mevcuttur ve bu maden kaynakları BMDHS sisteminin kapsamında nasıl değerlendirilmelidir? BMDHS'nin derin deniz yatağı madencilik sistemi ne şekilde işlemektedir? Derin deniz yatağı madenciliğinde uygulanacak temel ilkeler nelerdir? Derin deniz yatağına ilişkin ruhsatlandırma süreci nasıl işlemektedir? BMDHS uyarınca bugüne kadar derin deniz yatağında ne tür madencilik faaliyetleri

¹⁵ Michael Lodge, "Satya Nandan's Legacy for the Common Heritage of Mankind," in *Peaceful Order in the World's Oceans*, ed. Michael Lodge, Myron Nordquist (The Hague: Brill, 2014), 290.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgiye Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin resmi internet adresinden ulaşılabilir. International Seabed Authority, "Minerals: Polymetallic Nodules," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/polymetallic-nodules/>.

gerçekleştirilmiştir? Son olarak, derin deniz madenciliğine ilişkin problem yaratan konular değerlendirilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

Bu soruları yanıtlamak için bu makale şu şekilde ilerleyecektir. İlk bölüm, derin deniz yatağında bulunabilecek maden kaynaklarının türlerini tanıttacaktır. İlk bölümde açıklanacağı üzere, farklı deniz bölgelerinde geçerli olan farklı hukuk sistemleri, belirli kaynakların her bir bölgede tanımlandığı şekliyle kıyı devletinin ulusal deniz yetki alanlarında veya Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin derin deniz yatağında izniyle veya izni olmaksızın işletilip işletilemeyeceği konusunda önemli hukuki sonuçlara sahip olabilir. İkinci bölüm, BMDHS'nin derin deniz yatağı madencilik rejimi ve bu rejim kapsamındaki ruhsatlandırma süreci ve aktörlerin şu anda derin deniz yatağında ne ölçüde madencilik faaliyeti yürüttükleri de dahil olmak üzere temel parametreleri hakkında bir fikir verecektir. Son olarak üçüncü bölüm, derin deniz yatağı madencilik rejiminin durumuna ilişkin sonuç değerlendirmeleriyle sona erecektir.

I. DERİN DENİZ TABANINDAKİ MADEN KAYNAKLARI

Derin deniz yatağı bir dizi değerli maden kaynağına ev sahipliği yapmaktadır. Maden kaynakları volkanik sırtlar, kayalıklar ve okyanus tabanındaki tortular da dahil olmak üzere çeşitli derin deniz bölgelerinde bulunmaktadır. Karşılaştırma ve kıyaslama yapmak amacıyla bu bölüm, derin deniz yatağı ile kıyaslandığında, ulusal deniz yetki alanlarının kapsamını ve kıyı devletlerinin deniz alanları içerisindeki doğal kaynakların hukuki tanımlarını kısaca açıklayarak başlayacaktır. Tanımlar, BMDHS'nin derin deniz yatağı madenciliği rejimine giren kaynak türlerinin kapsamını belirlediği için önemli bir ön meseledir. Tanımlar belirlendikten sonra, derin deniz yatağında en yaygın olarak hangi tür kaynakların bulunduğunu açıklamadan önce, deniz bölgelerindeki kaynak dağılımı konusu ele alınacaktır. Bu analizin ardından, mevcut ticari ilgiyi çeken bir derin deniz yatağı kaynağı kategorisi olan nadir toprak elementlerine odaklanılacaktır.

A. Kıyı Devleti İçerisindeki Doğal Kaynak Haklarının Karşılaştırılması ile Deniz Yetki Alanları ve Derin Deniz Yatağı

Okyanuslar her biri farklı hukuki sonuçlara sahip bir dizi deniz alanına ayrılabilir. Bu alanlar; iç sular, takım ada suları, kara suları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığı ve derin deniz yatağıdır.¹⁷

¹⁷ Fouquet, Deep Marine Mineral Resources, 3.

Sınıflandırma açısından kıyı devletinin deniz ülkesi dahil deniz alanları ile kıyı devletine yetkiler tanıyan deniz yetki alanları ayrımı yapılabilir. Her ne kadar bu makalenin odak noktası ulusal deniz yetki alanının ötesindeki derin deniz yatağı olsa dahi kıyı devletlerinin veya Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin yetki alanına giren bölgeleri ve kaynak türlerini açıklığa kavuşturmak amacıyla, ulusal deniz yetki alanının kapsamına ve çeşitli deniz bölgelerindeki doğal veya mineral kaynakların tanımlarına kısaca değinilecektir.

Doğal veya mineral kaynakların tanımları, ulusal deniz yetki alanları ve derin deniz yatağı boyunca değişiklik göstermektedir. Bir kaynağın biçimi ve içinde bulunduğu bölge, ona uygulanan hukuk sistemi üzerinde belirleyici bir etkiye sahiptir. Bederman, bazen kafa karıştırıcı olabilen bu terminoloji dizisine şu yararlı noktayla açıklık getirmektedir:

Belirli bir faaliyet veya kaynak kıyıya ne kadar yakınsa, en yakın kıyı devletinin kontrolü, yargı yetkisi veya düzenleme yetkisi altına girme olasılığı o kadar yüksektir. Tersine, kıyıdan uzaklaştıkça kıyı devletinin yetkisi azalmaktadır.¹⁸

Kıyı şeridinde en yakın deniz bölgesi olan kara sularında, kıyı devleti tüm kaynaklar üzerinde karada olduğu gibi eşdeğer haklara sahiptir.¹⁹ Kara sularının ötesinde, birbiriyle örtüşen bitişik bölge ve münhasır ekonomik bölge yer almaktadır. Bu bölgelerde, kıyı devletleri geniş bir kaynak yelpazesi üzerinde haklara sahiptir. Münhasır ekonomik bölge içerisinde doğal kaynaklar, deniz yatağı ve toprak altında ve üstündeki su kütlelerinde bulunan canlı ve cansız kaynakları içerecek şekilde tanımlanmaktadır.²⁰

Kara sularının ötesinde yer alan ve kısmen bitişik bölge ve münhasır ekonomik bölge ile örtüşen alan kıta sahanlığıdır. Kıta sahanlığı, kara sularının ötesine uzanan ve kıyı devletinin deniz altındaki kara kütlelerinin doğal bir uzantısını oluşturan deniz yatağı ve toprak altından oluşmaktadır.²¹

¹⁸ David Bederman, *The Spirit of International Law* (Georgia: University of Georgia Press, 2017), 169.

¹⁹ Yusuf Aksar, *Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – II* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 42.

²⁰ Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 221.

²¹ Ted McDorman, “The Continental Shelf,” in *The Oxford Handbook on the Law of the Sea*, ed. Donald Rothwell, Alex Elferink, Karen Scott, Tim Stephens (New York: Oxford University Press, 2015), 185.

Kıyı devletinin kara kütlesinin bu batık uzantısı, genellikle her biri farklı kaynak etkilerine sahip üç ayrı bölümden oluşur. Birincisi, nispeten sığ sularda kalın bir tortu alanı olan kıta sahanlığının kendisidir. İkincisi, eğim doğrultusunda sahanlığın yerini dik bir inişe bıraktığı nokta olan kıta yamacıdır. Üçüncü ve son olarak, kıtasal yükselme vardır. Yükselme, yamacın hemen ötesindeki daha kademeli iniştir ve yukarıdaki sahanlık ve yamaçtan basamaklanan tortu tarafından oluşturulur. Birlikte ele alındığında, sahanlık, yamaç ve yükselti kıta kenarını oluşturur.²²

Kıyıdaş devletlerin rekabet halindeki hak taleplerine tabi olarak, kıyı devleti kendi esas hatlarından 200 deniz miline kadar olan kıta sahanlığı üzerinde doğal egemenlik haklarına sahiptir.²³ Bilimsel ve teknik veriler bir kıyı devletinin kıta kenarının dış kenarının devletin esas hattından 200 deniz milinin ötesine uzandığını doğrularsa, bu devlet dış veya genişletilmiş bir kıta sahanlığı hakkına sahiptir.²⁴ Genişletilmiş kıta sahanlığına sahip olmak isteyen bir devlet bunu Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'na sunarak yapmalıdır.²⁵

Kıyı devleti genişletilmiş kıta sahanlığı dahil olacak şekilde, kendi kıta sahanlığı içinde doğal kaynaklarını araştırmak ve kullanmak için münhasır egemenlik haklarına sahiptir.²⁶ Kıyı devletinin tüm su sütunu boyunca canlı ve cansız doğal kaynaklar üzerinde egemenliğe sahip olması prensibi münhasır ekonomik bölgenin aksine, kıta sahanlığında kıyı devletlerinin doğal kaynaklar üzerindeki haklarını daha dar bir şekilde tanımlanmıştır.²⁷ Kıta sahanlığı içerisinde doğal kaynaklar tanımı, sadece deniz yatağında ve toprak altında bulunan mineral ve diğer cansız kaynaklar ile dipte yaşayan yerleşik türleri kapsayacak şekilde genişlemektedir.²⁸ Münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığındaki farklı doğal kaynak tanımları en çok genişletilmiş kıta

²² BMDHS, 76(3).

²³ BMDHS, 76(1), 77(3).

²⁴ BMDHS, 76(1).

²⁵ Oystein Jensen, "The Commission on the Limits of the Continental Shelf: An Administrative, Scientific, or Judicial Institution?," *Ocean Development and International Law* 45, no. 2 (April 2014): 182.

²⁶ BMDHS, 77(1)-(2), 81.

²⁷ BMDHS, 56(1)(a), 77(4).

²⁸ Victor Prescott, "Resources of the Continental Margin and International Law," in *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*, ed. Peter Cook, Chris Carleton (New York: Oxford University Press, 2000), 80.

sahanlığı alanlarında etkili olmaktadır. Genişletilmiş kıta sahanlığı içinde, yani münhasır ekonomik bölgenin 200 deniz mili sınırının ötesinde yalnızca BMDHS madde 77(4)'te bulunan daha sınırlı doğal kaynak tanımı geçerlidir.

Derin deniz yatağındaki kaynakların tanımı, yerleşik veya başka türlü, herhangi bir tanımdaki canlı kaynakları içermeyecek şekilde yine daha dardır.²⁹ Bölgedeki derin deniz yatağı madenciliği ile ilgili olarak BMDHS kaynakları, polimetallik nodüller de dahil olmak üzere, deniz yatağında veya altında bulunan tüm katı, sıvı veya gaz halindeki mineral kaynakları olarak tanımlamaktadır.³⁰ Derin deniz yatağından çıkarıldıktan sonra bu tür kaynaklar mineral olarak adlandırılır.³¹ BMDHS doğrultusunda, derin deniz yatağı madencilik rejiminin canlı kaynaklara uygulanmadığı göz önünde bulundurulduğunda, deniz genetik kaynaklarının ne ölçüde insanlığın ortak mirasının bir parçasını oluşturduğu tartışmalıdır.³² Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ulusal deniz yetki alanlarının ötesindeki alanların deniz biyolojik çeşitliliğinin korunması ve sürdürülebilir kullanımı konusunda BMDHS'yi tamamlayacak bir andlaşma geliştirilmesini kabul etmiştir. Bu doğrultuda, Ulusal Yetki Alanı Dışındaki Alanlarda Deniz Biyolojik Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 19 Haziran 2023 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye de adı geçen Sözleşmeyi imzalamıştır.³³

Kaynağın hem konumu hem de biçimi uygulanabilir hukuk sistemini belirleyen faktörlerdir. Ulusal deniz yetki alanları içinde bulunan ve bu alanlardaki doğal kaynak tanımlarına uyan kaynaklar kıyı devletinin yetki alanına girer. Araştırmak için veya bu tür doğal kaynakların işletilmesi için kıyı devletinin izninin alınması gerekmektedir. BMDHS madde 133'te tanımlandığı üzere, derin deniz yatağı içindeki maden kaynakları Uluslararası

²⁹ BMDHS, 133(a).

³⁰ BMDHS, 133(a).

³¹ BMDHS, 133(b).

³² David Leary, "Moving the Marine Genetic Resources Debate Forward: Some Reflections," *The International Journal of Marine and Coastal Law* 27, no. 2 (January 2012): 375.

³³ Tullio Scovazzi, "Negotiating Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Prospects and Challenges," *The Italian Yearbook of International Law* 24, no. 1 (October 2015): 61. Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, UNGAOR, Further resumed 5th Sess, UN Doc A/CONF.232/2023/4 (19 June 2023).

Deniz Yatağı Otoritesi'nin yetki alanı dahilindedir ve sadece Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin izniyle araştırılabilir veya işletilebilir. Bu makalenin devamında, derin deniz tabanında bulunan maden kaynaklarına ve bu kaynakları yöneten hukuk sistemine odaklanılacaktır.

B. Ulusal Deniz Yatağının Ötesindeki Derin Deniz Yatağının Maden Kaynaklarına İlişkin Yargı Yetkisi

Derin deniz yatağındaki kaynakların hukuki tanımı açıklığa kavuşturulduktan sonra, bu durumda derin deniz yatağında hangi tür maden kaynaklarının bulunabileceği sorusu gündeme gelmektedir.

Çeşitli deniz bölgelerinin farklı jeolojik bileşimi, sonuçta ortaya çıkan kaynak dağılımı üzerinde önemli etkilere sahiptir. Tarihinin bir ürünü olarak, kıta sahanlığı organik madde ve tortu bakımından zengindir. Önceleri, şu anda sahanlığı oluşturan karanın büyük bir kısmı suyun üzerinde yer almaktaydı. Ancak buzul döneminin sonunda yükselen su seviyeleri nedeniyle sahanlık su altında kalmıştır. Buna karşılık derin deniz yatağı, kıtalar birbirinden uzaklaştıkça sertleşen lavlardan oluşmuştur.³⁴ Derin deniz yatağı oluşurken organik maddelerin çoğu yanan lavlar tarafından söndürülmüştür. Bu nedenle, derin deniz yatağının büyük bir kısmı sahanlıktan çok daha derinlerde yer alan ağır, kaya bazlı malzemeden oluşmaktadır.³⁵

Kıta sahanlığı kaynaklarının araştırılması ve kullanılması, derin deniz yatağı içindeki benzer faaliyetlere kıyasla çok daha ileri bir aşamadır. Kıta sahanlıkları boyut ve bileşim açısından farklılık gösterse de, tipik olarak çeşitli cansız kaynak türlerini ortaya çıkarmaktadır. Yaygın kıta sahanlığı kaynak türleri arasında altın, elmas, ilmenit ve kalay gibi çeşitli minerallerin kum, çakıl ve plaser yatakları ile fosforit gibi endüstriyel mineraller bulunmaktadır.³⁶ Doğal gaz ve petrol de dahil olmak üzere hidrokarbonlar genellikle kıta sahanlığında bulunur ve bunlar yamaçta ve yükselti üzerinde mevcut olabilir.³⁷ Derin okyanus tabanının büyük bir kısmının daha ağır, kaya bazlı yapısı nedeniyle mevcut kaynak türleri kıta kenarında bulunanlardan

³⁴ Paul Pinet, *Invitation To Oceanography* (Burlington: Jones & Bartlett, 2019), 80.

³⁵ John Childs, "Extraction in Four Dimensions: Time, Space and the Emerging Geo(-)politics of Deep-Sea Mining," *Geopolitics* 25, no. 1 (2020): 190.

³⁶ Tim Schröder, "Marine Resources Opportunities and Risks," *World Ocean Review* 3, no. 1 (2014): 64.

³⁷ Prescott, "Resources of the Continental Margin and International Law," 75.

farklılık göstermektedir. Derin deniz kaynak türlerine metalik mineraller hakimdir.³⁸

Derin okyanus tabanının büyük çoğunluğu derin deniz yatağı içerisinde kalmaktadır. Ancak değişen kıta sahanlığı özellikleri nedeniyle, bazı devletler 200 deniz millik kıta sahanlığı hakları dahilinde derin okyanus tabanına sahiptir. Bunun bir sonucu olarak, Cook Adaları ve Papua Yeni Gine gibi bazı devletlerin ulusal yargı yetkisi dahilinde derin okyanus tabanında madencilik faaliyetlerinin yakında başlaması muhtemeldir.³⁹

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi derin deniz yatağında maden kaynaklarının araştırılması ve işletilmesi için bir ruhsatlandırma rejimi sürdürmektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin derin deniz yatağı madenciliği üzerindeki düzenleyici rolünün bir parçası, derin deniz yatağındaki her türlü kaynak için arama ve işletmeyi düzenlemek üzere aşamalı olarak kapsamlı bir Maden Düzenlemesi geliştirme yetkisini içermektedir. Şu anda bu Maden Düzenlemesi üç özel metalik mineral türüne ilişkin arama faaliyetlerini kapsamaktadır: Polimetallik nodüller, polimetallik sülfidler ve kobalt bakımından zengin ferromanganez kabuklar. Bu kaynaklar derin deniz yatağının her yerinde bulunabilir, ancak oluşumlarının doğası gereği en yoğun olarak belirli yerlerde kümelenme eğilimindedirler.⁴⁰

Bu kaynak türlerinden ilki olan polimetallik nodüller, okyanus tabanında, yaklaşık 4000 ile 5000 metre derinliklerde bulunan patates büyüklüğünde kaya birikintileridir.⁴¹ Manganez, demir ve değişen konsantrasyonlarda bakır, nikel ve kobalt gibi diğer metalleri içerirler. Nodüller çözünmüş metallerin tarih öncesi bir köpekbalığı dişi gibi sert bir çekirdek üzerine kademeli olarak çökmesini içeren bir yığılma süreciyle oluşur. Nodül oluşum süreci son derece yavaştır ve nodül çapındaki artış milyon yılda milimetre cinsinden ölçülebilir.⁴²

³⁸ Evgeny Gurvich, *Metalliferous Sediments of the World Ocean Fundamental Theory of Deep-Sea Hydrothermal Sedimentation* (Berlin: Springer, 2006), 13.

³⁹ Tomoko Kakee, "Deep-Sea Mining Legislation in Pacific Island Countries: From the Perspective of Public Participation in Approval Procedures," *Marine Policy* 117, no. 1 (July 2020): 3.

⁴⁰ Nitin Agarwala, *Deep Seabed Mining in the Indian Ocean: Economic and Strategic Dimensions* (New Delhi: National Maritime Foundation, 2019), 64.

⁴¹ Adrian Glover, Craig Smith, "The Deep-sea Floor Ecosystem: Current Status and Prospects of Anthropogenic Change by the Year 2025," *Environmental Conservation* 30, no. 3 (September 2003): 229.

⁴² Schröder, "Marine Resources Opportunities and Risks," 68.

Nodüller dünyanın çeşitli yerlerinde görülmekle birlikte en yoğun olarak dört bölgede bulunmaktadır. Bunların en büyüğü olan Clarion-Clipperton Kırılma Bölgesi, Meksika'nın batısında Hawaii'ye doğru yer alan, kabaca Avrupa büyüklüğünde bir alandır. Derin deniz yatağı içerisinde yer alan diğer iki nodül noktası Peru Havzası ve Hint Okyanusu'nun merkezinde bulunmaktadır. Son olarak, Penrhyn Havzası: Orta Batı Pasifik Okyanusu'nda, ağırlıklı olarak Cook Adaları'nın münhasır ekonomik bölgesinin içinde yer alan nodüller açısından zengin bir alandır.⁴³ Bu bölgelerin her birinde deniz tabanının metre karesi başına düşen manganez nodülü yoğunluğu sırasıyla 15 kg/m², 10 kg/m², 5 kg/m² ve 25 kg/m²'dir, ancak Clarion-Clipperton Kırılma Bölgesi içindeki bazı bölgelerde nodül yoğunluğu 75 kg/m²'ye kadar çıkabilmektedir. Derin deniz dibi nodüllerinde bulunan manganez gibi bazı metallerin hacmi, karasal rezervlerin bilinen hacimlerini aşabilir.⁴⁴

Derin deniz yatağında bulunan nodüllerin aksine, sülfidler en yaygın olarak tektonik plakaların bulunduğu okyanus ortası sırtındaki hidrotermal bacalardan yayılır. Bu bölgelerde volkanik faaliyetler, mineral bakımından zengin deniz suyunun koyu renkli bulutlarını püskürten belirgin bacalar üretir ve bu bulutlar okyanus tabanında yavaş yavaş sülfid yatakları olarak birikir. Alternatif olarak, sülfürler demir açısından zengin derin deniz çamurunda da bulunabilir. Normalde 500 ila 4000 metre arasındaki derinliklerde bulunan sülfidler demir, bakır ve çinkodan oluşur ve bir miktar altın ve gümüş içerebilir.⁴⁵

BMDHS derin deniz yatağı madencilik rejiminin şu anda kapsadığı son mineral türü kobalt bakımından zengin ferromanganez kabuklarıdır. Bu mineraller genellikle deniz tabanındaki deniz dağları, kayalık çıkıntılar ve sırtlarda oluşur ve manganez, demir, kobalt, nikel ve kurşun gibi elementler içerir. 600 ila 7000 metre arasındaki derinliklerde bulunan bu kabuklar, polimetallik nodüllerin oluşumuna benzer bir süreçle milyonlarca yıl boyunca oluşur. Kobalt kabukları küresel olarak bulunabilir ancak en yüksek hacimleri Pasifik Okyanusu'nda, özellikle de Japonya'nın güneybatısındaki Ana Kabuk Bölgesi olarak bilinen bölgededir.⁴⁶

⁴³ Schröder, "Marine Resources Opportunities and Risks," 67.

⁴⁴ Tim Schröder, "Living with the Oceans," World Ocean Review 1, no.1 (2010): 146.

⁴⁵ Glover, Smith, "The Deep-sea Floor Ecosystem," 231.

⁴⁶ Şule Güneş, "Maden Kaynaklarının Yönetimi Bağlamında Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesinin Rolü," Uluslararası İlişkiler 17, no. 65 (Mart 2020): 116.

Derin deniz yatağının ağırlıklı olarak kaya bazlı bileşimi göz önüne alındığında, derin deniz yatağından hidrokarbonların çıkarılması daha az olası olsa da,⁴⁷ hidrokarbonlar da dahil olmak üzere kaynakların derin deniz yatağı ile sediman bakımından zengin kıta marjı arasındaki sınırı aşma potansiyeli bulunmaktadır.⁴⁸ İklim değişikliği ve diğer çevresel faktörler de zaman içinde derin deniz yatağındaki kaynakları etkileyebilir. Belki de bundan yüzyıllar sonra, kıta sahanlıkları aşındıkça, kıta kenarı ile derin deniz yatağı arasında kalan bölgedeki kaynak dağılımı bugünkü yapısından çok farklı görünecektir.

Günümüz bağlamına dönecek olursak, halihazırda Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından düzenlenen üç derin deniz yatağı kaynağı türünden hangisinin ilk olarak işletilebileceği hakkında açık bir yarış olmaya devam etmektedir. Derin deniz yatağında ilk olarak hangi kaynak türünün çıkarılacağına bakılmaksızın, mevcut ticari ilgiyi çeken bir derin deniz dibi kaynağı kategorisi nadir toprak elementleridir. Özellikle, bu bölümde tartışılan üç tür gibi derin deniz dibi mineralleri nadir toprak elementlerinin izlerini içerebilir. Bu nadir toprak elementleri, çeşitli yüksek teknoloji endüstrilerinde kullanım için gerekli olan, oldukça arzu edilen emtialardır. Derin deniz dibindeki potansiyel nadir toprak elementleri kaynaklarına yönelik küresel ilginin arttığı göz önüne alındığında, bir sonraki bölümde, nadir toprak elementleri için derin deniz dibi madenciliğinin bazı sonuçları ele alınacaktır.

C. Nadir Toprak Elementleri için Derin Deniz Yatağı Madenciliği

Deniz dibi mineralleri genellikle nadir toprak elementlerinin izlerini içerir. Bu elementler aranan ürünlerdir. Nadir toprak elementleri yeşil enerji teknolojisi güneş panelleri, rüzgar türbinleri ve hibrid arabalar üretiminde kullanım için gereklidir. Ayrıca silah, akıllı telefon, dizüstü bilgisayar ve televizyon gibi yüksek teknolojili cihazların üretimi için elektronik endüstrisinde de vazgeçilmezdirler.

Sürdürülebilir enerjiye yönelik küresel çağrılar ve fosil yakıtlardan kurumsal olarak vazgeçme eğiliminin arttığı bir ortamda, derin deniz dibi

⁴⁷ Helmut Tuerk, "The International Seabed Area," in *The IMLI Manual on International Maritime Law: Volume I: The Law of the Sea*, ed. David Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman Gutiérrez (New York: Oxford University Press, 2014), 283.

⁴⁸ Vasco Weinberg, *Joint Development of Hydrocarbon Deposits in the Law of the Sea* (Heidelberg: Springer, 2014), 104.

minerallerinden elde edilen elementlerin karbon emisyonlarının azaltılması sürecinde çok önemli bir rol oynayabileceğine dair farkındalık artmaktadır. Bu durum, derin deniz yatağı madenciliğinin doğasında var olan temel muammalardan birini oluşturmaktadır. Karasal kaynaklar azaldıkça sürdürülebilir, temiz enerji arayışı bu hammaddelerin derin deniz tabanından çıkarılmasının yaratacağı potansiyel çevresel tehlikeleri ortaya çıkaracaktır.

Çin nadir toprak elementlerinin dünya çapındaki üretiminde tekel konumundadır. Çin 2009 ve 2010 yıllarında küresel arzın %97'sinden fazlasından sorumluydu.⁴⁹ Ancak, ticaret ortaklarını şoka uğratan bir şekilde, 2010 yılında Çin kendi ürettiği nadir toprak elementlerine katı ihracat sınırları getirmiştir. Çin'in ihracat kısıtlamalarının bir sonucu olarak, küresel talep arzın çok üzerine çıkmıştır ve bazı nadir toprak elementlerinin fiyatı %3000'e kadar yükselmiştir.⁵⁰ AB, ABD ve Japonya'nın başarılı itirazlarının ardından Dünya Ticaret Örgütü, Çin'in ihracat kısıtlamalarını gevşetmesini emretmiştir.⁵¹ Böylece nadir toprak elementlerinin fiyatı istikrar kazanmıştır. Bununla birlikte, tedarik zincirinin güvenliğine ilişkin endişeler devam etmektedir.⁵²

Jeopolitik belirsizlikler bağlamında, yatırımcılar nadir toprak elementleri için potansiyel bir kaynak olarak derin deniz yatağına giderek daha fazla ilgi göstermektedir.⁵³ Derin deniz dibi minerallerinin bileşimi, konum ve oluşum süreci gibi faktörlere bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Nadir toprak elementleri nodüller, sülfidler ve kabuklar da dahil olmak üzere çeşitli derin deniz dibi mineral örneklerinde keşfedilmiştir. Örneğin, nadir toprak elementleri hem nodüllerin hem de sülfidler madenciliğinde yan ürün olarak

⁴⁹ US Department of the Interior and US Geological Survey, "Mineral Commodity Summaries 2011," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <http://minerals.usgs.gov/minerals/pubs/mcs/2011/mcs2011.pdf>.

⁵⁰ Justin Rowlett, "Rare Earths: Neither Rare, Nor Earths BBC News," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <http://www.bbc.co.uk/news/magazine-26687605>.

⁵¹ WTO, China: Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum – Report of the Panel (26 March 2014) WT/DS431/R and Add.1/WT/DS432/R and Add.1/WT/DS433/R and Add.1, adopted 29 August 2014.

⁵² Houses of Parliament, Parliamentary Office of Science and Technology, "Deep-Sea Mining," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://post.parliament.uk/research-briefings/post-pn-0508/>.

⁵³ Ian Coles, "Rare Earth Elements: Deep Sea Mining and the Law of the Sea," Pratt's Energy Law Report 14 no. 1 (September 2014): 10.

çıkarılabilir ve özellikle kobalt kabukları nadir toprak elementleri için umut verici bir kaynak oluşturabilir.⁵⁴

Karasal madencilğe alternatif olabilecek son keşifler, hem ulusal deniz yetki alanı hem de derin deniz yatağı dahilinde derin deniz tabanında erişilebilir nadir toprak elementlerinin zenginliğine işaret etmektedir. Örneğin, okyanus tabanının çeşitli bölgelerinde örnekleme yapan uzmanlar, yüksek konsantrasyonlarda nadir toprak elementleri bulunduran derin deniz çamuru içeren çok sayıda alan keşfetmiştir.⁵⁵ Uzmanların tahminlerine göre Pasifik Okyanusu'nda sadece 1 kilometrekarelik bir alan, dünyanın mevcut yıllık nadir toprak elementleri tüketiminin beşte birini karşılayabilecek potansiyele sahiptir. Orta Kuzey Pasifik'te yaklaşık 5 kilometrekarelik bir başka alan ise, küresel yıllık nadir toprak elementleri tüketiminin neredeyse tamamını karşılayabilecek potansiyele sahiptir.⁵⁶

Cook Adaları gibi okyanus adaları da dahil olmak üzere bazı devletler, 200 deniz millik kıta sahanlığı hakları dahilinde derin okyanus tabanında geniş alanlara sahiptir. Cook Adaları kendi münhasır ekonomik bölgesi içindeki derin okyanus tabanında önemli miktarlarda nadir toprak elementlerinin varlığını keşfetmiştir. Uzmanlar, Cook Adaları'nın ulusal deniz yetki alanı içinde bulunan ve diğer deniz dibi nodüllerine kıyasla nispeten yüksek nadir toprak elementi içeriğine sahip polimetallik nodüllerin önemli bir kaynak potansiyeline sahip olduğunu tahmin etmektedir.⁵⁷

Benzer şekilde Japonya, kendi ulusal deniz yetki alanı içindeki derin deniz çamurunda yüksek konsantrasyonlarda nadir toprak elementleri keşfetmiştir. Bu keşif Japonya'nın münhasır ekonomik bölgesinin içerisinde yer alan Minami-Torishima adası yakınlarında 5600 ila 5800 metre derinliklerde yapılmıştır.⁵⁸ Japonya çevre, elektronik ve otomotiv

⁵⁴ Fouquet, Deep Marine Mineral Resources, 63.

⁵⁵ Yasuhiro Kato, Koichiro Fujinaga, Kentaro Nakamura, "Deep-sea Mud in the Pacific Ocean as a Potential Resource for Rare-earth Elements," Nature Geoscience 4, no. 8 (July 2011): 535.

⁵⁶ Kato, Fujinaga, Nakamura, "Deep-sea Mud in the Pacific Ocean," 538.

⁵⁷ James Hein, Francesca Spinardi, Nobuyuki Okamoto, "Critical Metals in Manganese Nodules from the Cook Islands EEZ, Abundances and Distributions," Ore Geology Reviews 68, no. 1 (July 2015): 97.

⁵⁸ University of Tokyo Graduate School of Engineering, "Discovery of Rare Earths Around Minami-Torishima," Erişim tarihi Mart 01, 2025, http://www.u-tokyo.ac.jp/focus/en/articles/a_00145.html.

endüstrilerinde kullanılmak üzere küresel nadir toprak elementleri tüketiminin yarısından fazlasından sorumludur. Minami-Torishima yakınlarındaki keşfin ardından Japon bilim insanları, bu bölgede madencilik yapan tek bir geminin içeriğinin Japonya'nın yıllık nadir toprak elementi ihtiyacının %60'ını karşılayabileceğini belirtmiştir.⁵⁹ Derin deniz dibi kaynaklarının nadir toprak elementi potansiyelini kanıtlayan bir başka keşif de yakın zamanda Atlantik Okyanusu'nda, Tenerife'den 270 deniz mili uzaklıkta bir su altı dağı olan Tropic Seamount'ta yapılmıştır.⁶⁰

Derin deniz yatağından elde edilebilecek nadir toprak elementlerinin hacmi potansiyel olarak küresel kara rezervlerini aşabilir. Derin deniz yatağı madenciliği, jeopolitik kırılmalardan yalıtılmış, güvenilir bir nadir toprak elementleri tedarik zincirini güvence altına almak için uygun bir araç olabilir. Bazı uzmanlar nadir toprak elementleri için derin deniz dibi madenciliğinin, bu metaller için karasal madencilığe kıyasla çevresel avantajlar sağlayabileceğini savunmaktadır. Nadir toprak elementlerini derin deniz yatağından çıkarma süreci, eşdeğer kara madenciliğine göre daha az istilacı olabilir, önemli ölçüde daha küçük bir karbon ayak izini etkileyebilir ve kara madenciliğinde ortaya çıkan toksik atık ürünleri içermeyebilir.⁶¹ Bu bağlamda, hem ulusal hem de uluslararası derin deniz yatağı alanlarında nadir toprak elementleri için potansiyel derin deniz yatağı madenciliği konusunda küresel heyecan artmaktadır.

II. BMDHS VE DERİN DENİZ YATAĞI MADENCİLİĞİ SİSTEMİ

Derin deniz yatağında bulunabilecek başlıca maden kaynakları türleri ve bunların algılanan ticari çekicilikleri ortaya konduğu için, bu bölümde BMDHS derin deniz yatağı madencilik sistemine genel bir bakış sunulacaktır. İlk olarak, sistemin temel parametreleri ve kurucu ilkeleri ele alınacaktır. İkinci olarak, sistemin derin deniz yatağı madenlerinin aranması ve işletilmesine yönelik ruhsatlandırma süreci ele alınacaktır. Son olarak,

⁵⁹ Ambrose Pritchard, "Japan Breaks China's Stranglehold on Rare Metals with Sea-Mud Bonanza," Erişim tarihi Mart 01, 2025, http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/ambroseevans_pritchard/9951299/Japan-breaks-Chinas-stranglehold-on-rare-metals-with-sea-mud-bonanza.html.

⁶⁰ David Shukman, "Renewables' Deep-sea Mining Conundrum," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <http://www.bbc.co.uk/news/science-environment-39347620>.

⁶¹ Coles, "Deep Sea Mining and the Law of the Sea," 8.

aktörlerin halihazırda derin deniz yatağında ne ölçüde madencilik faaliyetleri yürüttükleri değerlendirilecektir.

A. Derin Deniz Yatağı Madencilik Sisteminin Temel Unsurları

Derin okyanus tabanındaki polimetallik nodüllerin varlığı 19. yüzyıl sonlarında HMS Challenger keşif ekibi tarafından keşfedilmiştir.⁶² Bu erken keşife rağmen, derin deniz yatağı kaynaklarının ekonomik beklentilerinin uluslararası toplumu heyecanlandırmaya başlaması yirminci yüzyılın ortalarına kadar gerçekleşmemiştir. 1960’larda, uzay yarışı ve yeni sınırlar keşfetmek için artan rekabetin ortasında, derinlerin gizli zenginlikleri cazip bir şekilde yakın görünmeye başlamıştır.⁶³ Bu dönemde, derin deniz yatağı kaynaklarına yönelik artan ilgi, uluslararası toplum içinde bir çatlağa yol açmış ve gelişmekte olan devletler ile sanayileşmiş devletlerin görüşleri arasındaki uçurumu ortaya çıkarmıştır.⁶⁴ Bunun bir sonucu olarak, BMDHS’de yer alan derin deniz yatağı madenciliği sistemi zorlu bir müzakere geçmişine sahiptir. Koskenniemi BMDHS müzakere konferansını değerlendirirken, tartışmanın temelini oluşturan anlaşmazlığın, piyasa liberalizmine karşı sosyalizmin genel yararı üretme kapasitesiyle ilgili olduğunu belirtmektedir.⁶⁵

Tıpkı derin deniz yatağının binlerce yıl boyunca geçirdiği evrimin jeolojik ve jeomorfik izlerini taşıması gibi, onu yöneten rejim de tarihi ve çalkantılı gelişimi ile lekelenmiştir. Deniz hukukuna ilişkin önde gelen yorumcuların da belirttiği gibi, hiçbir eskiz onun barok mimarisinin hakkını veremez.⁶⁶ Derin deniz yatağı madenciliği sistemi çeşitli araçlara yayılmıştır. Bu sistemin ana gövdesi BMDHS’nin XI. Bölümünde ve BMDHS’nin ruhsat başvuru sürecini ve derin deniz yatağı madenciliği koşullarını belirleyen Ek III bölümünde yer almaktadır. Uygulamada, sanayileşmiş devletler arasında BMDHS’ye yeterli desteğin sağlanabilmesi için, BMDHS’de başlangıçta yer

⁶² John Murray, Report on Deep-Sea Deposits Based on the Specimens Collected during the Voyage of HMS Challenger in the Years 1872 to 1876 (London: Neill & Co for HM Stationery Office, 1965).

⁶³ John Mero, The Mineral Resources of the Sea (Amsterdam: Elsevier, 1965), 284.

⁶⁴ Rosalyn Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It (Oxford: Clarendon Press, 1994), 129.

⁶⁵ Martti Koskenniemi, “The Privilege of Universality. International Law, Economic Ideology and Seabed Resources,” Nordic Journal of International Law 65, no. 3 (January 1996): 553.

⁶⁶ Churchill, The Law of the Sea, 231.

alan rejimde önemli değişiklikler yapılması gerekmiştir. Bu nedenle, 1994 yılında devletler BMDHS'nin XI. Bölümünün Uygulanmasına İlişkin Anlaşmayı (1994 Anlaşması) kabul etmiştir.⁶⁷

Diplomatik ustalığın bir başyapıtı olarak selamlanan 1994 Anlaşması, derin deniz yatağı madenciliğine ilişkin orijinal BMDHS planının, sanayileşmiş devletler tarafından sisteme karşı uzun süredir devam eden muhalefetin kaynağı olan daha tartışmalı bazı yönlerini ortadan kaldırmıştır.⁶⁸ Özünde, 1994 Anlaşması derin deniz yatağı madenciliği sisteminin belirli düzenleyici yönlerini azaltmış ve onu daha piyasa odaklı bir yaklaşım haline getirmeye çalışmıştır.⁶⁹ Hem BMDHS'nin XI. Bölümü hem de 1994 Anlaşması tek bir belge teşkil ediyormuş gibi yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bununla birlikte, aralarında uyumsuzluk olması halinde 1994 Anlaşması hükümleri belirleyici olacaktır.⁷⁰

BMDHS ve 1994 Anlaşması, derin deniz yatağı için geçerli olan hukuk sistemini içermekle birlikte, derin deniz yatağındaki her türlü kaynağın aranması ve işletilmesini düzenlemek için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin aşamalı olarak kapsamlı bir Madencilik Düzenlemesi geliştireceği bir sistem öngörmektedir. Bu amaçla, sistem Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne derin deniz yatağında madencilik faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan her türlü kural, düzenleme ve prosedürü kabul etme konusunda geniş yetkiler vermektedir.⁷¹

BMDHS derin deniz yatağı madencilik sistemi, derin deniz yatağının maden kaynaklarının insanlığın ortak mirasını oluşturduğu ilkesiyle desteklenmektedir.⁷² Hiçbir devlet veya kuruluş tek taraflı olarak derin deniz

⁶⁷ Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (adopted 28 July 1994, entered into force provisionally 16 November 1994 and definitively 28 July 1996) 1836 UNTS 3.

⁶⁸ Edward Brown, Sea-bed Energy and Minerals: the International Legal Regime Vol 2 (Leiden: Martinus Nijhoff, 2001) 2.

⁶⁹ BMDHS metninin 1982'de kabul edilmesi ile 1994 Anlaşmasının imzalanması arasındaki dönemde meydana gelen siyasi ve ekonomik değişikliklere dikkat çeken 1994 Anlaşmasının Önsözü, uluslararası toplumda pazar odaklı yaklaşımlara doğru kaymayı da içermektedir.

⁷⁰ 1994 Anlaşması, madde 2(1).

⁷¹ James Harrison, Making the Law of the Sea (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 122.

⁷² BMDHS, 136. madde. BMDHS 311(6) kapsamında derin deniz yatağı kaynaklarının insanlığın ortak mirasını oluşturduğu ilkesi değişikliğe karşı korunmaktadır. Ali İbrahim

yatağı maden kaynakları üzerinde egemenlik iddiasında bulunamaz.⁷³ Derin deniz yatağında gerçekleştirilen derin deniz yatağı madenciliği, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin gözetimi ve izniyle, yalnızca tüm insanlığın yararı için yapılmalıdır.⁷⁴ Bu amaçla, derin deniz yatağı madencilik sistemi geliştirmekte olan devletlerin çıkarlarını dikkate almalı ve etkin katılımlarını teşvik etmelidir.⁷⁵ Bunun bir yönü, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin derin deniz yatağından elde edilen mali ve diğer ekonomik faydaların adil paylaşımını garanti edecek mekanizmalar geliştirmesi gerektiğidir.⁷⁶ Derin deniz yatağı rejiminin bir diğer önemli unsuru da deniz ortamının korunmasıdır.⁷⁷

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi derin deniz yatağı madencilik faaliyetleri üzerinde düzenleyici kontrol sağlayarak, derin deniz yatağının koruyucusu olarak kilit bir rol oynamaktadır.⁷⁸ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi üç ana organdan oluşmaktadır. Bu organlar; tüm taraf devletlerin temsil edildiği meclis, meclis tarafından seçilen ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin yürütme organını oluşturan 36 üyeli konsey ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin idaresinden sorumlu olan sekretarya.⁷⁹ Hukuki açıdan önemli olarak, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne bağlı konseyin bir organı olan Hukuk ve Teknik Komisyondur.⁸⁰

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi Maden Düzenlemesi'nin geliştirilmesi yoluyla, derin deniz yatağı madencilik rejimini aşamalı olarak

Akkutay, "Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi," Ankara Barosu Dergisi 2, no. 1 (Mart 2016): 161.

⁷³ BMDHS, madde 137(1).

⁷⁴ BMDHS, madde 140(1).

⁷⁵ BMDHS, madde 148, 152(2).

⁷⁶ BMDHS, madde 140(2).

⁷⁷ Catherine Redgwell, "From Permission to Prohibition: The 1982 Convention on the Law of the Sea and Protection of the Marine Environment," in *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, ed. David Freestone, Richard Barnes, David Ong (New York: Oxford University Press, 2006), 180.

⁷⁸ BMDHS, madde 137(2).

⁷⁹ BMDHS, madde 158(1), 159–162, 166. Konu hakkında ayrıntılı bir çalışma için: Sezercan Bektaş, *Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi* (İstanbul: Legem Yayıncılık, 2015), 152.

⁸⁰ BMDHS, madde 163. Konsey, Hukuk ve Teknik Komisyon üyelerini hukuki ve teknik uzmanlık da dahil olmak üzere derin deniz yatağı madenciliği ile ilgili niteliklerine göre seçmektedir.

genişletmekle görevlendirilmiştir.⁸¹ Şimdiye kadar Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, bazı çevresel tavsiyelerle birlikte üç tür mineral yani polimetallik nodüller, polimetallik sülfidler ve kobalt bakımından zengin ferromanganez kabuklar⁸² için arama faaliyetlerini ilgilendiren üç yönetmelik seti kabul etmiştir.⁸³

Artan beklenti seviyelerine rağmen, derin deniz yatağı madenciliğinin ticarileştirilmesi özellikle hukuki açıdan temel engellerle karşı karşıyadır. Temel zorluklardan biri, derin deniz yatağı madenciliği operasyonlarının tüm yaşam döngüsünü yönetecek uygun bir düzenleyici sistemin tamamlanması olacaktır. Bu zorluğun önemli bir yönü, derin deniz yatağı çıkarımının yarattığı anlaşılabilir çevresel kaygıları dikkate alan bir işletme rejimi geliştirme ihtiyacıdır.⁸⁴ Derin deniz yatağı madenciliği, birçok sivil toplum kuruluşunun da aralarında bulunduğu bir dizi aktörün önemli muhalefetiyle karşı karşıyadır. Örneğin, aralarında Oxfam Australia ve Mining Watch Canada'nın da bulunduğu sivil toplum kuruluşları ve ilgili bireylerden oluşan Derin Deniz Madenciliği Kampanyası, hem uluslararası hem de ulusal sulardaki tüm derin deniz yatağı madenciliğinin moratoryuma tabi tutulması çağrısında bulunmaktadır.⁸⁵ Greenpeace de derin deniz dibindeki hassas ve keşfedilmemiş ekosistemlere ilişkin endişelerini gerekçe göstererek, derin deniz dibi madenlerinin sömürülmesine yönelik ilerlemeyi kınamaktadır.⁸⁶

⁸¹ BMDHS, madde 170.

⁸² ISA, Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (adopted 13 July 2000) ISBA/6/A/18 (updated 25 July 2013) ISBA/19/C/17 ("Nodules Regulations"); ISA, Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area (adopted 7 May 2010) ISBA/16/A/12/Rev.1 ("Sulphides Regulations"); ISA, Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-Rich Ferromanganese Crusts in the Area (adopted 27 July 2012) ISBA/ 18/A/11 ("Cobalt Regulations").

⁸³ ISA LTC "Recommendations for the Guidance of Contractors for the Assessment of the Possible Environmental Impacts arising from Exploration for Marine Minerals in the Area" (1 March 2013) ISBA/19/LTC/8.

⁸⁴ Rahul Sharma, "Environmental Issues of Deep-Sea Mining," *Procedia Earth and Planetary Science* 11, no. 1 (June 2015): 204.

⁸⁵ Deep Sea Mining Campaign, "Science Based Advocacy," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://dsm-campaign.org/home/>.

⁸⁶ Greenpeace International, "Deep Sea Mining," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.greenpeace.org/usa/issues/deep-sea-mining/>. Greenpeace, 70'in üzerinde diğer STK ile birlikte derin deniz ekosistemlerini korumayı ve muhafaza etmeyi amaçlayan bir şemsiye hareket olan Derin Deniz Koruma Koalisyonu'nun bir parçasıdır.

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi Genel Sekreteri bunun endüstri için çok önemli bir sınav olduğunu kabul etmiş ve 2013 yılında bu zorluğun, mali bir çerçeve de dahil olmak üzere, ticari olarak uygulanabilir kıymetlendirmeye teşvik eden ve aynı zamanda insanlığa bir bütün olarak fayda sağlayan bir işletme rejimi geliştirmek olduğunu belirtmiştir.⁸⁷ Bu zorluğun bilincinde olan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, şu anda önümüzdeki işletme aşamasını düzenlemek için genişletilmiş bir Maden Düzenlemesi geliştirmektedir.⁸⁸ Maden kaynaklarının çıkarılması başladıktan sonra Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, derin deniz yatağı kaynaklarından elde edilen mali ve diğer ekonomik faydaların yeniden dağıtımını denetleyecektir.⁸⁹

B. Derin Deniz Yatağı Madenleri için Ruhsatlandırma Süreci Keşif ve İşletme

Derin deniz yatağı madenlerini araştırmak veya işletmek isteyen kuruluşlar için ruhsatlandırma süreci, 1994 Anlaşması ile değiştirilen ve bugüne kadar Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin Madencilik Düzenlemesi ile daha da geliştirilen BMDHS sisteminde yer almaktadır. BMDHS'nin 153. maddesi ruhsatlandırma sisteminin temelini oluşturmaktadır. Madde 153 uyarınca, derin deniz yatağındaki faaliyetler ya BMDHS'ye taraf devletler ya da taraf devletlerin vatandaşlığına sahip olan veya bu devletler tarafından desteklendiğinde onlar veya onların vatandaşları tarafından etkin bir şekilde kontrol edilen devlet kuruluşları, gerçek veya tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilebilir.⁹⁰ Bu vatandaşlık veya kontrol şartı, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin bugüne kadarki tüm arama yönetmeliklerinde bulunmaktadır.⁹¹ Bu doğrultuda, devlet dışı bir kuruluş derin deniz yatağı kaynaklarını araştırmak için ruhsat almak isterse, vatandaş

⁸⁷ Odunton NI, ISA Secretary-General "Statement to the Twenty-Third Meeting of the States Parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea" (10 June 2013).

⁸⁸ Catherine Blanchard, Emily Jones, Michelle Taylor, "The Current Status of Deep-sea Mining Governance at the International Seabed Authority," Marine Policy 147, no. 1 (January 2023): 4.

⁸⁹ Kathy Brown, "The Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area A Work in Progress," in The United Nations Convention on the Law of the Sea, Part XI Regime and the International Seabed Authority: A Twenty-Five Year Journey, ed. Alfonso Herrera, Myron Nordquist (Leiden: Brill, 2022), 350.

⁹⁰ BMDHS, madde 153(2)(b).

⁹¹ Nodules Regulations, reg 9(b); Sulphides Regulations, reg 9(b); Cobalt Regulations, reg 9(b).

olduğu tüm devletlerden sponsorluk almalıdır ve eğer başka bir devlet veya vatandaşları etkin kontrol uyguluyorsa, o devletin de sponsorluğu gereklidir.⁹²

Taraf devletler ve uygun sponsorluğu sağlamış olan kuruluşlar, arama veya işletme faaliyetleri yürütmek için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne başvuruda bulunabilirler. Başvurularını resmi bir yazılı çalışma planının Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından onaylanmasını talep ederek yaparlar.⁹³ Başvuruların onaylanmasından Konsey sorumludur ve bunu Hukuk ve Teknik Komisyon'un tavsiyesi üzerine yapabilir.⁹⁴ Başvuru onaylanıp imzalandıktan sonra, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile yüklenici arasında bir sözleşme şeklini alır.⁹⁵

Başlangıçta öngörüldüğü şekliyle BMDHS sisteminin önemli bir yönü paralel bir sistem olmasıydı.⁹⁶ Bu paralel sistem uyarınca, devletlerin ve devlet destekli kuruluşların, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin madencilik kolu olan Teşebbüs ile birlikte deniz yatağı kaynaklarını aramasına ve işletmesine izin verilecektir.⁹⁷ Bu süreci kolaylaştırmak için BMDHS bir saha bankacılığı sistemi içermektedir.⁹⁸ Bu yaklaşım uyarınca, bir yüklenicinin iş planı, iki madencilik faaliyetine izin verecek kadar büyük ve yeterli tahmini ticari değere sahip arama veya işletme için toplam bir alan belirlemeli ve alanı eşit tahmini ticari değere sahip iki parçaya bölen koordinatları göstermelidir.⁹⁹ Bu bilgilere dayanarak, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi sunulan alanın bir bölümünü ayrılmış alan olarak belirlemelidir.¹⁰⁰

Başlangıçta, ayrılmış alandaki madencilik faaliyetlerinin yalnızca Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından Teşebbüs aracılığıyla veya gelişmekte olan devletlerle ortaklaşa yürütülmesi öngörülmüştü.¹⁰¹ Ancak, BMDHS'nin yürürlüğe girmesini engelleyen en çetin sorunlardan birini

⁹² Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion of 1 February 2011) ITLOS Reports 2011, 10, para 77. Devam eden atıflarda [SDC Advisory Opinion 2011] şeklinde belirtilecektir.

⁹³ BMDHS, madde 153(3), Ek III, madde 3.

⁹⁴ BMDHS, madde 153(3), 165(2)(b) ve Ek III, madde 6.

⁹⁵ BMDHS, madde 153(3) ve Ek III, madde 3(5).

⁹⁶ Myron Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Volume VI: A Commentary (Leiden: Martinus Nijhoff, 2021), 297.

⁹⁷ BMDHS, madde 153(2).

⁹⁸ Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Volume VI: A Commentary, 297.

⁹⁹ BMDHS, Ek III, madde 8.

¹⁰⁰ BMDHS, Ek III, madde 8.

¹⁰¹ BMDHS, Ek III, madde 8.

çözüme kavuşturmak amacıyla 1994 Anlaşması, Teşebbüs'ün rolünü süresiz olarak askıya almıştır.¹⁰² 1994'teki Anlaşma ile yapılan değişikliklere uygun olarak, belirli bir alanı Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne ayrılmış alan olarak tahsis eden devlet veya kuruluş, artık söz konusu ayrılmış alanın araştırılması ve işletilmesi için Teşebbüs ile bir ortak girişim anlaşmasını ilk reddetme hakkına sahiptir.¹⁰³ İlk ret hakkının kullanılmaması halinde, gelişmekte olan devletlerin ve özel aktörler de dahil olmak üzere onlar tarafından desteklenen kuruluşların ayrılmış alanı keşfetmek ve kullanmak için başvuruda bulunmaları yolu açıktır.¹⁰⁴

Derin deniz yatağı madenciliği faaliyetleri süresince, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi performansın izlenmesi, tesislerin denetlenmesi ve sözleşme şartlarına uyulmasının sağlanması da dahil olmak üzere, sözleşmenin uygulanmasını denetlemek için geniş yetkilere sahiptir.¹⁰⁵ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin madencilik sürecindeki önemli rolü ile birlikte, devlet dışı kuruluşlar açısından, devlet sponsorluğu madencilik faaliyetlerinin ömrü boyunca ve sonrasında önemli bir mekanizma olmaya devam etmektedir.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi 2011 tarihli Danışma Görüşünde sponsor devletin önemli rolüne değinmiştir.¹⁰⁶ Sponsorluğun temel amacı, yalnızca taraf devletleri bağlayan bir uluslararası hukuk anlaşması olan sözleşmede belirtilen yükümlülüklerle, iç hukuk sistemlerinin öznesi olan kuruluşlar tarafından uyulmasını sağlamaktır.¹⁰⁷ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile yapılan sözleşme de bu amaca hizmet etmektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile yüklenici arasındaki sözleşmeye dayalı ilişki nedeniyle, yüklenici doğrudan sözleşmenin derin deniz yatağı madenciliği sistemine uymakla yükümlü hale gelmektedir.¹⁰⁸

¹⁰² Isabel Feichtner, "Mining for Humanity in the Deep Sea and Outer Space: The Role of Small States and International Law in the Extraterritorial Expansion of Extraction," *Leiden Journal of International Law* 32, no. 2 (February 2019): 261.

¹⁰³ 1994 Anlaşması, Ek-Bölüm 2(5).

¹⁰⁴ BMDHS, Ek III, madde 9(4).

¹⁰⁵ Joanna Dingwall, "The International Legal Regime Applicable to the Mineral Resources of the Deep Seabed," *European Yearbook of International Economic Law* 9, no.1 (2018): 280. BMDHS, madde 153(4)–(5), 157, 160, 162, 165; Ek III, madde 18.

¹⁰⁶ [SDC Advisory Opinion 2011], para 74.

¹⁰⁷ [SDC Advisory Opinion 2011], para 75.

¹⁰⁸ Markos Karavias, *Corporate Obligations under International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 124.

Sponsorluk ilişkisi sponsor olan devletin, sponsor olduğu kuruluşların faaliyetleri ile ilgili olarak devlet sorumluluğunu güvence altına almak için doğrudan bir yol sağlamaktadır. BMDHS'nin 139. maddesi uyarınca, taraf devletler, kendilerinin veya sponsor oldukları kuruluşların derin deniz yatağında yürüttükleri faaliyetlerin BMDHS'nin XI. bölümüne uygun olarak yürütülmesini sağlamakla yükümlüdürler. Taraf devletin bu sorumluluğu yerine getirmemesi durumunda, uluslararası hukuk çerçevesinde sorumluluğu doğacaktır. Taraf devlet, sponsorluğunu yaptığı bir kuruluşun neden olduğu zarardan, ancak taraf devletin sponsorluğunu yaptığı kuruluşun etkin uyumunu sağlamak için gerekli ve uygun tüm tedbirleri almış olması halinde sorumlu olmayacaktır.¹⁰⁹ Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için sponsor devletler açısından hukuk sistemleri dahilinde, sponsorluk ilişkisi şeklinde desteklenen bir yüklenicinin derin deniz yatağındaki faaliyetlerini sözleşme şartlarına ve sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak yürütmesini sağlama sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, sponsor olan bir devlet, sponsor olduğu bir yüklenicinin yükümlülüklerine uymamasından kaynaklanan zararlardan, söz konusu taraf devletin kendi hukuk sistemi çerçevesinde, kendi yargı yetkisi altındaki kişilerin uymasını sağlamak için makul ölçüde uygun olan kanun ve yönetmelikleri kabul etmiş ve idari tedbirleri almış olması halinde sorumlu olmayacaktır.¹¹⁰

Sponsor devletin uyumu sağlama yükümlülüğü, bu sonucu elde etmek için yeterli araçları kullanma, mümkün olan en iyi çabayı gösterme yükümlülüğüdür.¹¹¹ Uyumu sağlama yükümlülüğüne ek olarak, devlet sponsorları ihtiyat ilkesini benimsemek ve en iyi çevresel uygulamaları tercih etme görevleri de dahil olmak üzere doğrudan yükümlülüklerle tabidir.¹¹² Sonuç olarak, devlet sponsorluğu, sponsor olan devletlerin sponsor olunan kuruluşlarla ilgili olarak sağlam uyum tedbirleri benimsemelerini zorunlu kılma konusunda hayati bir işlev görmektedir.

¹⁰⁹ BMDHS, madde 139(2); BMDHS, madde 138, 153(4); ve Ek III, madde 4(4).

¹¹⁰ Alexander Proelss, "Liability Under Part XI UNCLOS (Deep Seabed Mining)," in *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm An International and Transnational Perspective*, ed. Peter Gailhofer, David Krebs, Alexander Proelss, Kirsten Schmalenbach, Roda Verheyen (Berlin: Springer, 2023), 569. BMDHS, Ek III, madde 4(4).

¹¹¹ [SDC Advisory Opinion 2011], para 110.

¹¹² [SDC Advisory Opinion 2011], para 122; David Freestone, "Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area," *American Journal of International Law* 105, no. 4 (October 2011): 755.

Maden kaynaklarının çıkarılması başladıktan sonra Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, derin deniz yatağı kaynaklarından elde edilen mali ve diğer ekonomik faydaların yeniden dağıtımını denetleyecektir. Madencilerin ödemesi gereken ücret ve telif hakkı seviyeleri ile işletme sözleşmelerinin süresi henüz belirlenmediğinden, derin deniz yatağı madenciligi girişimleri için finansman düzenlemelerini belirlemek isteyen yükleniciler için şu anda önemli bir belirsizlik söz konusudur. Bununla birlikte, mevcut rejimin yeni ortaya çıkan doğasına rağmen derin deniz yatağına katılım artmaktadır. Çeşitli devletler, devlet aktörleri ve özel kuruluşlar, derin deniz yatağı kaynaklarının çıkarılmasının sağladığı algılanan fırsatlardan yararlanmak için kendilerini konumlandırmaktadır.

C. Derin Deniz Yatağı Madencilik Faaliyetlerinin Mevcut Kapsamı

Derin deniz yatağında gerçekleştirilen madencilik faaliyetleri şu ana kadar keşif aşamasıyla sınırlı kalmıştır. Sektör uzmanları, dalgalanan metal fiyatları gibi faktörlerle birlikte maden çıkarma işleminin içerdiği yüksek maliyetler ışığında derin deniz yatağı madencilğine yönelik beklentiler konusunda temkinli davranmaktadır.¹¹³ Bununla birlikte, yükleniciler tarafından derin deniz yatağına önemli yatırımlar yapılmıştır ve gelecekte sektörün ticarileşebileceğine dair işaretler bulunmaktadır.¹¹⁴

Günümüzde Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, düzenlemeye tabi üç maden türü olan nodüller, sülfidler ve kobalt kabukları ilgili olarak arama yapmak üzere toplam yirmi dokuz yüklenici ile madencilik sözleşmesi imzalamıştır. Bu rakamlar, son yıllarda yapılan başvuru ve imzalanan sözleşme sayısında kayda değer bir artış olduğunu göstermektedir. 2011 yılında sadece sekiz arama başvurusu onaylanmıştır. 2015 yılında ise bu rakam üç kattan fazla artmıştır. Bugüne kadar Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından kabul edilen derin deniz yatağı ruhsatları arasında en yaygın olarak verilenler, polimetallik nodüllerin aranmasına yönelik ruhsatlar

¹¹³ Rahul Sharma, "Deep-Sea Mining: Economic, Technical, Technological, and Environmental Considerations for Sustainable Development," *Marine Technology Society Journal* 45, no. 5 (2011): 31.

¹¹⁴ Suzanne Goldenberg, "Marine Mining: Underwater Gold Rush Sparks Fears of Ocean Catastrophe," *Erişim tarihi* Mart 01, 2025, <https://www.theguardian.com/environment/2014/mar/02/underwater-gold-rush-marine-mining-fears-ocean-threat>.

olmuştur. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi bu tür on yedi ruhsatı onaylamıştır. Nodül ruhsatlarının biri hariç hepsi Clarion-Clipperton Kırılma Bölgesi'ndeki deniz yatağı alanlarıyla ilgilidir. Kalan nodül ruhsatı Orta Hint Okyanusu Havzası'ndaki bir alanla ilgilidir.¹¹⁵

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi sülfür aramaları için yedi ruhsat vermiştir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin verdiği yedi sülfür ruhsatından dördü Hint Okyanusu'ndaki alanlarla ilgilidir. Kalan üç ruhsat ise Atlantik Okyanusu'nun tabanındaki Orta Atlantik Sırtı'ndaki alanlarla ilgilidir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kobalt kabuklarının araştırılması için beş ruhsat vermiştir. Bu ruhsatlardan dördü Batı Pasifik Okyanusu'ndaki alanlarla ilgilidir. Beşinci ruhsat ise Güney Atlantik Okyanusu'nda bulunan Rio Grande Rise'daki bir alanla ilgilidir. Bölgede devletler, devlet teşebbüsleri ve özel aktörler de dahil olmak üzere çeşitli aktörler arama faaliyetleri yürütmektedir. Şu anda mevcut 29 sözleşme aşağıdaki aktörler tarafından yürütülmektedir: 1 uluslararası devlet konsorsiyumu (nodül aramak için),¹¹⁶ 4 devlet (nodül, sülfür ve kobalt kabuğu karışımı aramak için aralarında 8 sözleşme bulunmaktadır);¹¹⁷ 11 devlet teşebbüsü, devlet kurumu veya devlet kontrolündeki şirket (nodül, sülfür veya kobalt kabuğu aramak için toplam 15 sözleşme bulunmaktadır);¹¹⁸ ve 4 özel şirket (nodül aramak için aralarında 5 sözleşme bulunmaktadır).¹¹⁹

Özel kurumsal yüklenicilerin dördü de Clarion-Clipperton Kırılma Bölgesi'nde polimetallik nodüller aramaktadır. Bunlardan ilki, Tonga kökenli Nautilus Minerals Inc. şirketinin yüzde yüz iştiraki olan Tonga Mining Offshore Limited şirkettir. Hissedarları Nautilus, MB Resources, Metalloinvest, Anglo American ve Teck Resources gibi çeşitli büyük doğal kaynak ve madencilik şirketlerini içermektedir. İkinci Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kurumsal yüklenicisi Belçika kökenli olan G-Tec Sea

¹¹⁵ International Seabed Authority, "Exploration Areas," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/maps/clarion-clipperton-fracture-zone/>.

¹¹⁶ Bu yüklenici InterOceanmetal Ortak Organizasyonu'dur (Bulgaristan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Rusya ve Slovakya'dan oluşmaktadır).

¹¹⁷ Bu dört devlet Hindistan, Polonya, Rusya ve Güney Kore'dir.

¹¹⁸ Bu on bir kuruluş dokuz farklı menşeiye sahip olup, Çinli kuruluşlar dört, Fransız, Alman ve Japon kuruluşlar ikişer, Brezilya, Cook Adaları, Kiribati, Nauru ve Rusya tarafından kontrol edilen kuruluşlar ise birer sözleşmeye sahiptirler.

¹¹⁹ International Seabed Authority, "Exploration Contracts," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/maps/clarion-clipperton-fracture-zone/>.

Minerals Resources NV'dir. Üçüncü olarak, Birleşik Krallık kökenli olan UK Seabed Resources Ltd (UKSRL), Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile iki sözleşmeye sahiptir. UKSRL, ABD'li savunma devi Lockheed Martin'in bir yan kuruluşudur. Son olarak, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile sözleşme imzalayan dördüncü özel şirket Ocean Mineral Singapore Pte Ltd (OMS) olmuştur. OMS Singapur kökenlidir ve sahibi dünyanın en büyük denizcilik gruplarından biri olan Keppel Corporation'dır. OMS'deki azınlık hisseleri UKSRL ve Singapurlu bir özel yatırım şirketi olan Lion City Capital Partners Pte Ltd'ye aittir.¹²⁰ Bu nedenle, derin deniz madenciliği çalışmalarındaki belirsizliklere ve risklere rağmen, özel yatırımcılar tarafından artan keşif faaliyetleri, sektörün gelecekte ticarileşmeye doğru ilerleyebileceğini göstermektedir.

III. SORUNLU KONULAR VE DEĞERLENDİRMELER

Derin deniz madenciliği faaliyetlerini yönetmek üzere uluslararası kuralların ve ulusal mevzuatın oluşturulmuş olması, derin deniz madenciliğine ilişkin hukuk sisteminin kusursuz ve nihai olduğu anlamına gelmemektedir. Üçüncü bölümde, derin deniz madenciliğine ilişkin çeşitli hukuk sistemleri ilgili bir dizi sorunlu konu ve ilgili hususlar tartışılmaktadır. Öncelikle, şeffaflık ve halkın katılımına ilişkin hükümlerin sayısız hukuki metinde ne ölçüde yer aldığı ve bunun yeterli olup olmadığı değerlendirilecektir. İkinci olarak, derin deniz yatağı için geçerli olan derin deniz madenciliği sisteminin kıta sahanlığındaki aynı faaliyetleri düzenleyen sistemle iyi bir şekilde uyumlu olup olmadığı incelenecektir. Üçüncü olarak, BMDHS'nin derin deniz yatağındaki derin deniz madenciliği faaliyetlerinin düzenlenmesi ve kıta sahanlığının sınırlarının çizilmesi açısından belirleyici rolü göz önünde bulundurulduğunda, taraf olmayan devletlerin statüsünün ve seçeneklerinin

¹²⁰ ISA Council, 'Decision of the Council Relating to a Request for Approval of a Plan of Work for Exploration for Polymetallic Nodules Submitted by Tonga Offshore Mining Limited' (19 July 2011) ISBA/17/C/15; ISA Council, 'Decision of the Council of the International Seabed Authority Relating to a Request for Approval of a Plan of Work for Exploration for Polymetallic Nodules Submitted by G-TEC Sea Mineral Resources NV' (26 July 2012) ISBA/18/C/28; ISA Council, 'Decision of the Council of the International Seabed Authority Relating to a Request for Approval of a Plan of Work for Exploration for Polymetallic Nodules Submitted by UK Seabed Resources Ltd' (26 July 2012) ISBA/18/C/27; ISA Council, 'Decision of the Council Relating to an Application for the Approval of a Plan of Work for Exploration for Polymetallic Nodules Submitted by Ocean Mineral Singapore Pte Ltd' (21 July 2014) ISBA/20/C/27.

analiz edilmesi önemlidir. Son olarak, sponsor devletlerin derin deniz yatağındaki derin deniz madenciliği bağlamındaki katılımı göz önüne alındığında, forum shopping (yargılamada en lehe kararı verebilecek olan yetkili mahkeme seçimi) olasılığı değerlendirilecektir.

A. Şeffaflık ve Kamuoyu Katılımı

Uluslararası derin deniz yatağı sistemi bağlamında tartışılması gereken önemli bir konu da şeffaflık ve halkın katılımıyla ilgilidir. Arama yönetmeliklerinin aksine,¹²¹ mevcut Taslak İşletme Yönetmelikleri iş planı, sözleşme ve işletme faaliyetlerine ilişkin her türlü veri ve bilginin, kapsamlı bir şekilde listelenen gizli bilgi kategorilerinden birine girmediği sürece kamuya açık olduğu varsayımını içermektedir. Ancak bu bilgiler deniz çevresinin korunması ve muhafaza edilmesine ilişkin bilgileri içeremez.¹²²

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi veri yönetimi stratejisini etkin bir şekilde uygulamak amacıyla, derin deniz yatağındaki arama faaliyetlerinden elde edilen çevresel verileri ve biyolojik çeşitlilik bilgilerini toplayan çevrimiçi ve herkesin erişimine açık bir veri tabanı olan Deep-Data'yı hayata geçirmiştir. Deep-Data ile belirli şablonların uygulamaya konulması yoluyla sözleşmelerin ve yıllık raporların içeriğine ilişkin daha fazla bilginin yaygınlaştırılması için çaba sarf edilmektedir.¹²³

Taslak İşletme Yönetmelikleri çevre planlarının Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi internet sitesinde yayınlanmasını sağlamaktadır. Başvuru sahibine sunulan, Hukuk ve Teknik Komisyon tarafından da dikkate alınacak şekilde paydaşların¹²⁴ da yorumlarını içeren bir kamu istişare prosedürü, arama faaliyetleri için yapılan bir başvurunun incelenmesinin zorunlu bir parçası olarak yer almaktadır.¹²⁵ Böylelikle genel kamuoyu, yönetmeliklerin

¹²¹ Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (22 July 2013) ISA Doc ISBA/19/C/17 Exploration Regulations PMN, Article 36.

¹²² Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (25 March 2019) ISA Doc ISBA/25/C/WP.1 Draft Exploitation Regulations, Article 89.

¹²³ International Seabed Authority, "DeepData," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://data.isa.org.jm/isa/map/>.

¹²⁴ Paydaş geniş anlamda, derin deniz yatağında bir çalışma planı kapsamında önerilen ya da mevcut işletme faaliyetlerinde herhangi bir çıkarı olan veya bunlardan etkilenebilecek olan, ilgili bilgi, uzmanlığa sahip olan gerçek ya da tüzel kişi veyahut da kişiler birliği olarak tanımlanır. (Draft Exploitation Regulations, Schedule 1).

¹²⁵ Draft Exploitation Regulations, Article 11.

ve ilgili araçların geliştirilmesine dahil edilmektedir. Ancak bu olumlu gelişmelere rağmen, bazı zayıflıklar ve eksiklikler de göze çarpmaktadır.¹²⁶ Örneğin, derin deniz yatağında maden arama ve araştırmaya ilişkin mevcut yönetmeliklerin herhangi bir kamu istişare prosedürü içermemesi ve iyileştirilmiş Taslak İşletme Yönetmelikleri'nde üçüncü taraf paydaşların gücünün oldukça sınırlı kalması talihsiz bir durumdur.

Şeffaflığın artan etkisi, üçüncü taraf paydaşların usulsüzlükler ortaya çıkarttığına şikâyetle bulunamaması nedeniyle kısıtlanmaktadır. Başvuruların incelenmesine dahil edilen kamu istişare prosedürünün, Hukuk ve Teknik Komisyon'un üçüncü taraf yorumlarını uygun şekilde değerlendireceğine dair hiçbir garanti sunmaması ile beraber Hukuk ve Teknik Komisyon'un çalışma planının onaylanmaması gerektiği yönündeki tavsiyesinin, Konsey tarafından göz ardı edilebilmesi nedeniyle şeffaflık kısıtlanmaktadır.¹²⁷ Ayrıca, Konsey'in bir çalışma planını onaylayıp onaylamama kararına üçüncü taraflarca itiraz edilememesi de dikkat çekicidir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi'nin, bu faaliyetlerle doğrudan ilgisi olmayan bir gerçek veya tüzel kişi tarafından mahkemeye getirilen arama veya işletme faaliyetlerine ilişkin davalara bakma yetkisi yoktur. Bu durum, çevre örgütlerinin derin deniz yatağındaki muhtemel zararlı faaliyetlerin onaylanmasına uluslararası bir yargıç önünde itiraz edemeyecekleri anlamına gelmektedir.¹²⁸

Derin deniz yatağında arama ve işletme faaliyetleri yürüten devlet dışı aktörler açısından sponsorluk belgesi gerekliliği dikkate alındığında,¹²⁹ sponsor devletin idare hukuku muhtemelen üçüncü tarafların bu hükümet kararına karşı itirazda bulunmasına imkân tanımaktadır ancak bu süreç genellikle karmaşık ve zaman alıcı olacaktır. Sponsorluk belgesinin iptal edilmesi durumunda, yüklenici Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi sözleşmesinin feshedilmesini önlemek için verilen süre içerisinde yeni bir sponsor devlet arayışına girebilir.¹³⁰ Ulusal düzeyde böyle bir idari itiraz

¹²⁶ Klaas Willaert, "Public Participation in the Context of Deep Sea Mining: Luxury or Legal Obligation?," *Ocean & Coastal Management* 198, no. 1 (December 2020): 4.

¹²⁷ Draft Exploitation Regulations, madde 16; Implementation Agreement 1994, Annex Section 3(11).

¹²⁸ BMDHS, madde 187.

¹²⁹ BMDHS, madde 153(2)(b).

¹³⁰ Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (22 July 2013) ISA Doc ISBA/19/C/17 Exploration Regulations PMN, madde 29; Draft Exploitation Regulations, madde 21.

seçeneği, üye devletler veya Teşebbüs tarafından yapılan başvurularda bulunmayacaktır çünkü bu durumlarda sponsorluk belgesi gerekmemektedir.

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından çıkarılan spesifik kural ve tedbirleri aşan daha genel nitelikteki bir başka sorun da, geniş çalışma alanı ile eylem ve tavsiyelerinin belirleyici niteliği¹³¹ göz önüne alındığında, genellikle fiili karar alma organı olarak görülen Hukuk ve Teknik Komisyon'un işleyişindeki şeffaflık eksikliğidir.¹³² Hukuk ve Teknik Komisyon'un toplantıları normalde gizli yapılır. Açık toplantılar ve gözlemcilerin katılımı kuralın nadir istisnalarıdır.¹³³ Bu organın önemli sorumlulukları göz önünde bulundurulduğunda, özellikle de uzman komitenin artan siyasallaşması popüler bir tartışma konusu haline gelmişken, yeterli inceleme veya gözetimin yapılması uygun görünmektedir.¹³⁴ Konsey ile Hukuk ve Teknik Komisyon arasında giderek artan bir diyalog söz konusudur. Komisyon'un geçmiş yıllardaki çalışmaları,¹³⁵ farklı görüşlerin kayıt altına alınmaması, Konsey'e sunulan raporlardaki teknik ayrıntı ve nüanslar eleştirilmiştir.

Şeffaflık ve halkın katılımına ilişkin tartışılan konularla ilgili tek olumlu yön, olası çözümlerin mantıklı ve anlaşılır olmasıdır. Örneğin, mevcut Taslak İşletme Yönetmelikleri'nde yer alan kamu istişare sürecinin arama yönetmeliklerinde de yer alması gerektiği açıktır, zira arama faaliyetleriyle ilişkili önemli çevresel zarar riskleri de bulunmaktadır. Ayrıca, Taslak İşletme Yönetmeliği ve Deep-Data tarafından sağlanan artırılmış şeffaflık, sorunlu bilgilerle karşılaşıldığında görüş ve itirazların sunulması için açık prosedürlerle tamamlanmalıdır çünkü paydaşların bu konuda harekete geçme seçenekleri olmadığında daha fazla açıklık sağlanmalıdır. Üçüncü tarafların

¹³¹ BMDHS, madde 165(2).

¹³² International Seabed Authority Secretary-General, "Periodic Review of the International Regime of the Area Pursuant to Article 154 of the United Nations Convention on the Law of the Sea - Interim Report," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://digitallibrary.un.org/record/796901>.

¹³³ International Seabed Authority, "Rules of Procedure of the Legal and Technical Commission," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/organs/the-legal-and-technical-commission/>. Kural 6.

¹³⁴ Klaas Willaert, "Institutional Troubles within the ISA: the Growing Politicization of the LTC," *The Journal of International Maritime Law* 26, no. 1 (2020): 72.

¹³⁵ Decision of the Council of the International Seabed Authority relating to the reports of the Chair of the Legal and Technical Commission (23 July 2018) ISA Doc ISBA/24/C/22.

yorum ve şikâyetle bulunma hakkı bir başvurunun incelenmesi süreciyle sınırlı kalmamalı ve izleme sürecinin önemli bir unsuru olarak derin deniz madenciliği faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında da sağlanmalıdır.

Derin deniz madenciliği faaliyetlerine karşı geçerli argümanlar göz ardı edilebileceğinden, halkın katılımının tek başına yeterli olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, üçüncü taraf paydaşlara yönelik bir itiraz seçeneğinin sadece belirli koşullarda da olsa oluşturulması gerektiği ileri sürülebilir.¹³⁶ Bu önerilerden bağımsız olarak, Hukuk ve Teknik Komisyon'un işleyişine daha fazla şeffaflık kazandırılması her halükarda bir öncelik olarak görülmelidir. Kuralların açık toplantılar lehine değiştirilmesi ve sadece yüklenicilere ait gizli veya hassas bilgilerin tartışıldığı durumlarda kapalı toplantılara geçilmesi suretiyle, bu organın işleyişine yönelik gerekli güven yeniden tesis edilebilir.

Şeffaflık ve halkın katılımına ilişkin bu konuları tartışırken, hukuk sisteminin ve son gelişmelerin farkında olmak önemlidir. Önerilen değişiklikler sadece adil ve makul göründükleri için değil, aynı zamanda uluslararası hukukta giderek artan bir destek buldukları için de yapılmalıdır. Çevre sivil toplum kuruluşları ve ilgili vatandaşlar gibi üçüncü tarafların oynayacağı ufuk açıcı rol artık göz ardı edilemez. 1992 tarihli Rio Deklarasyonu'nun 10. ilkesinin ardından, usuli çevre hakları olarak adlandırılan hakların tanınmasının daha fazla şeffaflık ve hesap verebilirlik için mantıklı bir değişim görevi sağladığı genel kabul görmektedir.¹³⁷

Şeffaflık, halkın katılımı ve adalete erişim çeşitli içtihatlarda desteklenmekte¹³⁸ ve belirli bir andlaşmanın temellerini oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE) bağlamında kabul edilen 1998 tarihli Aarhus Sözleşmesi, çevresel konularla ilgili karar

¹³⁶ Üçüncü taraf paydaşlar için itiraz seçeneklerini değerlendirmek gerekirse; örneğin, üçüncü taraf paydaşların yorumlarının Hukuk ve Teknik Komisyon tarafından dikkate alınmaması veya Hukuk ve Teknik Komisyon'un müteakip olumsuz bir tavsiyesinin Konsey tarafından kabul edilmemesi hali düşünülebilir.

¹³⁷ Rio Declaration on Environment and Development (12 August 1992) UN Doc A/CONF.151/26/Annex Rio Declaration, Principle 10.

¹³⁸ ICJ (2015) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica) – Judgment. ICJ Rep 2015:665; ICJ (2010) *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay) – Judgment. ICJ Rep 2010:14.

alma prosedürlerinde çevresel bilgiye erişimi, geniş halk katılımını ve etkili hukuki inceleme prosedürlerini zorunlu kılan üç yapıli bir yaklaşım kurmuştur.¹³⁹ Kuşkusuz, bu andlaşma tüm Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi üyesi devletler tarafından onaylanmamıştır. Ancak hükümlerin diğere bölgesel sözleşmelerde tekrarlanması nedeniyle,¹⁴⁰ içeriğı uluslararası hukuk kapsamında ortaya çıkan teamül hukuku yükümlölükleri olarak kabul edilmelidir.¹⁴¹

Derin deniz madenciliğı Aarhus Sözleşmesi'nde açıkça belirtilmemiştir, ancak kapsam dahilindedir. Aarhus Sözleşmesi doğrultusunda iç hukuka uygun olarak bir çevresel etki değeriendirme prosedürü kapsamında, halkın katılımını gerektiren faaliyetlere ilişkin kararların yanı sıra çevre üzerinde önemli bir etkisi olabilecek diğere faaliyetlere ilişkin kararlar için de inceleme prosedürleri gereklidir.¹⁴² Ayrıca taraf devletler çevre ile ilgili konularda, uluslararası örgütler bağlamında sözleşmenin ilkelerini teşvik etmekle yükümlüdür ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi de bu genel yükümlölüğün kapsamına girmektedir.¹⁴³ Bu mevcut durum dikkate alındığında uluslararası standartlara uygun olarak, derin deniz yatağındaki derin deniz madenciliğı faaliyetlerine ilişkin hukuk sistemi, daha fazla şeffaflık ve hesap verebilirlik için haklı talepler ışığında gözden geçirilmelidir. Çevre sivil toplum kuruluşları ulusal ve uluslararası inceleme organları nezdinde uygulanabilecek net katılım haklarının verilmesi artık zorunludur ve derin deniz yatağıının uluslararası çevresel yönetişiminin evriminde bir sonraki mantıksal adımı teşkil etmektedir. Derin deniz yatağıının ve doğal kaynaklarının insanlığın ortak mirası¹⁴⁴ olarak kabul edilen statüsü doğrultusunda, her insanın ilgili taraf olarak nitelendirilmesi gerektiğinden, üçüncü taraf paydaşlar için kapsamlı halk katılımı ve yeterli hukuki koruma sağlama ihtiyacı güçlenmektedir.

¹³⁹ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters of 25 June 1998. UNTS 2161:447 Aarhus Convention.

¹⁴⁰ Stephen Stec, Jerzy Jendroska, "The Escazú Agreement and the Regional Approach to Rio Principle 10: Process, Innovation, and Shortcomings," Journal of Environmental Law 31, no. 3 (November 2019): 544.

¹⁴¹ Willaert, "Public Participation in the Context of Deep Sea Mining," 4.

¹⁴² Aarhus Convention, madde 6(1) ve 9(2), Ek I, §20.

¹⁴³ Aarhus Convention, madde 3(7).

¹⁴⁴ BMDHS, madde 136.

B. Çevresel Unsurlar

Tartışılması gereken ilk konu, deniz çevresinin korunması açısından derin deniz yatağı ve kıta sahanlığı rejimleri arasındaki uyumdur. Benzer derin deniz madenciliği faaliyetleri ulusal deniz yetki alanları içerisinde gelişmektedir ve iki rejim arasındaki belirgin uyumsuzluklar sorunlara ve endişelere neden olabilmektedir. Kıta sahanlığındaki arama ve işletme faaliyetlerinin kıyı devletlerinin ulusal hukukuna tabi olması çeşitli düzenleyici sistemlere yol açmaktadır. Bu ulusal yasaların yeterli çevresel standartlar ve koşullar içererek uluslararası toplumun derin deniz ekosistemlerini koruma çabalarını tamamlaması önemlidir. Deniz dibinde ve yakınında veya yukarıdaki su sütununda yaşayan çeşitli türler bu hukuki sınırları dikkate almayacaktır ve kendilerini bir veya diğer bölgeye hapsedmeyeceklerdir. Kıyı devletinin kıta sahanlığındaki faaliyetlerinin sınır ötesi çevresel etkileri bulunmaktadır. Bu nedenle, ulusal yargı yetkisi dahilindeki derin deniz madenciliği faaliyetlerinin hukuki boşluklardan kaçınarak yeterli şekilde düzenlenmesi ve denetlenmesi çok önemlidir.

İlgili ulusal hukuka kapsamlı bir genel bakış ve analiz sunmak mümkün olmasa da, vaka çalışmaları, küresel ilgi ve gözetim eksikliğine rağmen ulusal derin deniz madenciliği mevzuatına güvenilmemesi gerektiğini göstermiştir. Örneğin, deniz dibindeki maden yatakları açısından oldukça zengin bir bölgede yer alan ve derin deniz madenciliği yapma konusundaki isteklerini açıkça ifade eden Cook Adaları,¹⁴⁵ uluslararası hukuk sistemine kıyasla özenli ve çevreye duyarlı derin deniz madenciliği konusunda daha fazla garanti sunan yeni yasaları¹⁴⁶ kabul etmiştir.¹⁴⁷ Araştırma, arama, işletme gibi tüm farklı aşamalarda ve bölgeleme, başvuru prosedürü, değerlendirme kriterleri, çevresel koşullar, süre, genel kurallar, yükümlülükler, raporlama, uygulama yönleri açısından bölgedeki derin deniz yatağı rejimi ile Cook Adaları'nın kıta sahanlığındaki maden kaynaklarının araştırılması ve işletilmesini düzenleyen

¹⁴⁵ Decision of the Council relating to an application for the approval of a plan of work for exploration for polymetallic nodules submitted by the Cook Islands Investment Corporation (21 July 2014) ISA Doc ISBA/20/C/29.

¹⁴⁶ Cook Islands, "Seabed Minerals Act 2019," Erişim tarihi Mart 01, 2025, https://parliament.gov.ck/wp-content/uploads/2020/02/Seabed-Minerals-Act-2019-No.-5-1.pdf?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=seabed-minerals-act-2019-no-5.

¹⁴⁷ Klaas Willaert, "Seabed Mining within National Jurisdiction: An Assessment of the Relevant Legislation of the Cook Islands," Coastal Management 49, no. 4 (June 2021): 429.

yasaları arasında benzer bir katılık ve farkındalık düzeyine işaret eden açık paralellikler kurulabilir.

Tek bir ülkenin ulusal mevzuatı, kıta sahanlığında derin deniz madenciliği çıkarları olan çok sayıda kıyı devletinin yasalarının geniş kapsamını yansıtmayacaktır.¹⁴⁸ Bu yasaların yakın zamanda yürürlüğe girmesi, gerçek değerlerinin ve etkilerinin değerlendirilmesini kolaylaştırmasa da, çoğu kıyı devletinin maden kaynaklarının araştırılması ve işletilmesini düzenleyen yeterli yasaların önemini farkında olduğunu göstermektedir. Bu doğrultuda, ulusal yargı yetkisi dahilindeki deniz dibi maden faaliyetlerine ilişkin sağlam ulusal mevzuatın kesinlikle mümkün olduğu varsayılabilir.

Derin deniz yatağını düzenleyen uluslararası hukuk sistemi ile kıta sahanlığındaki deniz dibi maden faaliyetlerine ilişkin ulusal mevzuat arasında ve kıyı devletlerinin ilgili ulusal yasaları arasında açık farklılıklar ve ince nüanslar kaçınılmaz olsa da, etkili bir yasal güvence olduğunu belirtmek önemlidir. BMDHS deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümlülüğü içermektedir¹⁴⁹ ve kabul edilen kanun ile tedbirlerin, diğerlerinin yanı sıra BMDHS, Uygulama Anlaşması ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından yayınlanan yönetmelikler, standartlar ve kılavuzlarda yer alan uluslararası kurallar ve standartlardan daha az etkili olmamasını şart koşmaktadır. Bu durumda, BMDHS en azından teoride standart altı ulusal derin deniz madenciliği mevzuatını engellemektedir.¹⁵⁰ Buna rağmen ulusal mevzuatın uygulanabilir olup olmadığını objektif olarak değerlendirmenin zor olduğu kabul edilebilir. Bir kıyı devletinin mevzuatı, herhangi bir konuda uluslararası kurallar kadar etkilidir. Bu hüküm, deniz çevresinin belirli bir düzeyde korunmasını zorunlu kılarak, ulusal derin denizler madencilik yasaları için yeterli bir yasal eşik oluşturmaktadır.¹⁵¹

¹⁴⁸ Marie Bourrel, "Protection and Preservation of the Marine Environment from Seabed Mining Activities on the Continental Shelf: Perspectives from the Pacific Islands Region," in Research Handbook on International Marine Environmental Law, ed. Rosemary Rayfuse (Cheltenham: Elgar Publishing, 2015), 208.

¹⁴⁹ BMDHS, madde 192–193.

¹⁵⁰ BMDHS, madde 208(3).

¹⁵¹ Bazı hükümlerin lafzı dikkate alındığında örneğin, BMDHS madde 194(1)'deki "kapasitelerine uygun olarak", devletlere yüklenen bu çevresel yükümlülüklerden bazılarının sonuç yükümlülüklerinden ziyade araç yükümlülükleri olarak değerlendirilmesi

Kıta sahanlığı, derin deniz yatağı gibi esasen yapay hukuki sınırların, aslında farklı taraflardaki aynı faaliyetlerle ilgili olduğu gerçeği doğrultusunda, hukuki düzenlemeler arasında uyumun arttırılması son derece arzu edilir bir durumdur. BMDHS deniz çevresinin korunmasına ilişkin kuralların formüle edilmesi ve detaylandırılmasının yanı sıra,¹⁵² bu kurallar için uygun bilimsel kriterlerin oluşturulmasında küresel ve bölgesel iş birliği yükümlülüğünü içererek¹⁵³, deniz çevresini korumak ve muhafaza etmek için tedbirler alırken, devletlerin bu amaca yönelik katkıda bulunmalarını ve politikalarını uyumlaştırmak için çaba göstermelerini sağlamaktadır.¹⁵⁴ Daha fazla yeknesaklık arayışı, kurallar ve standartların her iki yönde de benzerlerini şekillendirdiği karşılıklı bir süreç olabilir ancak uluslararası hukuk sisteminin geliştirilmesinin büyük miktarda zaman ve uzmanlık gerektirdiği ve en fazla incelemeye ve dünya çapında istişareye tabi olduğu dikkate alındığında, derin deniz yatağını yöneten uluslararası rejimin genel ilkelerinin ve genel yaklaşımının derin deniz madenciliği düzenlemesi açısından ana kriter olarak görülmesi gerektiği söylenebilir.¹⁵⁵

İdeal olarak, uluslararası derin deniz yatağı rejiminin temel ilkeleri ve koşulları, yeterli derin deniz madenciliği mevzuatına yönelik ulusal süreçlere rehberlik etmelidir. Ulusal deneyimler ve hükümler ise Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi yönetmelikleri, standartları ve kılavuz ilkelerinde bazı düzenlemelere ilham kaynağı olabilir.¹⁵⁶ Mutlak değerlere ulaşmak, tekdüzelik gerçekçi bir hedef olmayabilir ancak Pasifik ada devletleri derin deniz madenciliği faaliyetleri için bölgesel bir hukuk sistemi geliştirmiştir.¹⁵⁷ Böylelikle ileri düzeyde uyumlaştırmanın ulaşılabilir olduğunu kesinlikle göstermişlerdir.

gerektiği iddia edilebilir. Anglosakson hukuku kavramları olan araç ve sonuç yükümlülüğünü tanımlamak gerekirse; bir sonuç yükümlülüğünün borçlusu, vaat edilen sonucu sağlamakla yükümlüdür. Bir araç yükümlülüğünün borçlusu, hizmetinin ifasına aynı durumda bulunan aynı nitelikteki makul bir kişinin basiret ve gayretini getirmekle yükümlüdür.

¹⁵² BMDHS, madde 197.

¹⁵³ BMDHS, madde 201.

¹⁵⁴ BMDHS, madde 194(1) ve 208(4).

¹⁵⁵ BMDHS, madde 208(3).

¹⁵⁶ Willaert, "Seabed Mining within National Jurisdiction," 415.

¹⁵⁷ Edwin Egede, "The Area: Common Heritage of Mankind, Sponsoring States of Convenience and Developing States," in Sustainable Ocean Resource Governance, ed. Markus Kotzur, Nele Matz-Lück, Alexander Proelss, Roda Verheyen, Joachim Sanden (Leiden: Brill, 2018), 165.

C. Mali Yöner

Derin deniz yatağı ve kıta sahanlığı rejimleri arasındaki uyumu tartışırken vurgulanması gereken ikinci bir husus da mali çözümdür. Genişletilmiş kıta sahanlığındaki derin deniz madenciliği faaliyetleri için kıyı devletlerine bir katkı mekanizması uygulanmaktadır.¹⁵⁸ Bu katkı sisteminin derin deniz yatağındaki muadilinin mantıksal bir uzantısı olarak hizmet ettiği göz önüne alındığında, şu anda Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından değerlendirilen modellerle ne ölçüde ilişkili olduğunu değerlendirmek yerinde olacaktır.¹⁵⁹ Her iki ödeme rejimi de zorunlu olarak Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ni ilk alıcı ve elde edilen gelirin bir bütün olarak insanlığın yararına dağıtıcısı olarak içerecektir ancak Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ödeme modelinin nasıl tasarlanacağı henüz belli değildir.¹⁶⁰

Mevcut Taslak İşletme Yönetmeliği ücretlerin nasıl ve ne zaman ödeneceğini, bir hata durumunda ne olacağını,¹⁶¹ hangi bilgilerin sunulması gerektiğini, defter ve kayıtların nasıl tutulacağını, denetlenebileceğini,¹⁶² usulsüzlük durumunda hangi düzeltmelerin yapılabileceğini,¹⁶³ hangi cezaların uygulanabileceğini,¹⁶⁴ ödeme sisteminin ve geçerli oranların nasıl revize edilebileceğini,¹⁶⁵ mali şeffaflığın nasıl sağlanacağını belirlemektedir.¹⁶⁶ Bununla birlikte, ödeme sisteminin ve uygulanacak oranların, şimdilik sadece gösterge niteliğinde bir içeriğe sahip olan Taslak İşletme Yönetmelikleri'nin ekinde detaylandırılması gerekmektedir.¹⁶⁷

¹⁵⁸ BMDHS, madde 82.

¹⁵⁹ Klaas Willaert, "Payment Regimes for the Exploitation of Mineral Resources in the International Seabed Area and on the Extended Continental Shelf: Deep Sea Mining at a Discount?," *China Oceans Law Review* 16, no. 4 (2020): 82.

¹⁶⁰ Klaas Willaert, "The Financial Aspects of Deep Sea Mining: Common Heritage of Mankind or First-Come-First-Served?," *The Journal of International Maritime Law* 25, no. 5 (2020): 394.

¹⁶¹ Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (25 March 2019) ISA Doc ISBA/25/C/WP.1 Draft Exploitation Regulations, madde 66–70 ve 73.

¹⁶² Draft Exploitation Regulations, madde 71 ve 74.

¹⁶³ Draft Exploitation Regulations, madde 77.

¹⁶⁴ Draft Exploitation Regulations, madde 79.

¹⁶⁵ Draft Exploitation Regulations, madde 81.

¹⁶⁶ Draft Exploitation Regulations, madde 83.

¹⁶⁷ Draft Exploitation Regulations, Ek IV.

Derin deniz yatağındaki derin deniz madenciliği için uygun bir ödeme mekanizması geliştirmek üzere bir dizi kılavuz ilke belirlenmiştir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi için optimum gelir sağlanmalı, sistem yatırımları ve teknolojiyi çekmeli, yükleniciler için mali muamele eşitliği sağlanmalı, mekanizma hem Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi hem de yüklenici için adil olmalı, tarifeler kara madenciliği için geçerli olan tarifeler aralığında olmalı, sistem karmaşık olmamalı, büyük idari maliyetler getirmemeli ve yüklenicinin uyumluluğunu belirlemek için yeterli araçlar olmalıdır.¹⁶⁸

Hem BMDHS hem de 1994 Uygulama Anlaşması, ücretlerin çıkarılan maden kaynaklarının miktarına ve piyasa değerine göre ödendiği ad valorem rödovans sistemini veya yüklenicilerin elde ettikleri kârın belli bir yüzdesine katkıda bulunmalarını zorunlu kılan, kâr paylaşımı unsurlarını da içeren hibrid bir modeli tercih etmektedir.¹⁶⁹ Birden fazla modelin tasarlanması durumunda, yükleniciler geçerli rejimi serbestçe seçebilirler ve ödeme sistemi, oranları periyodik olarak revize edilebilir. Ancak herhangi bir değişiklik ayrımcı olmayan bir şekilde uygulanmalıdır ve yalnızca yüklenicinin seçimine bağlı olarak mevcut sözleşmelere dahil edilebilmelidir.¹⁷⁰ Uygun bir ödeme sistemi tasarlamaya yönelik mevcut çabalar, açık uçlu bir çalışma grubu¹⁷¹ aracılığıyla yürütülmektedir. Üye devletlerin, paydaşların çeşitli önerileri¹⁷² ile Massachusetts Institute of Technology (MIT) tarafından yürütülen araştırma üzerine inşa edilmektedir.¹⁷³

¹⁶⁸ BMDHS, Ek III madde 13(1)(a).

¹⁶⁹ BMDHS, Ek III madde 13(4); Uygulama Anlaşması 1994, Ek Bölüm 8(1)(c).

¹⁷⁰ Uygulama Anlaşması 1994, Ek Bölüm 8(1)(e).

¹⁷¹ Report of the Chair on the outcome of the first meeting of an open-ended working group of the Council in respect of the development and negotiation of the financial terms of a contract under article 13, paragraph 1, of annex III to the United Nations Convention on the Law of the Sea and section 8 of the annex to the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (25 February 2019) ISA Doc ISBA/25/C/15.

¹⁷² Kris Nijen, Steve Passel, Chris Brown, "The Development of a Payment Regime for Deep Sea Mining Activities in the Area through Stakeholder Participation," *The International Journal of Marine and Coastal Law* 34, no. 4 (November 2019): 571-601.

¹⁷³ Daniel Wilde, Hannah Lily, Neil Craik, "Equitable Sharing of Deep-Sea Mining Benefits: More Questions than Answers," *Marine Policy* 151, no. 1 (May 2023): 3; Richard Kirchain, Report to the International Seabed Authority on the Development of an Economic Model

Doğru tahminlerde bulunmayı çok zorlaştıran bir dizi cevaplanmamış soru ve çeşitli belirsizlik kaynaklarına rağmen, ödeme sistemi netleşmektedir ve ana özellikleri ortaya çıkmaktadır. Madencilik faaliyetlerinin ilk yıllarında beklenen gelirlerin düşük olması nedeniyle, yüksek idari maliyetler ve karmaşık uygulamalar saf bir kar paylaşım sistemini dışlamaktadır. Genel bir ödeme konseptine ilişkin seçim valorem rödovans sistemi ya da karma bir model olarak daraltılmıştır.¹⁷⁴ Bununla birlikte, uygulanacak oranlar ve yöntemlerine ilişkin yoğun tartışmalar halen devam etmektedir.¹⁷⁵ Halihazırda değerlendirilen oranlar, derin deniz madenciliği yüklenicileri için minimum cazip getiri oranı temel alınarak tasarlanmıştır¹⁷⁶ ve daha sonra Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne getiriye en üst düzeye çıkarmak amacıyla seçilmiştir.¹⁷⁷ Hiçbiri henüz tam olarak onaylanmamış veya reddedilmemiş çok çeşitli seçenekler halen tartışılmaktadır ve devam eden müzakereler sık sık ayarlamalara yol açmaktadır.¹⁷⁸

Halen değerlendirilmekte olan ve bu nedenle Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından resmi olarak uygulamaya konulması için öncü olarak görülebilecek modellerden biri,¹⁷⁹ ilk beş yıl için sabit bir rödovans oranı ve sonrasında daha yüksek bir sabit orandan oluşan iki aşamalı sabit bir ad valorem rödovans sistemidir. Bu model ile genişletilmiş kıta sahanlığı için ödeme rejimi karşılaştırıldığında, bir dizi kavramsal benzerlik fark edilebilir.

and System of Payments for the Exploitation of Polymetallic Nodules in the Area (Boston: Massachusetts Institute of Technology, 2019).

¹⁷⁴ Yüklenicilerden bazılarının jeopolitik veya diğer kamu çıkarları nedeniyle zararına faaliyet göstermeyi tercih edebilecek devlet teşebbüsleri olduğu dikkate alındığında; kâra dayalı bir ödeme sisteminin kurulmasının Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi için daha az gelire ve özel yükleniciler için dezavantajlara yol açabileceği ve bunun tüm yükleniciler için öngörülen mali muamele eşitliğine uygun olmadığı da unutulmamalıdır.

¹⁷⁵ Isabel Feichtner, "Sharing the Riches of the Sea: The Redistributive and Fiscal Dimension of Deep Seabed Exploitation," *European Journal of International Law* 30, no. 2 (May 2019): 601-633.

¹⁷⁶ Kirchain, Report to the International Seabed Authority, 5.

¹⁷⁷ Kirchain, Report to the International Seabed Authority, 5.

¹⁷⁸ Report of the Chair on the outcome of the third meeting of the open ended working group of the Council in respect of the development and negotiation of the financial terms of a contract under article 13, paragraph 1, of annex III to the United Nations Convention on the Law of the Sea and section 8 of the annex to the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (17 February 2020) ISA Doc ISBA/26/C/8.

¹⁷⁹ Kirchain, Report to the International Seabed Authority, 5.

Her iki sistem de ad valorem rödovans modeline dayanmaktadır ve yıllar içerisinde artan bir oran uygulamaktadır. Bununla birlikte, bir dizi kayda değer farklılık bulunmaktadır. Genişletilmiş kıta sahanlığındaki maden işletmeciliği iki kademeli bir orana tabi değildir çünkü her yıl kademeli olarak yüzde bir artarak en fazla yüzde yediye çıkmaktadır ve beş yıllık bir ödemesiz dönem söz konusudur. Bu durum Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından ele alınan iki aşamalı sabit ad valorem rödovans sistemi için geçerli değildir.¹⁸⁰

BMDHS 82. maddenin, her iki rejimde de gelir dağılımı açısından zaten ayrıcalıklı bir statüye sahip olan gelişmekte olan ülkelere,¹⁸¹ net ithalatçı oldukları maden kaynakları ile ilgili olarak katkı payı ödemekten muaf tutulmalarını öngörerek ek bir ayrıcalık sağladığını belirtmek önem arz etmektedir.¹⁸² Kıyı devletleri ise seçme hakkına sahiptir ve derin deniz yatağındaki işletme faaliyetlerine ilişkin önerilen ödeme modellerinde bir seçenek olmayan aynı katkı sağlamayı tercih edebilirler.¹⁸³ BMDHS'nin 82. maddesi ile tesis edilen ödeme sistemi genişletilmiş kıta sahanlığında bulunan her türlü cansız kaynak için geçerlidir. Ancak şu anda derin deniz yatağındaki madenlerin işletilmesi için düşünülen ödeme modelleri sadece polimetallik nodüllere odaklanmaktadır. Polimetallik sülfürler ve kobalt bakımından zengin ferromanganez kabukları için uyarılma yapılması gerekliliği dikkate alınmalıdır.¹⁸⁴

Genişletilmiş kıta sahanlığındaki işletme faaliyetleri ile ilgili olarak ödeme yükümlülüğü yalnızca kıyı devletlerine aittir.¹⁸⁵ Derin deniz yatağındaki işletme faaliyetleri için benimsenecek ödeme mekanizması, hem devlet dışı aktörler yani özel şirketler veya devlet teşebbüsleri hem de devletler olabilen yükleniciler için geçerlidir.¹⁸⁶ Derin deniz madenciliğine

¹⁸⁰ BMDHS, madde 82(2).

¹⁸¹ BMDHS, madde 82(4) ve 140(1).

¹⁸² BMDHS, madde 64-73.

¹⁸³ Report of the Chair on the outcome of the third meeting of the open ended working group of the Council in respect of the development and negotiation of the financial terms of a contract under article 13, paragraph 1, of annex III to the United Nations Convention on the Law of the Sea and section 8 of the annex to the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (17 February 2020) ISA Doc ISBA/26/C/8.

¹⁸⁴ BMDHS, madde 140.

¹⁸⁵ BMDHS, madde 148.

¹⁸⁶ Uygulama Anlaşması 1994, Ek Bölüm 2(2); Taslak İşletme Yönetmelikleri, madde 19(1).

bağlı mali yükümlülükler karşılaştırıldığında, benzer senaryolar yalnızca maden işletmecisinin bir devlet olması durumunda kademelendirilebilir.¹⁸⁷

Halihazırda Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından dikkate alınan oranlar ile BMDHS 82. maddede yer alan tarifeler arasında bir karşılaştırma yapıldığında, genişletilmiş kıta sahanlığı için geçerli olan mali rejimin, özellikle rödovanssız dönemin ve kademeli olarak artan oranın, gelirin net bugünkü değeri üzerindeki etkileri dikkate alındığında, maden işletmecileri için önemli ölçüde daha elverişli olduğu görülmektedir.¹⁸⁸ Ancak derin deniz yatağındaki işletme faaliyetleri için uygun bir ödeme sistemine ilişkin müzakereler halen devam etmekte olduğundan ve bu mekanizmanın çok çeşitli özelliklerine ilişkin kararlar henüz alınmadığından, bu aşamada herhangi bir sonuca varmak faydalı görünmemektedir. Ayrıca, diğer maden kaynakları kategorileri için ek ödeme rejimlerinin tasarlanması gerekecektir ve BMDHS 82. maddenin, sistemin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için çözülmesi gereken bazı belirsizliklerle dolu olduğu da unutulmamalıdır. Bu nedenle, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ödeme sistemi ile BMDHS 82. maddenin mekanizması arasındaki ilişkiyi değerlendirmek için henüz çok erkendir. Ancak her iki rejim de yürürlüğe girmeden önce, mantıksal bir denge sağlamak amacıyla bu mekanizmaların uyumlaştırılmasının düşünülmesi tavsiye edilebilir. Bununla birlikte, bu mali rejimlerin ne derece örtüşmesi gerektiği üzerinde düşünülmelidir.

Aynı faaliyetlerle ilgili olmasına rağmen, gelişmekte olan devletler için olası bir muafiyetin ve daha düşük ortalama oranların, genişletilmiş kıta sahanlığındaki maden kaynaklarının işletilmesiyle ilgili olarak haklı olduğu iddia edilebilir çünkü derin deniz yatağının aksine kıyı devletleri bu bölgedeki doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesi amacıyla münhasır egemenlik haklarına sahiptir.¹⁸⁹ Ancak diğer taraftan, genişletilmiş kıta sahanlığı açıkça derin deniz yatağına ait olduğundan, insanlığın ortak mirası ilkesi¹⁹⁰ ve hakkaniyete uygun fayda paylaşımı¹⁹¹ ilkesi ışığında, herhangi bir farklılığa

¹⁸⁷ Report of the Special Representative of the Secretary-General of the International Seabed Authority for the Enterprise on the proposal by the Government of Poland for a joint venture with the Enterprise (3 January 2019) ISA Doc ISBA/25/C/7.

¹⁸⁸ Willaert, "Payment Regimes for the Exploitation of Mineral Resources in the Area," 82.

¹⁸⁹ BMDHS, madde 77.

¹⁹⁰ BMDHS, madde 136.

¹⁹¹ BMDHS, madde 82(4) ve 140.

yer bırakmayacak şekilde aynı hükümlere tabi olması gerektiği ileri sürülebilir. Genişletilmiş kıta sahanlığının ödeme rejiminin, Avrupa Komisyonu'nun sistemi ile uyumlu hale getirilmesi derin deniz yatağı için mantıklı görünmektedir.

BMDHS 82. maddesi, bugüne kadar uygulanmamış olmasına rağmen, halihazırda yürürlüktedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin değerlendirmekte olduğu, tartışılan ödeme modellerinin ise henüz kabul edilmediği unutulmamalıdır. Ayrıca düzenlendiğinde bile, derin deniz yatağındaki kullanım faaliyetleri için ödeme sistemi Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kullanım düzenlemelerine bir ek şeklinde olacaktır ve bu durumda bağlayıcı çok taraflı anlaşmanın içeriğinden üstün değildir. Dolayısıyla, bu bağlamda daha fazla uyumlaştırma sağlamak için seçenekler değerlendirilirken fizibilite, verimlilik ve hukuki kesinliğin uygun şekilde dengelenmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

D. Devlet Dışı Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Derin deniz yatağındaki maden kaynaklarının araştırılması, aranması, işletilmesine ilişkin genel sistem ve kıta sahanlığının olası bir genişlemesine ilişkin ilkeler Uygulama Anlaşması ile değiştirildiği şekliyle BMDHS'de ortaya konmuştur. Ancak prensipte, bu hukuk sisteminin sadece andlaşmaları onaylayan devletler için geçerli olduğu unutulmamalıdır. Sadece birkaç BM üyesi devletin andlaşmaları onaylamadığı doğru olsa da,¹⁹² Amerika Birleşik Devletleri bunlardan biridir ve bu nedenle, onaylamamanın bu devletlerin derin deniz madenciliği hedefleri üzerindeki kesin etkisini değerlendirmek özellikle önemlidir.¹⁹³

Devlet dışı taraflar, uluslararası derin deniz yatağı sistemi ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin yönetim rolü ile bağlı olmadıkları için, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin ön izni olmaksızın derin deniz yatağı içindeki doğal kaynakları talep etme ve kullanma yetkisine sahip oldukları ileri sürülebilir ya

¹⁹² United Nations, "Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Implementation Agreement," Erişim tarihi Mart 01, 2025, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm.

¹⁹³ Klaas Willaert, "Deep Sea Mining and the United States: Unbound Powerhouse or Odd Man Out?," Marine Policy 124, no. 1 (February 2021): 3.

da tam tersine, ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde herhangi bir derin deniz madenciliği faaliyetinden men edildikleri iddia edilebilir.

Benzer bir mesele kıyı devletinin deniz yetki alanı dahilinde maden arama ve işletme bağlamında da ortaya çıkmaktadır. BMDHS'nin onaylanmaması nedeniyle devlet dışı tarafların genişletilmiş kıta sahanlığı talebinde bulunamayacakları ileri sürülebilirken, diğer yandan devlet dışı tarafların Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun tavsiyesi olmaksızın ve bu bölgedeki maden kaynaklarının işletilmesine ilişkin herhangi bir katkı sağlama yükümlülüğü olmaksızın, kıta sahanlıklarını istedikleri gibi genişletebilecekleri iddia edilebilir. Söz konusu önemli çıkarlar dikkate alındığında, bu konuları çevreleyen belirsizliğin yerini uluslararası hukuk temelinde net bir analizin alması önemlidir.

Bu ilgili soruların cevapları, devlet dışı tarafların okyanus tabanındaki bol mineral kaynaklarından yararlanıp yararlanamayacağını ve bunun maliyetinin ne olacağını belirlediğinden, sonuçsuz değildir. BMDHS'nin onaylanmaması, uluslararası sistemin kural ve koşullarına bakılmaksızın derin deniz tabanına serbest ve dizesiz erişime yol açmakta mıdır? Bu durum, devletlerin derin deniz madenciliği hırslarını sürdürmelerini engeller mi? Soruları doğrultusunda BMDHS'ye taraf olmayan devletlerin hak ve yükümlülüklerini değerlendirirken, andlaşmaların içeriğinin, genellikle yasal bir yükümlülüğün (*opinio juris*) sonucu olduğuna inanılan sürekli, kapsamlı ve yeknesak bir şekilde uygulanan yerleşik bir devlet uygulamasından oluşan uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirmek önemlidir.¹⁹⁴

Azınlık görüşü olarak derin deniz yatağı madenciliğinin tüm uluslar için geçerli bir açık deniz özgürlüğü olduğu ve BMDHS'nin XI. Bölümü uyarınca kurulan sistem tarafından engellenemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁹⁵ Derin deniz yatağı sisteminin neredeyse evrensel olarak kabul edildiği ve tanındığı,¹⁹⁶ neredeyse tüm devlet dışı tarafların Uluslararası Deniz Yatağı

¹⁹⁴ ICJ (1996) Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons –Advisory Opinion. ICJ Rep 1996:226.

¹⁹⁵ Steven Groves, “The U.S. Can Mine the Deep Seabed without Joining the U.N. Convention on the Law of the Sea,” Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.heritage.org/report/the-us-can-mine-the-deep-seabed-without-joining-the-un-convention-the-law-the-sea>.

¹⁹⁶ Jonathan Charney, “The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III: The Impact of General International Law,” Law and Contemporary Problems 56, no. 2 (Spring 1983): 49.

Otoritesi'nde gözlemci olduğu¹⁹⁷ ve böylelikle uluslararası hukuk sistemine aykırı hiçbir faaliyetin gerçekleştirilmediği göz önünde bulundurulduğunda,¹⁹⁸ derin deniz yatağında tek taraflı madencilik faaliyetlerinin yasaklanmasının¹⁹⁹ uluslararası teamül hukuku statüsüne kavuştuğu genel olarak kabul edilmektedir.²⁰⁰ Yaygın ve temsili katılım nedeniyle, derin deniz yatağı sisteminin temelde norm yaratıcı bir karaktere sahip olan bu önde gelen ilkesi, önemli bir süre geçmesine bakılmaksızın, normatif gerçekliğin bir parçası haline gelmiştir.²⁰¹

BMDHS, Uygulama Anlaşması ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi düzenlemeleri tarafından belirlenen derin deniz yatağı sistemi, devlet dışı tarafların katılımı için herhangi bir alan bırakmadığından, bu durumun geniş kapsamlı sonuçları olacaktır.²⁰² Bu nedenle, derin deniz yatağı madenciliği faaliyetlerinin yalnızca BMDHS ve Uygulama Anlaşmasını onaylayan devletler ve vatandaşları tarafından yürütülebileceği görüşü hakimdir; zira bu alanda tek taraflı hak talepleri veya hakların kullanılması uluslararası teamül hukukuna aykırı kabul edilmektedir.

Taraf olmayan devletlerin katılmadıkları uluslararası derin deniz yatağı sisteminin özel kural ve koşullarıyla bağlı olmadıkları varsayılabilir. Bu durumda dahi derin deniz yatağındaki faaliyetlerle ilgili olarak, diğer devletlerin çıkar ve haklarına gereken saygının gösterilmesi yükümlülüğü doğmaktadır. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi yüklenicilerine verilen alanlara saygı gösterilmesi,²⁰³ deniz çevresinin korunması ve muhafaza edilmesine ilişkin yükümlülüklerle uyulmasını gerektireceğinden, taraf olmayan devletler derin deniz yatağında kendi takdirlerine bağlı olarak derin deniz madenciliği faaliyetleri yürütmekte hiçbir şekilde özgür olmayacaklardır.²⁰⁴

¹⁹⁷ International Seabed Authority, "Observers," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/observers>.

¹⁹⁸ Noyes, "The Common Heritage of Mankind," 465.

¹⁹⁹ BMDHS, madde 137.

²⁰⁰ Edwin Egede, *Africa and the Deep Seabed Regime: Politics and International Law of the Common Heritage of Mankind* (New York: Springer, 2011), 69.

²⁰¹ Koskenniemi, "The Privilege of Universality," 551; ICJ (1969) *North Sea Continental Shelf Cases* (Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands) – Judgment. ICJ Rep 1969:3.

²⁰² Joanna Dingwall, "Commercial Mining Activities in the Deep Seabed beyond National Jurisdiction: the International Legal Framework," in *The Law of the Seabed Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, ed. Catherine Banet (Leiden: Brill, 2020), 151.

²⁰³ BMDHS, madde 87(2).

²⁰⁴ Deniz çevresinin, derin deniz yatağındaki faaliyetlerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi ve azaltılması için devletlerin uluslararası kural ve düzenlemelerden daha az etkili

Uluslararası düzeyde uygulanabilir münhasırlık hakları, kullanım hakkı güvenliği, yatırım koruması ve bağlayıcı uyuşmazlık çözümü seçenekleri olmaksızın, devlet dışı tarafların veya vatandaşlarının derin deniz yatağında pahalı, büyük ölçekli derin deniz madenciliği faaliyetleri geliştirmelerinin ideal olmaktan uzak olacağını belirtmek gerekir.²⁰⁵

Derin deniz yatağı sisteminin temel ilkeleri uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak kabul görmesine rağmen, bir devletin uluslararası teamül hukukunun bir normuna tutarlı ve açık bir şekilde itiraz etmesi durumunda, devletin ısrar edilen teamülle bağlı olmayan ısrarlı bir itirazcı olarak kabul edilip edilemeyeceğini de değerlendirmek gerekir.²⁰⁶ Örneğin, derin deniz yatağını yöneten uluslararası rejimin en önde gelen muhaliflerinden biri olarak görülebilecek olan ABD, BMDHS'nin XI. Bölümü hariç tümünü uluslararası teamül hukuku olarak kabul etmiştir.²⁰⁷ Bu durum, ABD şirketlerine ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde derin deniz yatağında maden çıkarma yetkisi vermek için yerel bir mekanizma oluşturan 1980 tarihli Derin Deniz Yatağı Sert Maden Kaynakları Yasası²⁰⁸ ile birlikte düşünüldüğünde, ABD'nin ısrarlı bir muhalif olarak konumunu güçlendirdiği görülmektedir.

Derin Deniz Yatağı Sert Maden Kaynakları Yasası daha yakından incelendiğinde, uluslararası derin deniz yatağı sisteminin önemli ölçüde kabul edildiği görülmektedir.²⁰⁹ 1994 tarihli Uygulama Anlaşması'nı derhal imzalayan ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nde gözlemci olan ABD'nin değişen tutumu doğrultusunda,²¹⁰ ABD'nin ısrarlı itiraz eden statüsünü terk ettiği açıktır.²¹¹ ABD'nin değişen tutumu Ulusal Okyanus ve Atmosfer İdaresi (NOAA) tarafından da açıkça dile getirilmiştir. ABD'nin derin deniz

olmayacak yasa ve düzenlemeleri kabul etmeleri öngörülmektedir. (BMDHS, madde 192, 194, 204 ve 209).

²⁰⁵ Dingwall, "Commercial Mining Activities in the Deep Seabed," 153.

²⁰⁶ James Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 268.

²⁰⁷ James Malone, "The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III," *Law and Contemporary Problems* 46, no. 2 (Spring 1983): 29.

²⁰⁸ US Deep Seabed Hard Mineral Resources Act 2002 §1401-1473.

²⁰⁹ US Deep Seabed Hard Mineral Resources Act 2002 §§ 1401(a)(12), (b)(1)-(3), 1421 ve 1472.

²¹⁰ United Nations, "Status of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Implementation Agreement," Erişim tarihi Mart 01, 2025, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm.

²¹¹ Green, *The Persistent Objector Rule in International Law*, 267.

yatağındaki ruhsatlarının BMDHS ve Uygulama Anlaşması'na katılmadan uluslararası alanda tanınamayacağı ve uygulanamayacağı kabul edilmiştir.²¹²

BMDHS'nin ve Uygulama Anlaşması'nın onaylanmamasının, yalnızca taraf olmayan devletler açısından derin deniz yatağı madenciliği yapılmasını engellemekle kalmayıp, aynı zamanda bu devletlerin vatandaşlarının bu tür faaliyetlerde bulunmasını da engellediğini belirtmek gerekir. Derin deniz yatağında madencilik faaliyetleri yürütmek isteyen devlet dışı aktörler ancak vatandaş oldukları devlet tarafından desteklendikleri takdirde Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne başvurabilirler²¹³ ki bu devletin de BMDHS'ye taraf bir devlet olması gerektiği açıktır. Dolayısıyla, BMDHS'nin onaylanmamasının sakıncalarının önemli olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, taraf olmayan devletlerde yerleşik şirketler, etkin kontrol ve stratejik kurumsal yapılar yoluyla derin deniz madenciliği emellerinin peşinden gidebilirler.

Etkin kontrolün yorumlanması, yargılamada en lehe kararı verebilecek olan yetkili mahkeme seçimine (forum shopping) açık kapı bıraktığı sürece, taraf olmayan devletlerin vatandaşları derin deniz madenciliğine katılmak için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin bir üyesi, ilgili andlaşmaları onaylamış devletlerde bulunan bağlı ortaklıkları kullanabilirler. Örneğin, ABD savunma sanayi şirketi Lockheed Martin, İngiltere'deki yüzde yüz iştiraki UK Seabed Resources aracılığıyla derin deniz yatağında polimetallik nodüllerin araştırılması için iki Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi sözleşmesi edinmiştir.²¹⁴ Bununla birlikte, devlet dışı tarafların çok uluslu şirketleri derin deniz madenciliği yapmanın yasal bir yolunu bulabilseler de, devlet dışı tarafların kendilerinin katılamayacakları ve dahası sponsor devlet olarak hizmet edemeyecekleri, dolayısıyla uygulanan vergiler, ekonomik büyüme ve istihdam yaratma şeklinde potansiyel faydalardan pay alamayacakları göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne üye olmamak bir devletin saygınlığını etkilemekte ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ndeki düzenleme ve karar alma süreçlerini etkileme kabiliyetini engellemektedir.²¹⁵

²¹² National Oceanic and Atmospheric Administration NOAA, Extension of Deep Seabed Exploration Licenses-Response to Comments 2015. Fed Reg 80(250):81529.

²¹³ BMDHS, madde 153(2)(b), Ek III madde 4(1) ve (3).

²¹⁴ ISBA/20/C/25; ISBA/18/C/27; ISBA/18/C/17, 3.

²¹⁵ Draft regulations on exploitation of mineral resources in the Area - Collation of specific drafting suggestions by members of the Council (17 December 2019) ISA Doc ISBA/26/C/CRP.1.

Kıyı devletinin deniz yetki alanı dahilindeki derin deniz yatağı madenciliği ile ilgili olarak, BMDHS'nin onaylanmamasının etkileri daha az belirgin olmakla birlikte yine de somuttur.²¹⁶ Kıta sahanlığının cansız kaynaklarının araştırılması ve işletilmesi kıyı devletlerinin ulusal yasalarına tabi olduğundan,²¹⁷ uluslararası derin deniz yatağı sisteminin burada söz konusu olmadığı açıktır. Ancak bu bölgenin taraf olmayan devletler tarafından sınırlandırılması konusu soru işaretlerine yol açabilir.

Türkiye, Karadeniz, Ege ve Akdeniz'de kıta sahanlığı ve olası MEB hakları çerçevesinde deniz yatağı madenciliği yapabilir. Ancak, Ege Denizi ve Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarına ilişkin hukuki anlaşmazlıklar, Türkiye'nin derin deniz madenciliği yapmasını sınırlayabilir. Türkiye, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin belirlediği kurallar çerçevesinde uluslararası sular altında madencilik faaliyetleri yürütebilir. Ancak, Türkiye'nin BMDHS'ye taraf olmaması, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi lisans süreçlerine doğrudan katılımını sınırlandırabilir. Derin deniz madenciliği için uluslararası sulara çıkmak gerektiğinde, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından verilen araştırma ve işletme ruhsatlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Türkiye, BMDHS'ye taraf olmadığı için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin tam üyesi değildir, ancak Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin bazı süreçlerine gözlemci olarak katılabilir. Türkiye'nin öncelikle deniz yetki alanlarını netleştirmesi ve MEB ilanı konusundaki stratejisini belirlemesi gerekmektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile iş birliği mekanizmaları aranmalı ve deniz madenciliği konusunda bilimsel araştırmalar artırılmalıdır. Mevcut jeopolitik durum nedeniyle, Türkiye'nin öncelikli odak noktası Karadeniz olabilir.

Devlet olmayan tarafların BMDHS'de²¹⁸ öngörülen sınırlandırma kriterleri ve prosedürü ile bağlı olmadıkları ve bunun yerine 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin bir devletin deniz yatağı ve kıyıya bitişik denizaltı alanlarının toprak altı üzerinde, bitişik suların derinliğinin burada bulunan doğal kaynakların işletilmesine izin verdiği yere kadar yargı yetkisi kullanabileceğini öngören işletilebilirlik kriterine dayanabilecekleri ileri

²¹⁶ Willaert, "Deep Sea Mining and the United States," 8.

²¹⁷ BMDHS, madde 77.

²¹⁸ BMDHS, madde 76.

sürülebilir.²¹⁹ Bununla birlikte, çoğu devlet Amerika Birleşik Devletleri de dahil olmak üzere BMDHS'nin²²⁰ sınırlandırma kriterleri ile uyumludur ve bu hükümler giderek uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilmektedir.²²¹

BMDHS'nin onaylanmamış olması bazı sorunlar yaratacaktır. Kıta sahanlığının genişletilmesinin Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na sunulmasından oluşan idari prosedür²²² uluslararası teamül hukukunun bir ifadesi olarak kabul edilemez ve taraf olmayan devletler için erişilebilir görünmemektedir.²²³ Teknik olarak, devlet dışı tarafların bir başvuru yapmaları yasak değildir ancak Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun bunu gerçekten dikkate alıp almayacağı belirsizdir.

Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun tüm kıyı devletlerinin başvurularını, bu devletlerin BMDHS'yi onaylayıp onaylamadıklarına bakılmaksızın, dikkate almak zorunda olduğu görüşü doğrultusunda derin deniz yatağının sınırlarını belirlemek için kıta sahanlıklarının net bir şekilde belirlenmesinin önemi açıktır.²²⁴ Diğer bir görüşe göre ise BMDHS'nin özel dili ve hazırlık çalışmalarının yorumu, devlet dışı tarafları bu ayrıcalıktan mahrum bırakmaktadır. Dolayısıyla taraf olmayan devletler açısından, standart 200 deniz mili sınırının ötesinde deniz yatağı kaynakları üzerinde uluslararası olarak uygulanabilir hak iddialarında bulunmalarının engellendiği savunulmaktadır.²²⁵ Bununla birlikte, taraf

²¹⁹ Kıta Sahanlığı Sözleşmesi, madde 1.

²²⁰ Ted McDorman, "The Outer Continental Shelf In The Arctic Ocean: Legal Framework And Recent Developments," in Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf, ed. Davor Vidas (Leiden: Brill, 2010), 505.

²²¹ Bjarni Magnusson, "Can the United States Establish the Outer Limits of its Extended Continental Shelf under International Law?," Ocean Development and International Law 48, no.1 (January 2017): 9.

²²² BMDHS, madde 76(8).

²²³ ICJ (2012) Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia) – Declaration of Judge Ad Hoc Cot. ICJ Rep 2012:768.

²²⁴ Alexei Zinchenko, "Emerging Issues In The Work Of The Commission On The Limits Of The Continental Shelf," in Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits, ed. Myron Nordquist, John Moore, Tomas Heidar (Leiden: Brill, 2004), 247.

²²⁵ Her ne kadar kıyı devleti ifadesi kullanılmış olsa da, bu terimin, kıyı devletlerinin sözleşmenin o devlet için yürürlüğe girmesinden itibaren 10 yıl içinde başvurularını yapmalarını öngören ve dolayısıyla kıyı devletlerinin sözleşmeye taraf olduğunu belirten

olmayan devletler başvurularının Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu tarafından değerlendirilmesinden yararlanamayacak olsalar bile, bir kıyı devletinin 200 deniz milinin ötesinde kıta sahanlığı hakkının uluslararası teamül hukuku kapsamında *ipso facto* olarak ortaya çıktığı ileri sürülebilir. Zira taraf olmayan bir devletin bunu ileri sürebileceği prosedürdeki olası farklılıklara rağmen, doğal hakkın kendisi değişmemektedir.²²⁶

Kıyı devletlerinin genişletilmiş kıta sahanlığı haklarının Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu tarafından yapılacak bir değerlendirmeye bağlı olmadığı sıklıkla iddia edilmiştir.²²⁷ Bu nedenle, Uluslararası Adalet Divanı'nın aksi yöndeki açıklamasına rağmen,²²⁸ taraf olmayan devletler kıta sahanlıklarının genişletilmesini talep edebilmelidir. Ancak Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun müteakip onayı sonucunda, dış sınırların nihai ve bağlayıcı statüsüne ulaşılamayabilir ve belirsiz bir süre sonra aynı sonuca yol açacak olan diğer devletlerin rızasına bağlı olmaları gerekebilir.²²⁹ Bu bağlamda, 200 deniz milinin ötesinde kıta sahanlığını genişletme prosedürünün BMDHS'nin 82. maddesi ile kurulan katkı mekanizması ile birlikte bir paket anlaşmanın parçası olduğu unutulmamalıdır.²³⁰ Ödeme sistemi, devlet uygulamasının eksikliği ve devlet dışı tarafların üye olmadığı bir uluslararası organ olan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin katılımı nedeniyle uluslararası teamül hukuku olarak nitelendirilemez.²³¹ Ancak diğer devletler gelir paylaşım

Deniz Hukuku Sözleşmesi Ek II'nin 4. maddesi ile birlikte yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. (BMDHS, madde 76(8), Ek II madde 4; Magnusson, "Can the United States Establish the Outer Limits of its Extended Continental Shelf?," 5.

²²⁶ ICJ (2012) Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia) – Declaration of Judge Ad Hoc Mensah. ICJ Rep 2012:762.

²²⁷ ITLOS (2012) Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar) – Judgment. ITLOS Rep 2012:4.

²²⁸ ICJ (2007) Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras) – Judgment. ICJ Rep 2007:659.

²²⁹ Magnusson, "Can the United States Establish the Outer Limits of its Extended Continental Shelf?," 11.

²³⁰ Zinchenko, "Emerging Issues in the Work of the Commission on the Limits of the Continental Shelf," 238.

²³¹ Malone, "The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III," 36.

mekanizmasına katkıda bulunma niyetleri yoksa, kıta sahanlığının devlet dışı taraflarca genişletilmesine elbette karşı çıkabilirler.²³²

Taraf olmayan devletlerin kıta sahanlığı üzerindeki arama ve işletme hakları BMDHS'nin onaylanmamasından etkilenmezken, bu bölgeyi esas hattan itibaren standart 200 deniz milinin ötesine genişletme çabalarının karmaşık olabileceği sonucuna varabiliriz. Asıl mesele, hukuki kesinliğe ulaşmanın çok daha zor olmasıdır. Sınırlandırmanın kendisi kıyı devleti tarafından üstlenilen tek taraflı bir eylem olabilir ancak diğer devletler açısından geçerliliği uluslararası hukuka bağlıdır.²³³ Devlet dışı taraflar, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun bu talebi gerçekten dikkate alacağına dair herhangi bir güvence olmaksızın, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na bir iyi niyet ve uluslararası hukuk ilkelerine bağlılık göstergesi olarak başvuruda bulunmayı düşünebilirler.²³⁴ Ancak tanınma ve uygulanabilirlik açısından benzer bir sonuç elde etmek için muhtemelen diplomasiye ve diğer devletlerin zımni onayına güvenmek zorunda kalacaklardır. BMDHS 82. maddenin katkı mekanizmasının doğrudan uygulanmaması gerçeği, ki bu onaylanmamanın tek teorik avantajı olarak düşünülebilir, önemsenmemelidir çünkü *quid pro quo*²³⁵ ışığında taraf olmayan devletler, 200 deniz mili ötesindeki deniz yatağı ve toprak altı üzerindeki taleplerinin reddedilmesini istemiyorlarsa, aidatlarını ödemeleri gerekmektedir.

²³² Üçüncü Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı Başkanı kapanış konuşmasında, devlet dışı tarafların kıta sahanlığının genişletilmesiyle ilgili olarak BMDHS'nin 76. maddesinin faydalarından yararlanamayacaklarını, zira tarafların BMDHS'nin 82. maddesiyle bağlı olmadıklarını belirtmiştir. BMDHS'nin 76. ve 82. maddelerinin bir *quid pro quo* olarak ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğu Başkan tarafından beyan edilmiştir. 193rd Meeting of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea (10 December 1982) UN Doc A/CONF.62/SR.193 s. 136.

²³³ ICJ (1951) Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) – Judgment. ICJ Rep 1951:116.

²³⁴ Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun bu başvuruları dikkate alması durumunda, devlet dışı tarafların, vatandaşlarının hiçbiri Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun üyesi olarak görev yapmaya uygun olmadığından ve seçimlere katılamadıklarından, kendilerini hala daha az elverişli bir konumda buldukları iddia edilebilir. (BMDHS, Ek II madde 2(1)).

²³⁵ Verilen şey karşılığında alınan şey ya da alınan karşılığında verilen şey anlamındaki Latince terim.

E. Forum Shopping Yargılamada En Lehe Kararı Verebilecek Olan Yetkili Mahkeme Seçimi Olasılığının Değerlendirilmesi

Sponsor devletler ve ulusal hukuk sistemleri derin deniz yatağında gerçekleştirilen madencilığa ilişkin düzenleyici sistemde önemli bir rol oynamaktadırlar. Devlet dışı aktörler derin deniz madencilığı faaliyetlerine ancak bir üye devlet tarafından desteklendikleri takdirde katılabilmektedirler.²³⁶ Sponsor devlet, sponsor olduğu devlete ait teşebbüsün, özel şirketin veya gerçek kişinin sözleşme şartlarına ve BMDHS kapsamındaki yükümlülüklerine uygun hareket etmesini sağlama sorumluluğunu taşımaktadır. Ancak sponsor devletin gerekli mevzuatı kabul etmiş olması ve kendi yargı yetkisi altındaki kişilerin etkin uyumunu sağlamak için kendi hukuk düzeni çerçevesinde makul ölçüde uygun tedbirleri almış olması halinde, sponsor olunan tarafın ihlalleri devlet sorumluluğuna yol açmamaktadır.²³⁷

Sponsor devlete verilen görevleri belirtmek gerekirse; derin deniz yatağındaki faaliyetlerin çevresel etkilerini izlemek ve değerlendirmek için Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile işbirliği yapmak, deniz çevresinin etkili bir şekilde korunmasını ve ihtiyat ilkesinin uygulanmasını sağlamak için tedbirler uygulamak,²³⁸ yüklenicinin mali kayıtları ve faaliyetlerine ilişkin denetim ve teftişlerin yürütülmesinde Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne yardımcı olmak gibi geniş bir alanı kapsamaktadır.²³⁹ Yüklenici yürürlükteki kurallara uymadığında, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi bu durumu ulusal hukuk kapsamında hukuki işlemlerin başlatılması için sponsor devlete bildirebilir.²⁴⁰ Yüklenicinin Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Deniz Yatağı Anlaşmazlıkları Dairesi nezdinde Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ile bir anlaşmazlığa düşmesi halinde, sponsor devletin yazılı veya sözlü beyanda bulunarak katılma hakkı vardır.²⁴¹

²³⁶ BMDHS, madde 153(2)(b), Ek III madde 4(1) ve (3).

²³⁷ ITLOS (2011) Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area – Advisory Opinion. ITLOS Rep 2011:10 paras 228-230.

²³⁸ Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (22 July 2013) ISA Doc ISBA/19/C/17 Exploration Regulations PMN, madde 31(2); Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (25 March 2019) ISA Doc ISBA/25/C/WP.1 Draft Exploitation Regulations, madde 44.

²³⁹ Draft Exploitation Regulations, madde 75(5) ve 96(2).

²⁴⁰ Draft Exploitation Regulations, madde 33(3) ve 100(3).

²⁴¹ BMDHS, madde 190.

2011 tarihli Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Danışma Görüşü, sponsor devletlerin sorumlulukları listesine daha fazla ışık tutmaya çalışmıştır.²⁴² Bazı konular belirsizliğini korusa da, bir ülkenin sponsor devlet olarak görevlerini yerine getirmesinin başlıca yollarından birinin derin deniz madenciliğine ilişkin özel mevzuat çıkarmak olduğu açıktır. Ancak sponsorluk belgesi almak için gerekli koşulları belirleyen ve ilgili kuralları koyan ulusal yasalar oldukça çeşitlidir çünkü ulusal yasalar çoğunlukla bir ülkenin kendi takdir yetkisi doğrultusunda tasarlanmaktadır.²⁴³ Bu durum kaçınılmaz olarak, derin deniz madenciliği işletmelerinin sponsor devletlerini stratejik olarak seçmelerine neden olabilecektir. Dolayısıyla modern denizcilikte elverişli bayrak kullanımına benzeyen bir olguyu tetikleyebilecek uyumsuzluklar ve fırsatlar olasılığını beraberinde getirmektedir.²⁴⁴

Hukuki olasılıklar ve potansiyel avantajlar değerlendirildiğinde, daha elverişli bir ulusal rejime tabi olmak amacıyla derin deniz yatağındaki madencilik bağlamında forum shopping gerçekçi bir beklenti değildir.²⁴⁵ Uygun devletlerin sponsorluğunun gelecekte ortaya çıkan bir olgu olup olamayacağını değerlendirmek için öncelikle hukuki ve pratik bir imkân olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. BMDHS sponsor devletlere ilişkin iki uygunluk kriteri sıralamaktadır. Bu kriterler: Derin deniz yatağı madenciliği faaliyetleri yürütmek isteyen devlet dışı aktörler için sadece vatandaş oldukları devlet(ler)in sponsorluğu değil, aynı zamanda etkin bir şekilde doğrudan veya dolaylı olarak, vatandaşları aracılığıyla kontrol ettikleri devlet(ler)in sponsorluğu da gerekebilmektedir.²⁴⁶ Bununla birlikte, başvuru sahibi sadece birini veya diğerini seçemez. Eğer vatandaş olduğu devlet aynı zamanda söz konusu kuruluş üzerinde etkin kontrole sahipse, bu devletin tek başına sponsor olması yeterlidir. Ancak birden fazla vatandaşlığın olması veya

²⁴² ITLOS (2011) Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area – Advisory Opinion. ITLOS Rep 2011:10.

²⁴³ Saul Roux, Catherine Horsfield, “Review of National Legislations Applicable to Seabed Mineral Resources Exploitation,” in *The Law of the Seabed Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, ed. Catherine Banet (Leiden: Brill, 2020), 300.

²⁴⁴ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 162.

²⁴⁵ Klaas Willaert, “Forum Shopping within the Context of Deep Sea Mining: Towards Sponsoring States of Convenience?,” *Belgian Review of International Law* 2, no. 1 (2019): 121.

²⁴⁶ BMDHS, madde 153(2)(b), Ek III madde 4(1) ve (3).

etkin kontrole sahip devletin vatandaşı olduğu devletle çakışmaması durumunda, ilgili tüm devletler sponsor devlet olarak hareket etmelidir.²⁴⁷

Muğlak bir kavram olan etkin kontrol; düzenleyici kontrol, ekonomik kontrol veya her ikisini birden ifade edebilir.²⁴⁸ Ancak tüzel kişilik ile devlet arasında bir bağın varlığının bulunması gerekmektedir. Bu bağ, şirketin tescil edildiği ülkenin ve şirketin ana merkezinin tespit edilmesi yoluyla ispatlanabilir. Her ne kadar ticari araç olan bir geminin çalıştırıldığı ülke dışındaki bir ülkeye kaydedilmesi, uluslararası olarak dayatılan bir vatandaşlık veya ikamet şartının olmaması nedeniyle önemli ölçüde daha az külfetli olsa da,²⁴⁹ stratejik olarak bir sponsor devlet seçmek de mümkündür. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ekonomik kontrol yorumunu reddettiği ve etkin kontrolün basitçe şirketleşme veya vatandaşlık verilmesi ile belirlendiği düzenleyici kontrol kriterini uygulamayı seçtiği sürece,²⁵⁰ yabancı iştirakler aracılığıyla forum shopping için kapı ardına kadar açık bırakılmaktadır. Bu yorum metodu, kontrol edici etkilerin ve kurumsal yapıların ekonomik gerçekliğini tamamen göz ardı etmektedir.²⁵¹

Devlet dışı aktörler tarafından yapılan başvuruları incelerken, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi halihazırda başvuru sahibinin resmi uygunluğunu²⁵² sadece sponsor devletteki tescil veya kuruluş belgesini ve sponsorluk sertifikasını kontrol ederek, daha derinlemesine bir incelemeye başvurmadan değerlendirmektedir.²⁵³ Potansiyel suistimalleri önlemek ve

²⁴⁷ ITLOS (2011) Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area – Advisory Opinion. ITLOS Rep 2011:10 paras 77 ve 190.

²⁴⁸ Andrés Rojas, Freedom Phillips, Effective Control and Deep Seabed Mining: Toward a Definition (Waterloo: Centre for International Governance Innovation Liability Issues for Deep Seabed Mining Series, 2019), 2.

²⁴⁹ Donald Rothwell, Alex Elferink, Karen Scott, The Oxford Handbook of the Law of the Sea (Oxford: Oxford University Press, 2015), 215.

²⁵⁰ Analysis of regulation 11.2 of the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules and Polymetallic Sulphides in the Area (5 June 2014) ISA Doc ISBA/20/LTC/10, paras 20–22.

²⁵¹ Issues related to the sponsorship of contracts for exploration in the Area, monopolization, effective control and related matters (21 June 2016) ISA Doc ISBA/22/LTC/13 para 6.

²⁵² Exploration Regulations PMN, madde 21(3)(a); Draft Exploitation Regulations, madde 13(1)(a).

²⁵³ Report and recommendations to the Council of the International Seabed Authority relating to an application for the approval of a plan of work for exploration by Nauru Ocean Resources Inc. (11 July 2011) ISA Doc ISBA/17/C/9 s. 5.

mevzuat boşluklarından kaçınmak için, hisselerin çoğunluğuna sahip olma, sermayenin çoğunluğuna sahip olma, oy haklarının çoğunluğuna sahip olma, yönetim kurulunun çoğunluğunu seçme hakkı, şirketin kararlarını belirlemek için yeterli etki veya belirtilen unsurların herhangi bir kombinasyonu dahil ekonomik kontrol unsurlarının²⁵⁴ da etkin kontrol tanımına dahil edilmesi gerekmektedir.²⁵⁵

Ana şirketlerin ve diğer ortakların uzmanlığı, teknolojik yeterliliği, mali imkanları Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından başvuru sahiplerinin mali ve teknik kapasitesi değerlendirilirken usulüne uygun olarak dikkate alınırken, etkin kontrolün belirlenmesi için bu ilişkilerin ve kurumsal yapıların göz ardı edilmesi tutarsız görünmektedir. Bu yaklaşım sadece genel uluslararası ve ulusal uygulamayı daha iyi yansıtmakla kalmayacak, aynı zamanda vatandaşlık ve etkin kontrolü temelde birleştiren düzenleyici kontrol yorumunun aksine, bunları açıkça iki ayrı kavram olarak ele alan andlaşma metnine de sadık kalacaktır. Ancak ekonomik kontrol kriterinin operasyonel hale getirilmesinin çok daha zor olacağı ve bir şirketin başka bir ülkede tescil edilmesine açıkça izin verildiği için forum shopping kavramının olası her biçimini engellemeyeceği unutulmamalıdır.²⁵⁶

Hukuki ve pratik olasılıkların yanı sıra, devlet dışı aktörlerin bir sponsor devleti diğerine tercih etmeleri için yeterli nedenler de bulunmaktadır ancak vaka bazında analiz gerekmektedir.²⁵⁷ Başvuru sahibinin imkanları ve çalışma planına ilişkin esaslı ve nihai değerlendirmenin Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, hukuki uyumsuzlukların ve bunun sonucunda ortaya çıkan fırsatların kapsamının, gemicilik sektöründeki elverişli bayrak ve ikinci sicil kavramlarına kıyasla daha küçük olduğu açıkça belirtilmelidir. Ancak bazı sponsor devletler daha

²⁵⁴ ICJ (1960) Case Concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) – Judgment. ICJ Rep 1960:6 para 70.

²⁵⁵ Willaert, “Forum Shopping within the Context of Deep Sea Mining,” 124.

²⁵⁶ Etkin kontrolün belirlenmesi, yan kuruluşlar tamamen tek bir devlet hakimiyetinde olduğunda kolay olacaktır. Ancak karmaşık şirket yapıları ve hisse sahiplikleri söz konusu olduğunda etkin kontrolün belirlenmesi daha zor olacaktır. Bugüne kadar sadece bir yüklenici (Interoceanmetal Ortak Organizasyonu) birden fazla devlet (Bulgaristan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Rusya ve Slovakya) tarafından desteklenmiştir. Rojas, Phillips, Effective Control and Deep Seabed Mining: Toward a Definition, 9.

²⁵⁷ Willaert, “Forum Shopping within the Context of Deep Sea Mining,” 126.

az külfetli ve daha kısa prosedürler, daha düşük ücretler veya daha az denetim nedeniyle cazip görünebilme potansiyeline sahiptir.

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından yaptırılan ulusal derin deniz madenciliği mevzuatı üzerine karşılaştırmalı bir çalışma, bazı paralelliklere rağmen, dayatılan koşullar, karar alma prosedürleri, gözetim mekanizmaları ve mali düzenlemeler açısından önemli farklılıklar olduğunu göstermektedir.²⁵⁸ Bu nedenle, sponsor devletlerden birini ya da diğerini bilinçli olarak seçme davranışı reddedilemez ve bu tercih yasaların fiilen uygulanması açısından da belirleyici bir faktör olacaktır. Derin deniz madenciliği bağlamında, forum shopping kavramının potansiyel avantajları sponsor devletlerin ulusal mevzuatlarının ötesinde de yer alabilmektedir.

Elverişli siyasi koşullar veya ilgili ülkeyle dostane ilişkilerin yanı sıra, BMDHS ve 1994 tarihli Uygulama Anlaşması ile bu ülkelere tanınan ayrıcalıklar göz önüne alındığında, gelişmekte olan bir devletin sponsor devlet olarak seçilmesi faydalı olabilir. Önemli bir avantaj da, belgelenmiş kaynak potansiyeline²⁵⁹ sahip olan Teşebbüs ve gelişmekte olan ülkeler için muhafaza edilen ayrılmış alanlara ilişkin çalışma planlarının da sunulabilmesidir.²⁶⁰ Eğer Teşebbüs, özel temsilcisi aracılığıyla söz konusu bölgede faaliyet yürütme niyetinde olmadığına karar verirse, şimdiye kadar ayrılmış alanlarla ilgili tüm başvurular için durum bu şekilde gerçekleşmiştir,²⁶¹ bir arama sözleşmesi gelişmekte olan bir devlete veya onun sponsorluğundaki bir kuruluşa verilebilir.²⁶² Bu durum, önceki arama faaliyetlerinin atlanabilmesini ve önerilen alanın eşit tahmini ticari değere sahip iki parçaya bölünmesine ilişkin hiçbir veri ve koordinatın sunulmamasını gerektirmektedir, dolayısıyla

²⁵⁸ Klaas Willaert, "Crafting the Perfect Deep Sea Mining Legislation: A Patchwork of National Laws," Marine Policy 119, no. 1 (September 2020): 5; International Seabed Authority, "Comparative Study of the Existing National Legislation on Deep Seabed Mining," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/national-legislation-database/>.

²⁵⁹ International Seabed Authority, "Reserved Areas," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/reserved-areas/>.

²⁶⁰ BMDHS, Ek III madde 8 ve 9(4).

²⁶¹ Report and recommendations to the Council of the International Seabed Authority relating to an application for the approval of a plan of work for exploration by Nauru Ocean Resources Inc. (11 July 2011) ISA Doc ISBA/17/C/9, para 3; Report and recommendations to the Council of the International Seabed Authority relating to an application for the approval of a plan of work for exploration for polymetallic nodules by Tonga Offshore Mining Limited (8 July 2011) ISA Doc ISBA/17/C/10, para 3.

²⁶² BMDHS, Ek III madde 9; Exploration Regulations PMN, madde 17.

bunun kesinlikle daha elverişli bir duruma yol açacağı sonucuna varabiliriz. Bu nedenle, 2011 tarihli Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Danışma Görüşü'nün derin deniz madenciliği bağlamında forum shopping ile ilgili tehlikeleri kabul etmesi şaşırtıcı değildir.

Gelişmekte olan ve gelişmiş sponsor devletler arasında muamele eşitliği arasında farklar bulunmaktadır. Gelişmiş devletlerde bulunan yerleşik ticari işletmeler daha sınırlı düzenleme ve kontrollere tabi olma umuduyla, gelişmekte olan devletlerde şirket kurmaktadırlar, bu devletlerin vatandaşlığına geçmeyi tercih etmektedirler ve bu devletlerin sponsorluğunu almak için çaba göstermektedirler.

Uygun sponsor devletlerin yaygınlaşması, deniz çevresinin korunmasına ilişkin en yüksek standartların yeknesak bir şekilde uygulanmasını, derin deniz yatağındaki faaliyetlerin güvenli bir şekilde geliştirilmesini ve insanlığın ortak mirasının korunmasını tehlikeye atacaktır.²⁶³ Gelişmiş bir devlette tescilli olan ve esasen bu devletin vatandaşlarına ait olan bir derin deniz madencilik şirketinin, gelişmekte olan bir devlette yan şirket kurabilmesi ve bu yan şirket aracılığıyla ayrılmış alanda arama veya işletme sözleşmesi için başvuruda bulunabilmesi sorunludur. Bu tür bir forum shopping, insanlığın ortak mirası ilkesi ve bir bütün olarak insanlık için fayda sağlama hedefi ile ilgili temel kuralları etkili bir şekilde atlatılabilir.²⁶⁴

Özel derin deniz madenciliği şirketleri ile gelişmekte olan devletler arasında son zamanlarda ortaya çıkan ve benzer etkiler yaratabilecek ortaklık eğilimi²⁶⁵ yakından incelenmelidir.²⁶⁶ Ayrılmış alanlarda gelişmiş devletlerin fiili hakimiyetinden kaçınılmalıdır ancak özel yabancı kuruluşlarla bu tür ortaklıklar olmadan, gelişmekte olan devletlerin çoğunun derin deniz madenciliği faaliyetlerine katılmak için gerekli mali ve teknik kapasiteden yoksun olacağı bir gerçektir. Dolayısıyla bu iş birlikleri BMDHS ve 1994 tarihli Uygulama Anlaşması tarafından kapasite geliştirme ve teknoloji

²⁶³ ITLOS (2011) Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area – Advisory Opinion. ITLOS Rep 2011:10 para 159.

²⁶⁴ BMDHS, madde 136 ve 140.

²⁶⁵ Issues related to the sponsorship of contracts for exploration in the Area, monopolization, effective control and related matters (21 June 2016) ISA Doc ISBA/22/LTC/13, paras 5–8.

²⁶⁶ Klaas Willaert, Pradeep A Singh, “Deep Sea Mining Partnerships with Developing States: Favourable Collaborations or Opportunistic Endeavours?,” The International Journal of Marine and Coastal Law 36, no. 2 (April 2021): 216.

transferi bağlamında öngörülen iş birliği türüdür.²⁶⁷ Bununla birlikte, genellikle dış uzmanlık, teknoloji ve finansal araçlara güvenmek zorunda olan gelişmekte olan devletlerin hassas konumu göz önüne alındığında, bu konu Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ve üye devletlerinin dikkat etmesi gereken hassas bir noktadır.

Forum shopping kavramının en belirgin biçimlerini engellemek amacıyla, ekonomik faktörlerin etkin kontrol tanımına dahil edilmesi gerekmektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin başvuruları ve yüklenicilerin kurumsal sahiplik yapılarını gözden geçirmede daha proaktif bir yaklaşım benimsemesi yararlı olacaktır. Ancak bu öneriler, tüm sorunları çözmeyecektir ve aynı durum özel derin deniz madencilik şirketleri ile gelişmekte olan devletler arasındaki iş birlikleri için de geçerlidir.

Sponsor devlette bulunan ve tamamına sahip olunan iştiraklerle karakterize edilen ortaklıklar, eğer yorum metodu olarak ekonomik kontrol tercih edilirse ek sponsorluk gerektirmeyecektir. Örneğin Kanadalı DeepGreen şirketinin sahip olduğu ve sırasıyla Nauru ve Tonga tarafından desteklenen arama sözleşmeleri²⁶⁸ veyahut da DeepGreen ile Kiribati arasındaki iş birliği ve Belçikalı derin deniz madencilik şirketi Global Sea Mineral Resources ile Cook Adaları arasındaki ortaklık²⁶⁹ gibi alt yüklenici olarak işlev gören ortak girişimler bu durumdan etkilenecektir.²⁷⁰

BMDHS yalnızca gelişmekte olan devletlerin veya gelişmekte olan bir devlet tarafından desteklenen ve onun tarafından etkin bir şekilde kontrol

²⁶⁷ İlgili hükümler, tüm taraf devletlere gelişmekte olan devletlerle teknik ve bilimsel iş birliğini teşvik etme konusunda açık bir yükümlülük getirmektedir. (BMDHS, madde 144; Implementation Agreement 1994, Ek Bölüm 5).

²⁶⁸ Kate Lyons, "Deep Sea Mining Could Start in Two Years After Pacific Nation of Nauru Gives UN Ultimatum," Erişim tarihi Mart 01, 2025, <https://www.theguardian.com/world/2021/jun/30/deep-sea-mining-could-start-in-two-years-after-pacific-nation-of-nauru-gives-un-ultimatum>.

²⁶⁹ Decision of the Council relating to a request for approval of a plan of work for exploration for polymetallic nodules submitted by Marawa Research and Exploration Ltd. (26 July 2012) ISA Doc ISBA/18/C/25.

²⁷⁰ Başvuru sahibinin veya yüklenicinin alt yüklenicinin mali veya teknik kapasitesine bağımlı olmasının, alt yüklenicinin (veya ana şirketinin) vatandaşı olduğu devletin etkin kontrolü anlamına geldiği ileri sürülmediği sürece, bu durum oldukça öznel bir değerlendirme gerektirecektir. Willaert, Singh, "Deep Sea Mining Partnerships with Developing States," 200.

edilen tüzel kişilerin ayrılmış bir alanla ilgili bir sözleşme için başvurabileceğini belirtmektedir.²⁷¹ Bu durumda, yalnızca gelişmiş bir devletin veya vatandaşlarından birinin açıkça fark edilebilir, kontrol edici etkileri olması durumunda, yüklenicinin ayrılmış alanlara erişimi reddedilebilir. Bu nedenle, başvuru sahibi veya yüklenicinin dahil olduğu ortaklıklarla ilgili bilgilerin ifşa edilmesine ilişkin açık kurallar getirilmelidir. Özel yabancı girişimler ile gelişmekte olan devletler arasındaki düzenlemelere ilişkin daha fazla şeffaflık sağlanmalıdır. Etkin kontrolün daha gelişmiş bir yorumu tercih edilse dahi, özel yabancı kuruluşları yaratıcı kurumsal yapılar ve düzenlemeler yoluyla forum shopping kavramından alıkoymak zordur. Bu gerekçelerle mali gelirlerin dağıtımı açısından belirli standartların uygulanması değerlendirilmelidir.

Uluslararası koruma tedbirleri oluşturulana kadar, sponsor devletler de kendi ulusal yasalarındaki özel hükümler yoluyla çıkarlarını koruyabilirler. Ancak insanlığın ortak mirası ilkesi²⁷² ve derin deniz yatağındaki faaliyetlerin bir bütün olarak insanlığın yararına yürütülmesi görevi ışığında,²⁷³ ulusal derin deniz madenciliği mevzuatında ulusal çıkarların sürüncemede bırakılması tartışmalı olarak değerlendirilebilir.²⁷⁴ Sponsor devletlerin yalnızca küresel kamu çıkarlarının koruyucusu olarak hizmet etmesi ve bu rolde ulusal çıkarlar peşinde koşmaktan kaçınması gerektiği çünkü bunun çıkar çatışmalarına yol açabileceği ileri sürülebilir.

Derin deniz yatağı madenciliği faaliyetlerinin sponsor devletin kamu yararına olması şartının getirilmesi mümkündür ve bir bütün olarak insanlığın çıkarlarıyla çatışması gerekmez.²⁷⁵ Gelişmekte olan devletler için bu durum, yabancı kuruluşlarla tek taraflı ortaklıklardan kaçınmak için faydalı bir kriter olabilir ancak herhangi bir tartışmadan kaçınmak için bu koşulları, faaliyetlerin sponsor devletin herhangi bir topluluğuna, kültürel uygulamasına

²⁷¹ BMDHS, Ek III madde 9(4).

²⁷² BMDHS, madde 136.

²⁷³ BMDHS, madde 140.

²⁷⁴ Klaas Willaert, "On the Legitimacy of National Interests of Sponsoring States: A Deep Sea Mining Conundrum," *The International Journal of Marine and Coastal Law* 36, no. 1 (October 2020): 137.

²⁷⁵ Pradeep Singh, Julie Hunter, "Protection of the Marine Environment: The International and National Regulation of Deep Seabed Mining Activities," in *Environmental Issues of Deep-Sea Mining Impacts, Consequences and Policy Perspectives*, ed. Rahul Sharma (Berlin: Springer, 2019), 471-503; Tonga Seabed Minerals Act 2014 Section 77(5)(ii).

veya kamu çıkarlarına geri dönüşü olmayan zararlar vermemesi şeklinde değiştirmek daha uygun görünmektedir. Ancak bazı yerel hükümler ulusal çıkarları güvence altına almak için daha da ileri gitmektedir. Örneğin, çıkarılan kaynakların miktarına ve değerine dayalı geri kazanım ücretlerinin getirilmesi, sponsor devlet için gelir yarattığından ve böylece kaçınılmaz olarak tüm insanlığa dağıtılması amaçlanan mali faydalara hakim olduğundan, tamamen meşru görünmemektedir.²⁷⁶

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ödeme modelleri yükleniciler için asgari cazip bir getiri oranı temelinde tasarlanmıştır. Sponsor devletler tarafından uygulanan ücret ve harçlara ilişkin bilgilendirme göz önüne alındığında, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi geliri ile sponsor devlet gelirinin birbiriyle birleşik kaplar olarak değerlendirilebileceği açıktır. Sponsor devlet tarafından kazanılan her miktar tahsil edilemeyecektir ve idari masraflar düşüldükten sonra²⁷⁷ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından tüm insanlığın yararına dağıtılamayacaktır.²⁷⁸ Aynı mantık sponsor devletlerin kurumlar vergisi sistemleri için de geçerlidir, zira vergi sistemleri de aynı şekilde derin deniz madenciliği faaliyetlerinden gelir elde etmektedir.

Vergi oranlarındaki önemli farklılıklar, daha yüksek tarifeler uygulayan sponsor devletlerin ulusal çıkarlarına hizmet etmektedir. Sponsor devletler arasında gelir tahsilatında haksız farklılıklar yaratmaktadır. Derin deniz yatağının ve maden kaynaklarının insanlığın ortak mirası olma statüsüne uyumu garanti altına almak için, geri kazanım ücretlerinden ve aşırı kurumlar vergisi oranlarından kaçınılmalıdır; zira bu durum, sponsor devletlerin tüm üye devletler arasında eşit olarak paylaştırılmadan önce pastadan tek başlarına

²⁷⁶ Kakee, "Deep-Sea Mining Legislation," 4; Nauru International Seabed Minerals Act 2015.

²⁷⁷ BMDHS, madde 173(2); Report of the Finance Committee (12 July 2019) ISA Doc ISBA/25/C/31, s. 6.

²⁷⁸ Massachusetts Institute of Technology (MIT) tarafından yapılan ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne uygun bir ödeme sistemi bulma konusunda yardımcı olan teknik çalışmada, sponsor devletlerin ortalama vergi oranının %25 olduğu varsayımı kullanılmıştır. Ancak, fiili vergi oranı yarıya indirilerek %12.5'e düşürüldüğünde, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin ödeme oranları yüklenici getirilerini etkilemeden önemli ölçüde artabilir ve bu durum Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne çok daha büyük bir pay gitmesine yol açabilir. Bu olasılıkları araştırırken MIT, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi gelirindeki böyle bir artışın doğrudan sponsor devlet gelirindeki düşüşten kaynaklandığı sonucuna varmıştır ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından kurulacak ödeme ve dağıtım sisteminde ulusal ücret ile vergilerin kilit bir değişken olarak rolünü vurgulamıştır. Kirchain, "Report to the International Seabed Authority," 71.

pay almaları anlamına gelmektedir.²⁷⁹ Bununla birlikte, BMDHS’de devletlerin menfaat ve ihtiyaçlarının özellikle dikkate alındığı göz önünde bulundurulduğunda,²⁸⁰ gelişmekte olan devletlerin daha fazla hareket alanına sahip olduğu söylenebilir.

Kapsamlı bir düzenleyici sistemin geliştirilmesi yoluyla bu özel hususu detaylandırmak ve işlevsel hale getirmek için yalnızca Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi’nin yetkili olduğu iddia edilebilir ancak öngörülen sistemin bazı önemli yönlerinin henüz uygulanmadığı gösterilmiştir. Bu nedenle, gelişmekte olan devletlerin ulusal çıkarlarının bir kısmını iç mevzuat yoluyla güvence altına almalarına izin vermek makul görünmektedir. Derin deniz yatağının ve maden kaynaklarının insanlığın ortak mirası statüsünü gerçek anlamda hayata geçirecek tüm mekanizmalar kurulana kadar, gelişmekte olan devletler eşit şartlarda değildir ve geçici düzeltmeler, özel koşullar²⁸¹ bu nedenle kınanmamalıdır.

SONUÇ

Bu yüzyılın başında, derin deniz yatağı madenciliği daha önce hiç olmadığı kadar uzak bir ihtimal olarak görünmekteydi. Polimetallik nodüllere olan ilgi, bu kaynakların ticari olarak kullanılmaya başlanmış olması beklentileri değiştirmektedir.²⁸² Ticari işletmenin önündeki zorluklar önemli

²⁷⁹ Ancak sponsor devletlerin vergileri hesaba katılır katılmaz ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından ödeme sistemi uygulamaya konulur konulmaz, kurumlar vergisi oranlarının düşürülmesi ve geri kazanım ücretlerinin kaldırılması otomatik olarak tüm insanlık için yüksek faydalar sağlamayacaktır. Süreç sadece derin deniz madenciliği yüklenicileri için karla sonuçlanacaktır. Sonuç olarak, ulusal vergilendirmenin yerini etkin bir şekilde uluslararası vergilendirmenin almasını sağlamak amacıyla, önerilen düzenlemelerin Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından kurulacak ödeme sisteminde yapılacak senkronize değişikliklerle birleştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Örneğin, önümüzdeki mali modelin ve ilgili sözleşme şartlarının, sponsor devletler tarafından uygulanan birikmiş vergi oranlarına ilişkin belirli eşik değerlere bağlanması gibi. Willaert, “On the Legitimacy of National Interests of Sponsoring States: A Deep Sea Mining Conundrum,” 148.

²⁸⁰ BMDHS, madde 140(2).

²⁸¹ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi uygun ödeme ve dağıtım sistemleri geliştirmediği sürece, gelişmekte olan devletler tarafından yüksek geri kazanım ücretleri veya yüksek kurumlar vergisi uygulanması eğer ücretler derin deniz madenciliği faaliyetlerinin yeterli ve sürdürülebilir yönetimine adanmış belirli bir fona ödenirse meşru kabul edilebilir.

²⁸² Michael Lodge, “International Seabed Authority’s Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area,” *Journal of Energy & Natural Resources Law* 20, no. 3 (June 2002): 294.

olmaya devam etse de, yakın gelecekte derin deniz yatağından maden kaynaklarının çıkarılması hem ekonomik hem de teknolojik olarak uygulanabilir olacaktır.

Bu makalede incelediği üzere, ulusal deniz yetki alanlarının ötesindeki derin deniz yatağı, polimetallik nodüller, polimetallik sülfürler ve kobalt bakımından zengin ferromanganez kabuklar gibi çeşitli metalik mineraller de dahil olmak üzere zengin maden kaynaklarına ev sahipliği yapmaktadır. Özellikle hem yeşil enerji teknolojisi için hem de elektronik ve yüksek teknolojili aletlere giderek artan bağımlılığı beslemek için gerekli olan nadir toprak minerallerinin, derin deniz dibinde keşfedilmesiyle birlikte derin deniz yatağı madenciliğine olan ticari ilgi artmaktadır.

Uluslararası hukuk kapsamında, derin deniz yatağı madencilik faaliyetlerine ilişkin ayrıntılı bir hukuk sistemi, 1994 Anlaşması ve Maden Düzenlemesi de dahil olmak üzere BMDHS ve ilgili belgelerde bulunabilir. Bu hukuk sistemleri derin deniz yatağı arama ve işletme faaliyetlerinin düzenleyicisi ve denetleyicisi olarak Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin merkezi rolünü ortaya koymaktadır. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin ruhsatlandırma sürecine uygun olarak, derin deniz yatağı madenciliğine yapılan ticari yatırımlar, devletler, devlet kuruluşları ve özel yatırımcılar da dahil olmak üzere bir dizi aktör arasında büyümektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi tarafından daha fazla sözleşme yapılması ve deniz yatağının büyük bir bölümünün keşif için ayrılması faaliyetleriyle birlikte, derin deniz yatağı madenciliğinde artık somut bir ivme hissedilmektedir.

Bu makalede de belirtildiği gibi, endüstrinin gelecekteki fizibilitesini belirlemede kritik bir faktör, ulusal deniz yetki alanının ötesinde derin deniz yatağı minerallerinin çıkarılmasını yöneten düzenleyici sistemin kesin şekli olacaktır. BMDHS ve ilgili belgeler derin deniz yatağı için geçerli temel hukuki sistemi sağlamaktadır ancak sistemin kesin işleyişi henüz belirlenmemiştir. Uygulamada, derin deniz yatağının ticari olarak işletilmesi, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi işletmeyi düzenleyen yönetmelikleri kabul edene kadar başlayamaz; bu süreç devam etmektedir ve muhtemelen biraz zaman alacaktır. Madenciliğin çevresel yönlerini düzenleyen yönetmelikler de hayati önem taşıyacaktır. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi bu düzenlemeleri uygulamak ve paydaşlarla detaylı istişarelerde bulunarak Maden Düzenlemesi'ni geliştirmek için çalışırken, bu bir sonraki aşama derin deniz yatağı içerisinde ticari faaliyetlerin uzun vadede gerçekleştirilmesine yönelik temel bir adım olacaktır.

Bu makalede, derin deniz madenciliğinin çok çeşitli hukuki araçlarla yönetildiği gösterilmiştir. Derin deniz yatağında ulusal yargı yetkisi sınırlarının ötesinde derin deniz yatağı sistemi, sponsor devletlerin ulusal hukukuyla desteklenen, kapsamlı bir uluslararası hukuki sistemden oluşmaktadır. Kıta sahanlığındaki derin deniz madenciliği, uluslararası hukuktan gelen birkaç müdahaleye rağmen kıyı devletinin iç mevzuatına tabidir. Derin deniz madenciliği faaliyetlerinin hem ulusal deniz yetki alanlarının ötesinde hem de içinde yürütülmesi beklenmektedir. Bu yüzden iki farklı sistemin aynı kural ve koşulları öngörüp öngörmediğini sorgulamak doğru olacaktır. Deniz çevresinin korunması açısından farklılıklara rağmen, BMDHS’de yer alan hukuki güvencenin teorik olarak kıyı devletinin yerel derin deniz madenciliği mevzuatının uluslararası kural ve standartları karşılamamasını engellediği açıktır. Bu eşğin karşılanıp karşılanmadığını objektif olarak değerlendirmek kolay değildir. Küresel iş birliği ve uyumlaştırma süreci çeşitli hükümler aracılığıyla teşvik edilmektedir. Bu doğrultuda, yeknesaklığın sağlanması amaçlanmaktadır. Yerel mevzuatın özenli, çevresel açıdan sağlam, derin deniz madenciliği için eşit garantiler sağlayabilen hale getirilmesi mümkündür.

Mali konular açısından, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ödeme mekanizmasının nasıl şekilleneceği ve BMDHS’nin 82. maddesinin nasıl uygulanacağı henüz belli değildir. Esas hattan itibaren 200 deniz mili içerisinde, kıyı devletinin mali yükümlülükleri belirleyebileceği açıktır. Ancak genişletilmiş kıta sahanlığındaki işletme faaliyetleri için kıta sahanlığındakiyle uyumlu bir yaklaşımın tercih edilmesi doğru olacaktır.

BMDHS’ye taraf olmayan devletlerin konumunu da belirtmek önemlidir. Bu durumun farklı hukuki yorumlara sebebiyet verebilecek sonuçları bulunmaktadır. Devlet dışı tarafların andlaşmayla bağlı olmadıkları açıktır. Derin deniz yatağını yöneten hukuki sistemin yapısı ve ilgili devlet uygulamasının dikkatli bir değerlendirmesi doğrultusunda, tek taraflı madencilik faaliyetlerine ilişkin yasağın uluslararası teamül hukuku olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, ilgili taraf olmayan devletin olası ısrarlı itiraz eden statüsüne rağmen, BMDHS’nin onaylanmaması, derin deniz madenciliği faaliyetlerinin yürütülememesi sonucunu doğuracaktır. BMDHS’ye taraf olmayan devletlerin vatandaşları, derin deniz madenciliğinde aktif rol almak için stratejik kurumsal yapılar kurabilirler. Ancak bu durum, devlet dışı bir tarafın sponsor bir devlet olarak potansiyel

faýdalardan yararlanamayacağını göstermektedir. Böylelikle BMDHS'ye taraf olmayan devletler, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ndeki yasa ve karar alma süreçlerini etkileyemezler.

Benzer bir durum kıta sahanlığının olası genişlemeleri için de geçerlidir. Sınırlandırma kriterleri geçerli olsa da kıta sahanlığını genişletme talebinde bulunma hakkı, taraf olmayan devletler için uluslararası tanınma ve uygulanabilirlik elde etmek açısından karmaşıktır. Genişletilmiş bir kıta sahanlığı talebine nihai ve bağlayıcı statü kazandırabilecek konumda olan Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'nun, BMDHS'yi onaylamamış devletlerin başvurularını dikkate almak zorunda olup olmadığı açık değildir. Dolayısıyla, taraf olmayan devletler zaman içinde benzer bir sonuca ulaşmak için diğer devletlerin rızasına güvenmek zorunda kalabilir. Bu durum hukuki kesinliği engeller ve diplomasinin önemini artırır. Bir devlet tarafından BMDHS'yi onaylamamanın yansıması olarak, taraf olmayan devletlerin gelir paylaşım mekanizmasına katkıda bulunma yükümlülüğüyle resmi olarak bağlı olmamaları durumu geçersiz hale gelmektedir. BMDHS ve Uygulama Anlaşması'nın onaylanmasının devletlerin derin deniz madenciliği bağlamında ulusal çıkarlarını etkili ve verimli bir şekilde korumalarının tek yolu olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Derin deniz madenciliğine ilişkin olarak uluslararası hukukun baskın konumuna rağmen, sponsor devletin ulusal mevzuatı da önemli bir rol oynamaktadır. Ulusal yasaların önemli ölçüde farklılık gösterebileceği gerçeği doğrultusunda, devlet dışı aktörlerin modern denizcilikte elverişli bayrak kullanımına benzer şekilde sponsor devletlerini kasıtlı olarak seçmeleri olasılığı bulunmaktadır. Derin deniz madenciliği bağlamında forum shopping hukuki olarak mümkündür ve özel derin deniz madencilik şirketlerine önemli avantajlar sunmaktadır. Forum shopping doğrultusunda şirketler, sadece daha kolay prosedürlerden, daha düşük ücretlerden veya daha esnek denetimden yararlanmakla kalmayıp, aynı zamanda gelişmekte olan bir devlet tarafından sponsor olmayı seçerlerse ayrılmış alanlara erişim elde edebilmektedirler. Uluslararası derin deniz yatağı sisteminin en önemli ilkelerinden bazılarını tehdit eden bu tür bir forum shopping, özel derin deniz madencilik şirketleri ile gelişmekte olan devletler arasında son zamanlarda görülen ortaklık eğilimi göz önüne alındığında, halihazırda devam etmekte olduğu söylenebilir. Bu tür iş birlikleri, genellikle yabancı kuruluşların mali veya teknik kapasitesine bağımlı olan gelişmekte olan devletler için faydalı olabilir ancak ayrılmış alanlarda gelişmiş devletlerin fiili hakimiyetinden kaçınılmalıdır.

Özel yabancı işletmeler ile gelişmekte olan devletler arasındaki düzenlemelerde daha fazla şeffaflık talep etmek ve potansiyel suistimalleri sınırlamak amacıyla etkin kontrol kavramına yönelinmelidir. Kavram, kontrol edici etkilerden ve stratejik kurumsal yapılardan habersiz kalmamak için genişletilmiş bir dizi ekonomik faktörü ve boyutu içermektedir. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi olası bir stratejik sponsor devlet durumuyla karşı karşıya olup olmadığını doğrulamak için mülkiyet yapılarını ve ortaklık düzenlemelerini usulüne uygun olarak araştırmaya hazır olmalıdır. Bu tedbirlerin forum shopping kavramının her türlüünü engellemeyeceği doğrudur. Ancak yüklenicilerin kuralları atlatmasını daha zor ve külfetli hale getirecektir.

Gelişmekte olan devletler ulusal derin deniz madenciliği mevzuatlarında yer alan özel hükümler yoluyla çıkarlarını korumaya çalışabilirler. İnsanlığın ortak mirası ilkesi ve derin deniz yatağındaki faaliyetlerin bir bütün olarak insanlığın yararına gerçekleştirilmesi amacı ışığında sponsor devletlerin, yalnızca küresel kamu çıkarlarının koruyucusu olarak hizmet etmeleri ve bu nedenle, bu rolde ulusal çıkarlarını gözetmekten kaçınmaları gerektiği ileri sürülebileceğinden bu durum tartışmalı bir konu olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, BMDHS’de kendi çıkar ve ihtiyaçlarının özellikle dikkate alındığı göz önüne alındığında, gelişmekte olan devletler daha fazla hareket alanına sahip olabilir ve geçici düzeltmeler yapmalarına izin verilebilir.

Derin deniz madenciliğine ilişkin çeşitli hukuki düzenlemeler içerisinde şeffaflık ve halkın katılımının doğru bir şekilde uygulanması önem arz etmektedir. Sivil toplum kuruluşlarının etkisi ve gözlemci olarak oynadıkları önemli rol dikkate alındığında, üçüncü taraf paydaşların sınırlı gücü önemli bir eksiklik olarak görülebilir. Gerçekleştirilen iyileştirmelere rağmen, bazı zayıflıklar devam etmektedir ve düzeltilmeleri gerekmektedir. Tüm paydaşların, başvuru inceleme prosedürlerinin ötesinde görüş ve itirazlarını sunmalarına olanak tanıyan ek katılım seçenekleri getirilmelidir. Paydaşların görüşüne göre çevresel kural ve standartları karşılamayan bir arama veya işletme sözleşmesinin düzenlenmesine itiraz etmek için bir mekanizma oluşturulması uygun görünmektedir. Çevre örgütleri halihazırda derin deniz yatağında zararlı olabilecek faaliyetlerin onaylanmasına uluslararası bir yargıç önünde itiraz edememektedir. Ayrıca sponsorluk belgesine karşı ulusal prosedürler karmaşık yapısı nedeniyle etkili bir çözüm yolu sağlamaktan uzaktadır.

Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin veri yönetimi stratejisinin etkin bir şekilde uygulanmasının yanı sıra, Hukuk ve Teknik Komisyon'un usul kurallarının açık toplantılar lehine değiştirilerek meşruiyetinin ve güvenilirliğinin yeniden tesis edilmesi büyük önem taşımaktadır. Uluslararası hukuktaki mevcut gelişmeler, derin deniz yatağının ve doğal kaynaklarının insanlığın ortak mirası olarak statüsü göz önüne alındığında, şeffaflık, halkın katılımı ve adalete erişim açısından önerilen bu düzeltmeler sadece tavsiye edilen uygulamalar olarak görülmemelidirler. Aynı zamanda bu uygulamalar, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ve sponsor devletler açısından hukuki yükümlülükler olarak kabul edilmelidirler.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel, ve İbrahim Kaya. Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Agarwala, Nitin. Deep Seabed Mining in the Indian Ocean: Economic and Strategic Dimensions. New Delhi: National Maritime Foundation, 2019.
- Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (adopted 28 July 1994, entered into force provisionally 16 November 1994 and definitively 28 July 1996) 1836 UNTS 3.
- Akkutay, Ali İbrahim. “Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi.” Ankara Barosu Dergisi 2, no. 1 (Mart 2016): 157-193.
- Aksar, Yusuf. Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – II. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Analysis of regulation 11.2 of the Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules and Polymetallic Sulphides in the Area (5 June 2014) ISA Doc ISBA/20/LTC/10.
- Bederman, David. The Spirit of International Law. Georgia: University of Georgia Press, 2017.
- Bektaş, Sezercan. Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi. İstanbul: Legem Yayıncılık, 2015.
- Blanchard, Catherine, Emily Jones, Michelle Taylor. “The Current Status of Deep-sea Mining Governance at the International Seabed Authority.” Marine Policy 147, no. 1 (January 2023): 1-9.
- Bourrel, Marie. “Protection and Preservation of the Marine Environment from Seabed Mining Activities on the Continental Shelf: Perspectives from the Pacific Islands Region.” In Research Handbook on International Marine Environmental Law, edited by Rosemary Rayfuse, 206-226. Cheltenham: Elgar Publishing, 2015.
- Brown, Edward. Sea-bed Energy and Minerals: the International Legal Regime Vol 2. Leiden: Martinus Nijhoff, 2001.
- Brown, Kathy. “The Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area A Work in Progress.” In The United Nations Convention on the Law of the Sea, Part XI Regime and the International Seabed Authority: A Twenty-Five Year Journey, edited by Alfonso Herrera, Myron Nordquist, 303-352. Leiden: Brill, 2022.

- Charney, Jonathan. "The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III: The Impact of General International Law." *Law and Contemporary Problems* 56, no. 2 (Spring 1983): 37-54.
- Childs, John. "Extraction in Four Dimensions: Time, Space and the Emerging Geo(-)politics of Deep-Sea Mining." *Geopolitics* 25, no. 1 (2020): 189-213.
- Churchill, Robin. *The Law of the Sea*. Manchester: Manchester University Press, 1999.
- Coles, Ian. "Rare Earth Elements: Deep Sea Mining and the Law of the Sea." *Pratt's Energy Law Report* 14 no. 1 (September 2014): 1-15.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters of 25 June 1998. UNTS 2161:447 Aarhus Convention.
- Cook Islands. "Seabed Minerals Act 2019." Erişim tarihi Mart 01, 2025. https://parliament.gov.ck/wp-content/uploads/2020/02/Seabed-Minerals-Act-2019-No.-5-1.pdf?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=seabed-minerals-act-2019-no-5.
- Decision of the Council of the International Seabed Authority relating to the reports of the Chair of the Legal and Technical Commission (23 July 2018) ISA Doc ISBA/24/C/22.
- Decision of the Council relating to a request for approval of a plan of work for exploration for polymetallic nodules submitted by Marawa Research and Exploration Ltd. (26 July 2012) ISA Doc ISBA/18/C/25.
- Decision of the Council relating to an application for the approval of a plan of work for exploration for polymetallic nodules submitted by the Cook Islands Investment Corporation (21 July 2014) ISA Doc ISBA/20/C/29.
- Deep Sea Mining Campaign. "Science Based Advocacy." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://dsm-campaign.org/home/>.
- Dingwall, Joanna. "Commercial Mining Activities in the Deep Seabed beyond National Jurisdiction: the International Legal Framework." In *The Law of the Seabed Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, edited by Catherine Banet, 139-162. Leiden: Brill, 2020.
- Dingwall, Joanna. "The International Legal Regime Applicable to the Mineral Resources of the Deep Seabed." *European Yearbook of International Economic Law* 9, no.1 (2018): 261-287.

- Draft regulations on exploitation of mineral resources in the Area - Collation of specific drafting suggestions by members of the Council (17 December 2019) ISA Doc ISBA/26/C/CRP.1.
- Draft Regulations on Exploitation of Mineral Resources in the Area (25 March 2019) ISA Doc ISBA/25/C/WP.1 Draft Exploitation Regulations.
- Egede, Edwin. "The Area: Common Heritage of Mankind, Sponsoring States of Convenience and Developing States." In *Sustainable Ocean Resource Governance*, edited by Markus Kotzur, Nele Matz-Lück, Alexander Proelss, Roda Verheyen, Joachim Sanden, 155-184. Leiden: Brill, 2018.
- Egede, Edwin. *Africa and the Deep Seabed Regime: Politics and International Law of the Common Heritage of Mankind*. New York: Springer, 2011.
- Feichtner, Isabel. "Mining for Humanity in the Deep Sea and Outer Space: The Role of Small States and International Law in the Extraterritorial Expansion of Extraction." *Leiden Journal of International Law* 32, no. 2 (February 2019): 255-274.
- Feichtner, Isabel. "Sharing the Riches of the Sea: The Redistributive and Fiscal Dimension of Deep Seabed Exploitation." *European Journal of International Law* 30, no. 2 (May 2019): 601-633.
- Fouquet, Yves. *Deep Marine Mineral Resources*. Heidelberg: Springer, 2014.
- Freestone, David. "Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area." *American Journal of International Law* 105, no. 4 (October 2011): 755-760.
- Glover, Adrian, Craig Smith. "The Deep-sea Floor Ecosystem: Current Status and Prospects of Anthropogenic Change by the Year 2025." *Environmental Conservation* 30, no. 3 (September 2003): 219-241.
- Goldenberg, Suzanne. "Marine Mining: Underwater Gold Rush Sparks Fears of Ocean Catastrophe." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.theguardian.com/environment/2014/mar/02/underwater-gold-rush-marine-mining-fears-ocean-threat>.
- Green, James. *The Persistent Objector Rule in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Greenpeace International. "Deep Sea Mining." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.greenpeace.org/usa/issues/deep-sea-mining/>.
- Groves, Steven. "The U.S. Can Mine the Deep Seabed without Joining the U.N. Convention on the Law of the Sea." Erişim tarihi Mart 01, 2025.

<https://www.heritage.org/report/the-us-can-mine-the-deep-seabed-without-joining-the-un-convention-the-law-the-sea>.

Gurvich, Evgeny. *Metalliferous Sediments of the World Ocean Fundamental Theory of Deep-Sea Hydrothermal Sedimentation*. Berlin: Springer, 2006.

Güneş, Şule. “Maden Kaynaklarının Yönetimi Bağlamında Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesinin Rolü.” *Uluslararası İlişkiler* 17, no. 65 (Mart 2020): 101-124.

Harrison, James. *Making the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Hein, James, Francesca Spinardi, Nobuyuki Okamoto. “Critical Metals in Manganese Nodules from the Cook Islands EEZ, Abundances and Distributions.” *Ore Geology Reviews* 68, no. 1 (July 2015): 97-116.

Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

Houses of Parliament, Parliamentary Office of Science and Technology. “Deep-Sea Mining.” Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://post.parliament.uk/research-briefings/post-pn-0508/>.

ICJ (1951) *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)* – Judgment. ICJ Rep 1951.

ICJ (1960) *Case Concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)* – Judgment. ICJ Rep 1960.

ICJ (1969) *North Sea Continental Shelf Cases (Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands)* – Judgment. ICJ Rep 1969.

ICJ (1996) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* – Advisory Opinion. ICJ Rep 1996.

ICJ (2007) *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)* – Judgment. ICJ Rep 2007.

ICJ (2010) *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* – Judgment. ICJ Rep 2010.

ICJ (2012) *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* – Declaration of Judge Ad Hoc Cot. ICJ Rep 2012.

ICJ (2012) *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* – Declaration of Judge Ad Hoc Mensah. ICJ Rep 2012.

ICJ (2015) *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* – Judgment. ICJ Rep 2015.

- International Seabed Authority Secretary-General. "Periodic Review of the International Regime of the Area Pursuant to Article 154 of the United Nations Convention on the Law of the Sea - Interim Report." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://digitallibrary.un.org/record/796901>.
- International Seabed Authority. "Comparative Study of the Existing National Legislation on Deep Seabed Mining." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/national-legislation-database/>.
- International Seabed Authority. "DeepData." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://data.isa.org.jm/isa/map/>.
- International Seabed Authority. "Exploration Areas," Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/maps/clarion-clipperton-fracture-zone/>.
- International Seabed Authority. "Exploration Contracts." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/maps/clarion-clipperton-fracture-zone/>.
- International Seabed Authority. "Minerals: Polymetallic Nodules." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/polymetallic-nodules/>.
- International Seabed Authority. "Observers." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/observers>.
- International Seabed Authority. "Reserved Areas." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/exploration-contracts/reserved-areas/>.
- International Seabed Authority. "Rules of Procedure of the Legal and Technical Commission." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.isa.org.jm/organs/the-legal-and-technical-commission/>.
- ISA LTC "Recommendations for the Guidance of Contractors for the Assessment of the Possible Environmental Impacts arising from Exploration for Marine Minerals in the Area" (1 March 2013) ISBA/19/LTC/8.
- ISA, Regulations on Prospecting and Exploration for Cobalt-Rich Ferromanganese Crusts in the Area (adopted 27 July 2012) ISBA/ 18/A/11 ("Cobalt Regulations").
- ISA, Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (adopted 13 July 2000) ISBA/6/A/18 (updated 25 July 2013) ISBA/19/C/17 ("Nodules Regulations").
- ISA, Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area (adopted 7 May 2010) ISBA/16/A/12/Rev.1 ("Sulphides Regulations").
- Issues related to the sponsorship of contracts for exploration in the Area, monopolization, effective control and related matters (21 June 2016) ISA Doc ISBA/22/LTC/13.

- ITLOS (2012) Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar) – Judgment. ITLOS Rep 2012.
- Jensen, Oystein. “The Commission on the Limits of the Continental Shelf: An Administrative, Scientific, or Judicial Institution?.” *Ocean Development and International Law* 45, no. 2 (April 2014): 171-185.
- Kakee, Tomoko. “Deep-Sea Mining Legislation in Pacific Island Countries: From the Perspective of Public Participation in Approval Procedures.” *Marine Policy* 117, no. 1 (July 2020): 1-12.
- Karavias, Markos. *Corporate Obligations under International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Kato, Yasuhiro, Koichiro Fujinaga, Kentaro Nakamura. “Deep-sea Mud in the Pacific Ocean as a Potential Resource for Rare-earth Elements.” *Nature Geoscience* 4, no. 8 (July 2011): 535-539.
- Kirchain, Richard. *Report to the International Seabed Authority on the Development of an Economic Model and System of Payments for the Exploitation of Polymetallic Nodules in the Area*. Boston: Massachusetts Institute of Technology, 2019.
- Koskenniemi, Martti. “The Privilege of Universality. International Law, Economic Ideology and Seabed Resources.” *Nordic Journal of International Law* 65, no. 3 (January 1996): 533-555.
- Leary, David. “Moving the Marine Genetic Resources Debate Forward: Some Reflections.” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 27, no. 2 (January 2012): 435-448.
- Lodge, Michael. “International Seabed Authority's Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area.” *Journal of Energy & Natural Resources Law* 20, no. 3 (June 2002): 270-295.
- Lodge, Michael. “Satya Nandan’s Legacy for the Common Heritage of Mankind.” In *Peaceful Order in the World’s Oceans*, edited by Michael Lodge, Myron Nordquist, 282-298. The Hague: Brill, 2014.
- Lyons, Kate. “Deep Sea Mining Could Start in Two Years After Pacific Nation of Nauru Gives UN Ultimatum.” Erişim tarihi Mart 01, 2025. <https://www.theguardian.com/world/2021/jun/30/deep-sea-mining-could-start-in-two-years-after-pacific-nation-of-nauru-gives-un-ultimatum>.
- Magnusson, Bjarni. “Can the United States Establish the Outer Limits of its Extended Continental Shelf under International Law?.” *Ocean Development and International Law* 48, no.1 (January 2017): 1-16.

- Malone, James. "The United States and the Law of the Sea after UNCLOS III." *Law and Contemporary Problems* 46, no. 2 (Spring 1983): 29-36.
- McDorman, Ted. "The Continental Shelf." In *The Oxford Handbook on the Law of the Sea*, edited by Donald Rothwell, Alex Elferink, Karen Scott, Tim Stephens, 181-202. New York: Oxford University Press, 2015.
- McDorman, Ted. "The Outer Continental Shelf In The Arctic Ocean: Legal Framework And Recent Developments." In *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, edited by Davor Vidas, 499-520. Leiden: Brill, 2010.
- Mero, John. *The Mineral Resources of the Sea*. Amsterdam: Elsevier, 1965.
- Munavvar, Mohamed. *Ocean States Archipelagic Regimes in the Law of the Sea*. Leiden: Brill, 1994.
- Murray, John. *Report on Deep-Sea Deposits Based on the Specimens Collected during the Voyage of HMS Challenger in the Years 1872 to 1876*. London: Neill & Co for HM Stationery Office, 1965.
- National Oceanic and Atmospheric Administration NOAA (2015) Extension of Deep Seabed Exploration Licenses-Response to Comments. Fed Reg 80(250).
- Nijen, Kris, Steve Passel, Chris Brown. "The Development of a Payment Regime for Deep Sea Mining Activities in the Area through Stakeholder Participation." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 34, no. 4 (November 2019): 571-601.
- Nordquist, Myron. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, Volume VI: A Commentary*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2021.
- Noyes, John. "The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future." *Denver Journal of International Law and Policy* 40, no. 3 (January 2012): 447-471.
- Özman, Aydoğan. *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*. İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayınları, 1984.
- Pinet, Paul. *Invitation To Oceanography*. Burlington: Jones & Bartlett, 2019.
- Prescott, Victor. "Resources of the Continental Margin and International Law." In *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*, edited by Peter Cook, Chris Carleton, 64-84. New York: Oxford University Press, 2000.
- Pritchard, Ambrose. "Japan Breaks China's Stranglehold on Rare Metals with Sea-Mud Bonanza." Erişim tarihi Mart 01, 2025. http://www.telegraph.co.uk/finance/comment/ambroseevans_pritchard/9951299/Japan-breaks-Chinas-stranglehold-on-rare-metals-with-sea-mud-bonanza.html.

- Proelss, Alexander. "Liability Under Part XI UNCLOS (Deep Seabed Mining)." in *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm An International and Transnational Perspective*, edited by Peter Gailhofer, David Krebs, Alexander Proelss, Kirsten Schmalenbach, Roda Verheyen, 537-557. Berlin: Springer, 2023.
- Redgwell, Catherine. "From Permission to Prohibition: The 1982 Convention on the Law of the Sea and Protection of the Marine Environment." In *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, edited by David Freestone, Richard Barnes, David Ong, 180-191. New York: Oxford University Press, 2006.
- Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area (22 July 2013) ISA Doc ISBA/19/C/17 Exploration Regulations PMN.
- Report and recommendations to the Council of the International Seabed Authority relating to an application for the approval of a plan of work for exploration by Nauru Ocean Resources Inc. (11 July 2011) ISA Doc ISBA/17/C/9.
- Report and recommendations to the Council of the International Seabed Authority relating to an application for the approval of a plan of work for exploration for polymetallic nodules by Tonga Offshore Mining Limited (8 July 2011) ISA Doc ISBA/17/C/10.
- Report of the Finance Committee (12 July 2019) ISA Doc ISBA/25/C/31.
- Report of the Special Representative of the Secretary-General of the International Seabed Authority for the Enterprise on the proposal by the Government of Poland for a joint venture with the Enterprise (3 January 2019) ISA Doc ISBA/25/C/7.
- Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion of 1 February 2011) ITLOS Reports 2011.
- Rio Declaration on Environment and Development (12 August 1992) UN Doc A/CONF.151/26/Annex Rio Declaration.
- Rojas, Andrés Freedom Phillips. *Effective Control and Deep Seabed Mining: Toward a Definition*. Waterloo: Centre for International Governance Innovation Liability Issues for Deep Seabed Mining Series, 2019.
- Rothwell, Donald, Alex Elferink, Karen Scott. *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Roux, Saul, Catherine Horsfield. "Review of National Legislations Applicable to Seabed Mineral Resources Exploitation." In *The Law of the Seabed Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, edited by Catherine Banet, 287-314. Leiden: Brill, 2020.

- Rowlatt, Justin. "Rare Earths: Neither Rare, Nor Earths BBC News." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <http://www.bbc.co.uk/news/magazine-26687605>.
- Schröder, Tim. "Living with the Oceans." *World Ocean Review* 1, no.1 (2010): 142-161.
- Schröder, Tim. "Marine Resources Opportunities and Risks." *World Ocean Review* 3, no. 1 (2014): 54-93.
- Scovazzi, Tullio. "Negotiating Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Prospects and Challenges." *The Italian Yearbook of International Law* 24, no. 1 (October 2015): 61-93.
- Sharma, Rahul. "Deep-Sea Mining: Economic, Technical, Technological, and Environmental Considerations for Sustainable Development." *Marine Technology Society Journal* 45, no. 5 (2011): 28-41.
- Sharma, Rahul. "Environmental Issues of Deep-Sea Mining." *Procedia Earth and Planetary Science* 11, no. 1 (June 2015): 204-211.
- Shukman, David. "Renewables' Deep-sea Mining Conundrum." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <http://www.bbc.co.uk/news/science-environment-39347620>.
- Singh, Pradeep, Julie Hunter. "Protection of the Marine Environment: The International and National Regulation of Deep Seabed Mining Activities." In *Environmental Issues of Deep-Sea Mining Impacts, Consequences and Policy Perspectives*, edited by Rahul Sharma, 471-503. Berlin: Springer, 2019.
- Stec, Stephen, Jerzy Jendroska. "The Escazú Agreement and the Regional Approach to Rio Principle 10: Process, Innovation, and Shortcomings." *Journal of Environmental Law* 31, no. 3 (November 2019): 533-545.
- Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Tuerk, Helmut. "The International Seabed Area." In *The IMLI Manual on International Maritime Law: Volume I: The Law of the Sea*, edited by David Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman Gutiérrez, 276-304. New York: Oxford University Press, 2014.
- United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted and opened for signature 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.
- United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea. "Chronological List of Ratifications of, Accessions and Successions to the Convention and the Related Agreements." Erişim tarihi Mart 01, 2025. https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm.

University of Tokyo Graduate School of Engineering. "Discovery of Rare Earths Around Minami-Torishima." Erişim tarihi Mart 01, 2025. http://www.u-tokyo.ac.jp/focus/en/articles/a_00145.html.

US Deep Seabed Hard Mineral Resources Act 2002.

US Department of the Interior and US Geological Survey. "Mineral Commodity Summaries 2011." Erişim tarihi Mart 01, 2025. <http://minerals.usgs.gov/minerals/pubs/mcs/2011/mcs2011.pdf>.

Weinberg, Vasco. Joint Development of Hydrocarbon Deposits in the Law of the Sea. Heidelberg: Springer, 2014.

Wilde, Daniel, Hannah Lily, Neil Craik. "Equitable Sharing of Deep-Sea Mining Benefits: More Questions than Answers." Marine Policy 151, no. 1 (May 2023): 1-12.

Willaert, Klaas, Pradeep A Singh. "Deep Sea Mining Partnerships with Developing States: Favourable Collaborations or Opportunistic Endeavours?." The International Journal of Marine and Coastal Law 36, no. 2 (April 2021): 199-217.

Willaert, Klaas. "Crafting the Perfect Deep Sea Mining Legislation: A Patchwork of National Laws." Marine Policy 119, no. 1 (September 2020): 1-8.

Willaert, Klaas. "Deep Sea Mining and the United States: Unbound Powerhouse or Odd Man Out?." Marine Policy 124, no. 1 (February 2021): 1-10.

Willaert, Klaas. "Forum Shopping within the Context of Deep Sea Mining: Towards Sponsoring States of Convenience?." Belgian Review of International Law 2, no. 1 (2019): 116-138.

Willaert, Klaas. "Institutional Troubles within the ISA: the Growing Politicization of the LTC." The Journal of International Maritime Law 26, no. 1 (2020): 60-73.

Willaert, Klaas. "On the Legitimacy of National Interests of Sponsoring States: A Deep Sea Mining Conundrum." The International Journal of Marine and Coastal Law 36, no. 1 (October 2020): 136-153.

Willaert, Klaas. "Payment Regimes for the Exploitation of Mineral Resources in the International Seabed Area and on the Extended Continental Shelf: Deep Sea Mining at a Discount?." China Oceans Law Review 16, no. 4 (2020): 43-82.

Willaert, Klaas. "Public Participation in the Context of Deep Sea Mining: Luxury or Legal Obligation?." Ocean & Coastal Management 198, no. 1 (December 2020): 1-5.

Willaert, Klaas. "Seabed Mining within National Jurisdiction: An Assessment of the Relevant Legislation of the Cook Islands." *Coastal Management* 49, no. 4 (June 2021): 413-430.

Willaert, Klaas. "The Financial Aspects of Deep Sea Mining: Common Heritage of Mankind or First-Come-First-Served?." *The Journal of International Maritime Law* 25, no. 5 (2020): 387-395.

Zinchenko, Alexei. "Emerging Issues In The Work Of The Commission On The Limits Of The Continental Shelf." In *Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits*, edited by Myron Nordquist, John Moore, Tomas Heidar, 223-250. Leiden: Brill, 2004.

HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE MEVZUAT YAPIM TEKNİĞİ VE MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ

*Legislative Drafting Technique and Legislative Information System
within the Context of the Principle of Legal Certainty*

Ahmet Alptekin DURU*

ÖZ

Hukuk devletinin bir bileşeni olan hukuki belirlilik ilkesi, kişilerin belirli bir olaya veya eyleme uygulanabilecek mevzuata erişebilmesini gerektirir. Bununla birlikte modern devletlerde mevzuatın kapsamı ve hacmi sürekli arttığı için mevzuata erişim daha önemli hale gelmiştir. Hukuk sisteminin işleyişi için resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulan, değiştirilen veya yürürlükten kaldırılan mevzuat hakkında bireylerin bilgi sahibi olduğu kabul edilmektedir. Ancak pratikte, kanun koyucunun, idarenin ve kişilerin yürürlükteki mevzuatı resmî gazete aracılığıyla belirlemesi oldukça zordur. Mevzuatı geniş bir kitleye sunan Mevzuat Bilgi Sistemi (MBS) bu bakımdan önemli bir işlev yürütmekte ve hukuki belirliliği artırmaktadır. Öte yandan Türk mevzuat yapım tekniğindeki bazı esaslı unsurların hukuk kurallarıyla değil teamüllerle belirlenmiş olması sorunlara yol açabilmektedir. Ayrıca MBS'nin mevcut işleyişindeki bazı noksanlıklar hukuki belirlilik ilkesini zedeleyen sonuçlar doğurmaktadır. Bu makalede, hukuki belirliliği artırmak üzere mevzuat yapım tekniğinin ve mevzuatın biçimsel yapısının bir kanunla düzenlenmesi, MBS'ye hukuki geçerlik tanınması, MBS'nin mevzuat gerekçelerini, uluslararası antlaşmaları, yüksek mahkemelerin iptal kararlarını

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 05.11.2024.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 05.03.2025.

* Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, E-posta: ahmetduru@akdeniz.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2969-6406>, ROR ID: <https://ror.org/01m59r132>

ve içtihadı birleştirme kararlarını kapsayacak biçimde geliştirilmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki belirlilik, mevzuat, mevzuat yapım tekniği, mevzuat bilgi sistemi, resmî gazete.

ABSTRACT

The principle of legal certainty, which is a component of the rule of law, mandates that individuals have access to legislation applicable to a particular event or action. Yet, access to legislation has become more important in modern states as the scope and volume of legislation are constantly increasing. It is acknowledged that for the legal system to operate effectively, people must be informed about the legislation published in the official journal, including its enactment, amendment, or repeal. It is exceedingly challenging for legislators, administrators, and individuals to ascertain the applicable legislation via the official journal. The Legislative Information System (LIS), which makes legislation available to a wide audience, performs an important function in this respect and increases legal certainty. However, the Turkish legislative drafting technique relies on conventions rather than legal rules to determine certain essential elements, which could potentially cause issues. Furthermore, some deficiencies in LIS's current functioning have consequences that undermine the principle of legal certainty. This article recommends regulating the legislative drafting technique and the formal structure of legislation through a law, giving legal validity to the LIS, and developing the LIS to include justifications for legislation, international treaties, annulment, and consolidation of high court case law decisions to overcome these drawbacks.

Keywords: Legal certainty, legislation, legislative drafting technique, legislative information system, official journal.

GİRİŞ

Modern devletler toplumsal hayatı ve ilişkileri daha fazla düzenleme eğilimindedir. Kişi haklarının korunması, toplumsal dayanışmanın artırılması, piyasaların düzenlenmesi, rekabetin korunması, olumsuz dışsallıkların azaltılması, bilgi eksikliğinin/asimetrisinin giderilmesi, hizmet sürekliliğinin

temini gibi pek çok saikle mevzuat yürürlüğe konulmaktadır¹. Toplumsal ve beşerî ilişkilerinin mevzuatla düzenlenmesi ve uyuşmazlıkların yasal yollarla çözülme düzeyi arttıkça, mevzuata erişim daha önemli hale gelmektedir².

Hukuk devletinde nesnel, genel, belirli, istikrarlı ve öngörülebilir nitelikteki hukuk kuralları kişiler arasındaki ilişkileri ve devlet faaliyetlerini düzenler³. Hukuk devletinin bir bileşeni olan hukuki belirlilik ilkesi, kişilerin devlet kudretine güvenini güçlendirmekte ve hukuk kurallarına gönüllü riayeti artırmaktadır, aynı zamanda bireysel özerkliği teminat altına almaktadır⁴. Hukuki belirlilik ilkesiyle mevzuata erişebilme arasında yakın bir ilişki vardır. Kurallar ancak toplumun geneli tarafından erişilebilir oldukları takdirde topluma rehberlik edebilir⁵. Hukuki belirlilik ilkesi, mevzuatın muhataplarının mevzuatın varlığından haberdar olmalarını, emir ve yasaklarını anlamalarını ve mevzuata kolaylıkla erişimini gerektirir. Devletler, mevzuatın Resmî Gazete (RG)'de yayımlanmasının kişilerin mevzuattan haberdar olmasını sağladığını kabul etmiştir. Ancak mevzuattaki değişiklikleri RG'den takip etmek ve belirli bir tarihte yürürlükte olan mevzuatı tespit etmek hukuk profesyonelleri için bile zordur. İlâveten yüksek mahkemeler içtihadı birleştirme kararlarıyla yeni hukuk normları getirmekte yahut iptal kararlarıyla mevcut normları ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle devletler mevzuat külliyyatını toplamak ve güncellemek için çalışmalar yapagelmıştır.

Son otuz yılda bilgi teknolojileri ve İnternet alanındaki gelişmelerin ardından, pek çok ülkede (mevzuattaki değişiklikleri de içeren) yürürlükteki mevzuat elektronik ortamda yayımlanmaya başlamıştır. Mevzuata erişim modern demokratik ülkelerin önem verdiği bir husus haline gelmiştir. Avrupa Birliği (AB) ile İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD), kişilerin

¹ Robert Baldwin, Martin Cave, ve Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford University Press, 2011), <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001>.

² Patricia Popelier, "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker," *Legisprudence* 2, no. 1 (2008): 55, <https://doi.org/10.1080/17521467.2008.11424673>.

³ Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013), 241-42.

⁴ James R. Maxeiner, "Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy," *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15, no. 2 (2007 2006): 546.

⁵ Maxeiner, 603.

merkezi çevrimiçi veri tabanı üzerinden mevzuata kolayca erişebilmesini iyi kamu yönetimi ilkeleri arasında saymaya başlamıştır⁶.

Bu makale, “*Hukuki belirlilik ilkesi doğrultusunda Türk mevzuat yapım tekniği ve mevcut Mevzuat Bilgi Sistemi nasıl geliştirilebilir?*” araştırma sorusu kapsamında şu iddiaları öne sürmektedir:

1. Mevzuat yapım tekniği ve mevzuatın biçimsel yapısı bir kanunla düzenlenmelidir.
2. MBS’ye hukuki geçerlik tanınmalıdır.
3. MBS mevzuat gerekçelerini, uluslararası antlaşmaları, yüksek mahkemelerin iptal ve içtihadı birleştirme kararlarını kapsayacak biçimde geliştirilmelidir.

Makalenin ilk iki kısmında mevzuat kavramı ve hukuki belirlilik ilkesi açıklanacaktır. Ardından Türk mevzuat yapım tekniğindeki hukuki belirliliği azaltan uygulamalara dikkat çekilecektir. Son kısımda MBS’nin mevcut durumu betimlenerek hukuki belirliliği artırmak üzere nasıl geliştirilebileceğine yönelik öneriler ortaya konulacaktır.

I. MEVZUAT TERİMİ VE MEVZUATIN YAYIMLANMASI

A. Mevzuat Terimi

Mevzuat terimi Arapça kökenlidir. Bu terimin kökü olan Arapça *va’z* kelimesi konma, konulma anlamındadır⁷. *Va’z* kelimesinden türetilen *mevzu* kelimesi *vaz’olunmuş*, *konulmuş şey*; *mevzuat* kelimesi kanun, tüzük ve yönetmelik gibi yazılı hukuk metinlerinin bütünü ve ihtiva ettiği hükümler; *vâz’-ı kanun* kelimesi kanunu yapan, koyan anlamındadır⁸. Bu meyanda, Anayasa’da *kanun koymak* (m. 87) ve *kanun koyucu* (m. 153/2) ibareleri kullanılmıştır.

⁶ OECD, “Kamu Yönetimi İlkeleri” (Paris, 2023), 18, <https://www.sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2023-edition-TUR.pdf>.

⁷ TDK, “*vaz*,” Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, erişim 03 Ekim 2023, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=vaz>; Ferit Devellioğlu, “Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat,” içinde *Mevzuat, Vaz* (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003).

⁸ Türk Hukuk Kurumu, “*Mevzu, mevzuat*,” içinde *Türk Hukuk Lûgatı* (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998); Devellioğlu, “Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat”; D. Mehmet Doğan, “Büyük Türkçe Sözlük,” içinde *Mevzuat* (Ankara: Vadi Yayınları, 2003).

Fransızca *droit positif* ve İngilizce *positive law* terimlerine karşılık olarak Türkçede *pozitif hukuk* veya *mevzuat* terimi kullanılmaktadır. Pozitif hukuk, devlet tarafından yürürlüğe konulan hukuki metinlerdir⁹. Başka bir ifadeyle, siyasal egemenler tarafından belirli bir siyasal topluluk için çıkarılan ve uygulanan hukuk kuralları düzenidir¹⁰. Pozitif hukuk terimindeki *pozitif* kelimesi olumluluk bildirmez; pozitif hukuk kuralları, uygulandığı zaman toplum için mutlaka olumlu sonuçlar doğuracak kurallar değildir. Nitekim bu olumlu çağırışıma karşı çıkmak adına Ülken, Fransızca *droit positif* ibaresinin Türkçeye *müsbet (pozitif) hukuk* değil *mevzu hukuk* olarak tercüme edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹. Zira pozitif hukuk terimindeki pozitif ibaresinin kökeni kurmak/tesis etmek anlamındaki Latince *positum* kelimesidir ki pozitif hukuk terimi (tanrısal/insanüstü/metafizik karşıtı olarak) insani (dünyevi) bir makam tarafından vaz'edilmiş hukuk anlamına gelmektedir¹². Türk Hukuk Lûgatı'nda, müsbet hukukla aynı anlama geldiği belirtilerek, Fransızca *droit positif* ve İngilizce *positive law* terimlerine karşılık olarak *mevzu hukuk* terimi tercih edilmiştir¹³. Genellikle öğretilerde pozitif hukuk ve mevzu hukuk terimleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır, örneğin Özgenç bu terimleri birbirini ikame edecek biçimde kullanmıştır¹⁴.

Benzer bir terim de bir ülkenin yazılı hukukunun bir kısmını veya tamamını ifade eden Fransızca *législation* ve İngilizce *legislation* terimidir. Latince'deki kanun (*lex*) kelimesi, okumak (*legere*) kelimesinden türetilmiştir zira kanun yazılıdır. 1273 yılında Thomas Aquinas, bir kanunun yürürlüğe girmesi için yayımlanmasının zorunlu olduğunu kaydetmiştir çünkü bir kanunun yazılı olarak yayımlanması, sürekli olarak yürürlükte kalacağını gösterir¹⁵. Arapçadan Türkçeye geçen *kanun* kelimesinin Yunanca aslı *kanon*

⁹ E. A. Martin, *Oxford Dictionary of Law*, 5. bs, Oxford Paperback Reference (Oxford [England]: Oxford University Press, 2003), 326.

¹⁰ Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 8. bs (St. Paul, MN: Thomson West, 2004), 1200.

¹¹ Hilmi Ziya Ülken, "Giorgio Del Vecchio: Hukuk Felsefesi Dersleri," *İstanbul University Journal of Sociology* 2, no. 7 (1952): 154.

¹² Garner, *Black's Law Dictionary*, 1200.

¹³ Türk Hukuk Kurumu, "Mevzu hukuk," içinde *Türk Hukuk Lûgatı* (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998).

¹⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019).

¹⁵ Saint Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (Christian Classics Ethereal Library, 1273), 2267, <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>.

kelimesi de vergilemeye yönelik arazi kayıtlarında kullanılan bir ölçü birimini ifade etmekte, yani yazılı bir kaynağı işaret etmektedir¹⁶. *Legislation* teriminin Türkçe karşılığı olarak da *mevzuat* terimi kullanılmaktadır¹⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre “*mevzuat kavramı, bir ülkede yürürlükte bulunan hukuki metinlerin tamamını ifade etmekte olup kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun koyucunun yetkilendirmesi durumunda yürütme organı tarafından tesis edilen türevsel düzenleyici işlemlerin tamamı mevzuat kavramının kapsamını oluşturmaktadır*”¹⁸. Bu kapsama, yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarını da eklemek gerekir.

B. Mevzuatın Yayınlanması

Bir mevzuatın yürürlüğe girmesi için yayımlanması zorunludur. Bir kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edildiğinde kanunlaşır, fakat Anayasa (m. 89/1) kanunların yürürlüğe girmesi için Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması gerektiğini düzenlemiştir¹⁹. Bir kanunun hukuki varlığı için o kanunun yayımlanması mecburi değildir; yayımlama, üçüncü kişilerin kanun hakkında bilgi sahibi olmasının ve kişiler

¹⁶ “Kanun,” içinde *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2001), <https://islamansiklopedisi.org.tr/kanun--hukuk>.

¹⁷ Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, “*Legislation*,” içinde *Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (Türkçe-İngilizce)* (Ankara: Matus Basımevi, 2009), 65, https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf.

¹⁸ E.2023/162, K.2024/20, RG 3.4.2024 – 32509 § 23 (Anayasa Mahkemesi 2024).

¹⁹ Teziç’in belirttiği üzere Kıta Avrupası Hukukundaki ısdar (İngilizce *promulgation*) ve yayım (İngilizce *publication*) arasındaki fark 1961 ve 1982 Anayasalarında dikkate alınmamıştır. Isdar ile yayımlamanın aynı işlem olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Örneğin Teziç, Şirin ve Ormanoğlu ısdar ile yayımlama arasında önemli bir fark görmez iken Gözler ve Dikmen Türkiye’de kanunların ısdar edilmeden yayımlandığını kaydetmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 52, no. 1-4 (2011): 106-7; Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. bs (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 111-15; Kemal Gözler, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: Isdar”, içinde *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, c. 2 (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013), 897-950; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. bs (Bursa: Ekin, 2021), 729-30; Hatice Derya Ormanoğlu Duranlıoğlu, “Devlet Başkanının Kanunları Geri Gönderme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yetkinin Değişen Niteliği”, *Adalet Dergisi* 2, no. 73 (2024): 403-24, <https://doi.org/10.57083/adaletdergisi.1573553>; Pınar Dikmen, *Uluslararası Andlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 56.

için bağlayıcılığının başlamasının bir aracıdır²⁰. Kanunlar gibi idarenin düzenleyici işlemlerinin de yürürlüğe girmesi için muhataplarına duyurulması gerekir ki bu da yayımla sağlanır. Yayımlama çoğunlukla RG örneğindeki gibi dergi veya gazete olarak bir basılı yayımla yapılır yahut ilan yoluyla olur²¹.

Kanunların hukuki varlık kazanması TBMM'nin kabulüyle gerçekleşir. Benzer şekilde Cumhurbaşkanı kararlarının (ve 2018 öncesinde Bakanlar Kurulu kararlarının) hukuki varlığı da bunların Cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp karar kayıt sayısı almasıyla oluşur. Bu sebeple bir kanuna atıf yapılırken TBMM tarafından kabul tarihi ve kanuna TBMM tarafından verilen sayı esas alınırken Bakanlar Kurulu kararı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)²² ve Cumhurbaşkanı kararına atıf yapılırken de kabul tarihi ve karar sayısı esas alınır. Diğer düzenleyici işlemler bakımından yayımlanma asli şekil şartı olduğu için, başka bir ifadeyle bunların yürürlüğe girmesi RG'de yayımına bağlı olduğundan, bunlara RG'deki yayım tarihleriyle atıf yapılır.

Herkesin resmî olarak ilan edilen mevzuatı bildiği varsayımı uygundur ve gereklidir; çünkü hukuk kuralının bilindiği karinesinin kamuya sağladığı faydalar, ortaya çıkan bireysel mahzurlardan çok daha ağır basmaktadır²³. Nitekim itaat fikrinin kendisi, itaat edilecek şeyin bilindiğini varsayar; bu bilgi olmaksızın bireylerin itaati yalnızca tesadüf olabilir, asla zorunluluk olamaz. Bir topluluğun bireyleri kendilerinin hangi kurallara göre hareket edeceklerini ve diğer insanlardan hangi kurallara göre hareket etmelerini bekleyeceklerini önceden bilmelidirler. Herhangi bir yasal yükümlülük anlayışı, herkesin mevzuatı bildiğine dair genel bir karineye dayanmaktadır²⁴. Bu kesin karinenin çok büyük olumsuzluklara yol açmamasının nedeni, mevzuatın toplumun gelenekleriyle uyum içinde olmasıdır. Kural olarak toplumsal gelenekleri takip eden kişi, mevzuatı bilmeseydi bile mevzuatı ihlal etmediğinden emin olabilir. Ancak bu şekilde, kurallar kendisi için pratikte erişilebilir ya da

²⁰ Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1972), 138-39.

²¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 23. bs (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2021), 351-52.

²² Geleneğe aykırı olarak 18 sayılı CBK'ye (RG, 3.10.2018, S. 30554) kadar yayımlanan CBK'lerin Cumhurbaşkanı tarafından kabul tarihleri RG'de yayımlanmamıştır.

²³ Frederick McKean, "The Presumption of Legal Knowledge," *Washington University Law Review* 12, no. 2 (1927): 96-107.

²⁴ Gilbert Bailey, "The Promulgation of Law," *American Political Science Review* 35, no. 6 (Aralık 1941): 1059-84, <https://doi.org/10.2307/1950547>.

anlaşılabilir olmayan kişiler, mevzuatı bilmemenin sonuçlarından kaçınabilir. Bu nedenle, kanun koyucunun, örf ve adete aykırı olabilecek emirlerden kaçınmak gibi bir görevi de vardır²⁵.

Cumhuriyet döneminde mevzuatın yayımlanması ilk olarak 1928 yılında çıkarılan 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Suret-i Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun (703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname [KHK] m. 231 ile mülga) ile düzenlenmiştir²⁶. Buna göre kanunların ve tüzüklerin (nizamnamelerin) RG’de yayımlanması mecburidir, fakat vilayetler ve belediyeler tarafından çıkarılan yönetmeliklerin (talimatnamelerin) yerelde yayımlanması ve ilanı mecburidir. 1984 yılında yürürlüğe giren 3011 sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun ise genel yönetmeliklerin RG’de yayımlanacağını, yerel yönetimlerce çıkarılan yönetmeliklerin ise yerel gazete veya diğer yayın yollarıyla ilan edileceğini belirtmiştir. Güncel olarak 2018 yılında çıkarılan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında CBK ile Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik (RG, 23.11.2018, S. 30604) mevzuatın yayımlanma usul ve esaslarını düzenlemektedir.

Mevzuatın yayımlanması kişi hak ve özgürlüklerini korumaya hizmet eder. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini tartıştığı bir kararında Anayasa Mahkemesi, “*yasaklanan eylemler ile bunlara verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi ayrıca kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerekmektedir. Kişilerin yasaklanan eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.*” şeklinde bir açıklama yapmıştır²⁷. Kişilerin yasaklanan eylemleri önceden bilmesini sağlayacak mekanizma ise mevzuatın yayımlanmasıdır.

Öte yandan yayımlanmış mevzuatın herkesçe bilinmesi neredeyse imkansızdır. Örneğin kişiler 7.4.1924 tarihli ve 68 sayılı RG’de yayımlanan 442 sayılı Köy Kanunu’nda değişiklik yapan 14.12.1925 tarihli ve 244 sayılı

²⁵ Rudolf Leonhard, “The Vocation of America for the Science of Roman Law,” 1913, 407-8.

²⁶ Yunus Emre İlkör ve Efsun Güneri, “Takvim-i Vekayi’den Resmî Gazete’nin Mobil Uygulamasına: İkinci Asrına Yaklaşırken Resmî Gazeteciliğimizin Gelişimi,” *Adalet Dergisi*, no. 72 (2024): 375-429, <https://doi.org/10.57083/adaletdergisi.1484045>. İlkör ve Güneri’nin makalesi, 1831 yılında başlayan Türk resmî gazetelerinin tarihsel süreci ile güncel durumu hakkındaki en kapsamlı çalışmalardan birisidir.

²⁷ E.2023/129, K.2023/206, RG 19.1.2024 – 32434 (Anayasa Mahkemesi 2023).

RG’de yayımlanan 684 sayılı Köy Kanununun Yirmi Dokuzuncu Maddesinin Tadili Hakkında Kanun’un 1’inci maddesini bilmek zorundadır. Zira bu maddeyle “*Köy içinde bila zaruretin hayvan koşturmamak*” köylünün mecburi işleri arasına alınmıştır. Ancak kişilerin bu kanunları okuyup anlamaları için Arap alfabesiyle Türkçenin nasıl yazıldığını da öğrenmesi gerekecektir²⁸. Çünkü o tarihte Türkçeyi yazmak için Arap alfabesi kullanılmaktaydı. Sonuçta pratik olarak herkesin her gün RG’yi okuması ve hangi hukuk kurallarının yürürlükte olduğuna dair bilgi edinmesi beklenemez. Benzer şekilde, herkesin her kuralı ve tüm sonuçlarını sadece RG’de okuyarak anlaması da beklenemez. Bir hukuk sisteminde, hukuk kuralı yayımlandığında herkesin bununla bağlı olduğu ve buna uyması gerektiği karinesi elbette gereklidir, aksi takdirde bir hukuk sistemi var olamaz. Ancak kanun koyucunun kendisi bile mevcut tüm mevzuatı takip etmekte zorlanabilir. Sosyolojik araştırmalar, kişilerin mevzuatın kendisini okumadıklarını, başkalarının yaptıklarını takip ettiklerini veya medya, mesleki kuruluşlar yahut hukukçular aracılığıyla bilgi edindiklerini ortaya koymaktadır²⁹.

Gerçekten de Türkiye’de kanun koyucu kendi çıkardığı kanunları takip etmekte zorlanmıştır. Makalenin ekindeki tabloda görüleceği üzere, TBMM zaten mülga olan 62 adet kanunu yürürlükten kaldırmak için 64 adet fuzuli kanun hükmü koymuştur. Öte yandan kanun koyucu, hukuk profesyonellerinin bile RG’yi takip etmekte zorlanacağını öngörerek düzenleme yapmıştır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu (m. 58) uyarınca Yargıtay tarafından alınan içtihadı birleştirme kararları RG’de yayımlanır. Buna rağmen aynı Kanun (m. 45/6), bütün hâkim ve savcıların bunu takip edemeyeceği düşüncesinden hareketle Adalet Bakanlığı’nın içtihadı birleştirme kararlarını bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına duyurmasını emretmiştir. Kanun koyucu ile hâkim ve savcıların bile takip etmekte zorlandığı mevzuata kişilerin kolaylıkla ulaşmasını sağlayacak çözüm ise MBS’dir.

²⁸ 1.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun öncesinde Arap alfabesiyle yayımlanan 1.053 RG sayısının Latin alfabesine çevrilmiş sürümleri 2019 yılından itibaren RG’nin İnternet sitesinde yayımlanmaktadır, bkz. İlkorkor ve Güneri, “Takvim-i Vekayi’den Resmî Gazete’nin Mobil Uygulamasına: İkinci Asrına Yaklaşırken Resmî Gazeteciliğimizin Gelişimi.”

²⁹ Patricia Popelier, “Legal Certainty and Principles of Proper Law Making,” *European Journal of Law Reform* 2, no. 3 (2000): 329-30.

Bir mevzuatı çıkarma yetkisine sahip olan merci aynı usulü takip ederek o mevzuat metninde değişiklik de yapabilir. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Cumhurbaşkanı Kararı [CK] 23.2.2022, S. 5210) (m. 3) “*başlı başına belirli bir alanı düzenleyen ve ilk defa yürürlüğe konulacak mevzuat metinlerini*” müstakil mevzuat, “*mevzuata madde veya hüküm eklenmesini, mevzuatın bazı madde veya hükümlerinin değiştirilmesini veya yürürlükten kaldırılmasını öngören metinleri*” çerçeve mevzuat olarak adlandırmaktadır³⁰. Yürürlükteki mevzuatı görebilmek için müstakil ve çerçeve mevzuatı RG’de bulmak ve metni birleştirmek külfetli bir iştir. MBS bu külfeti üstlenerek kullanıcılara önemli bir hizmet sunmaktadır.

Diğer yandan çerçeve mevzuatı müstakil mevzuatla birleştirilerek ortaya tek bir metin çıkarılması işi için Türkçede kullanılan terimlerde henüz uzlaşma sağlanmamıştır. Türkçede belli alandaki dağınık yazılı veya yazısız tüm hukuk kurallarının bir araya getirilerek büyük kanunların çıkarılması tedvin veya kodifikasyon olarak adlandırılmaktadır³¹. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü *kodifikasyon* terimini “*yayımlanan mevzuatın derlenip toplanması ve mevzuatta yapılan değişikliklerin ilgili ana mevzuata işlenmesi faaliyeti*” olarak tanımlamaktadır³²; MBS İnternet sitesinde de mevzuatı tek metin haline getirerek güncel sürümünün sunulması eylemi *kodifiye etme* olarak ifade edilmiştir³³. AB, özgün mevzuatın ve daha sonra bu mevzuatta yapılan tüm değişiklik ve düzeltmelerin okunması kolay tek bir belgede toplanması anlamında *konsolidasyon* (İngilizce *consolidation*) yani *birleştirme* terimini kullanmaktadır³⁴. AB müktesebatı jargonunda *kodifikasyon* (İngilizce *codification*) terimi bir konudaki mevzuatın ve tüm

³⁰ Temel/kod/organik/taşıyıcı/çerçeve kanun terimlerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Fahri Bakırcı, “Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 3 (2005): 2-19, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000393; İbrahim Araç ve Şeref İba, “Türkiye’de yasa önerisi hazırlama ve norm koyma tekniği ve yasamacı mesleğinin nitelikleri üzerine,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 58, no. 3 (2003), <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/36169>.

³¹ A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 32. bs (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 59.

³² “Hukuk Sözlüğü,” Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, 2024, <https://sozluk.adalet.gov.tr/K/%C3%96zg%C3%BCI%20TEPEC%C4%B0K>.

³³ “Mevzuat Bilgi Sistemi,” Cumhurbaşkanlığı, 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/hakkimizda>.

³⁴ EU, “Consolidation,” European Union - EUR-Lex, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/consolidation.html>.

değişikliklerinin tek metinde bir araya getirilerek yeni bir mevzuat çıkarılmasıdır. Kodifikasyonda (konsolidasyondan farklı olarak) bir mevzuat çıkarılması için gerekli bütün süreçler tamamlanarak yeni bir müstakil mevzuat yürürlüğe konulur³⁵. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) federal hükümeti de aynı işlem için aynı terimi, yani kodifikasyon terimini kullanmaktadır³⁶. Çerçeve mevzuatı müstakil mevzuata dercetme işleminin sonucunu ifade etmek üzere Fransızlar konsolide/birleştirilmiş metin (Fransızca *textes consolidés*)³⁷, İngilizler gözden geçirilmiş mevzuat (İngilizce *revised legislation*)³⁸, ABD federal hükümeti ise derleme (İngilizce *compilation*)³⁹ terimlerini kullanmaktadır.

Türkçede çerçeve mevzuatı müstakil mevzuatla birleştirilerek tek metin haline getirme eylemi için yürürlükteki mevzuatta henüz bir terim kullanılmamakta, bunun yerine eylem tarif edilmektedir. Resmî Gazete Hakkında CBK (m. 8) ile Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik (m. 12/3) “*tek metin haline getirilir*” ifadesini kullanmıştır. Bu bakımdan *birleştirme/birleştirilmiş mevzuat* teriminin yaygınlaşması uygun olabilir.

II. HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİ

Hukuki belirlilik, hukuki durumun belirli, istikrarlı ve sürekli olması, hukuki uygulamalarda belirsizlik veya ani değişiklik riskinin azaltılmasıdır⁴⁰. Hukuki belirlilik ilkesi, açık, anlaşılabilir, erişilebilir, devamlı, düzenli ve tutarlı mevzuatın yürürlükte olduğu bir hukuk sistemi oluşturmaya hizmet eder. Böylece hukuk kuralları temeline kamusal gücün kullanımı kişiler için öngörülebilir hale gelir. Bu ilke, mevzuatın kesin ve aleni olmasını gerektirir.

³⁵ EU, “Codification,” European Union - EUR-Lex, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/codification.html>.

³⁶ “Positive Law Codification,” Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives, 2024, <https://uscode.house.gov/codification/legislation.shtml;jsessionid=D0CE744E5E463C3C74564D852EAD4F50>.

³⁷ “Légifrance - Le service public de la diffusion du droit,” La République française, 2024, <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

³⁸ “Guide to Revised Legislation,” UK Government, 2013, https://www.legislation.gov.uk/pdfs/GuideToRevisedLegislation_Oct_2013.pdf.

³⁹ “Statute Compilations,” United States Government Publishing Office, 2024, <https://www.govinfo.gov/help/comps>.

⁴⁰ Mehpere Çaptuğ, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 17 (2021): 133-60, <https://doi.org/10.18771/mdergi.957891>.

Diğer bir ifadeyle mevzuat sistematik bütünlük içinde ve istikrarlı bir yapıda olmalıdır, ayrıca ilgililer her türlü mevzuata kolaylıkla erişebilmelidir⁴¹.

Hukuki belirlilik ilkesi, hukuk devletinin unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukuki belirlilik ilkesi adil yargılanma hakkının temel ölçütleri arasında sayılmaktadır⁴². Devlet kural koyar, ancak muhatapların kurallara riayet etmesi için öncelikle devlet iradesinin muhataplarca bilinmesi elzemdir. Kurallar açık, tezat içermediği, icra edilebilir olduğu ve sıkça değişmediği zaman muhatapların kurallara riayet etmesi mümkündür, aksi takdirde kurallar müessir olmayacaktır⁴³. Hukuki belirlilik bu boyutuyla hukuk kurallarının bilinmesini ve anlaşılmasını gerektirir. MBS, hukuk kurallarına çoğunluğun erişebilmesini sağlaması bakımından hukuki belirliliğe hizmet etmektedir.

Mevzuatın devletin yetkili organlarınca yürürlüğe konulması hukukun biçimsel ölçütüdür. Mevzuatı diğer toplumsal kurallardan ayıran özellik, bu kuralların biçimsel ölçüte uygun olması ve devletin bu kurallara uyulmasını sağlamasıdır⁴⁴. Öte yandan devlet gücü kullanılarak konulan kuralların mevcudiyeti bunları kendiliğinden hukuka uygun hale getirmez. Mevzuatın aynı zamanda ahlaki temelleri de olmalıdır. Bu doğrultuda, Fuller tarafından tespit edilen hukukun içsel ahlakının sekiz ilkesi, hukuki belirlilik ilkesinin unsurları olarak da düşünülebilir: (i) Kanunların genelliği, (ii) Yayımlanma, (iii) Geçmişe yürümeme, (iv) Açık olma (muğlak olmama), (v) Tutarlı olma (tezat içermeme), (vi) İcra edilebilirlik, (vii) Sıkça değişmeme⁴⁵, (viii) Kural

⁴¹ Çağlar, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, 191-92.

⁴² Abdulkadir Gülçür, “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 1 (18 Temmuz 2018): 149-75, <https://doi.org/10.33433/maruhad.445662>.

⁴³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised edition (New Haven: Yale University Press, 1969), 208.

⁴⁴ Osman Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi Cilt: 1, 2. bs* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 396.

⁴⁵ Türkiye’de birbiriyle ilgisiz farklı konuları içeren çerçeve mevzuata “torba düzenleme (kanun, KHK, CBK)” adı verilmektedir. Torba düzenleme uygulaması, içerdiği hükümlerin TBMM’deki ihtisas komisyonunda incelenmesini engellediği, halkın duyarlılığını azalttığı, hukuk devletiyle bağdaşmadığı, mevzuatın erişilebilirliği, kesinliği ve istikrarı ilkelerini ihlal ettiği, Anayasa Mahkemesi denetimini güçleştirdiği, düzenlemelerin niteliğini düşürdüğü, etkili demokratik temsilin bazı gereklerini göz ardı ettiği, sivil toplumun sürece katılmasını ve saydamlığı önlediği yönünde eleştirilmektedir, bkz. Erdoğan Teziç, “Torba Kanun”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2015): 3-10; Selin Esen

ile uygulamanın uyuşması. Hukuk sistemi, kişiler arasındaki ilişkileri açık ve makul bir şekilde düzenleyen kurallara sahip bir toplumda yaşamasını sağlamalıdır. İçsel ahlakın sekiz ilkesi, hukuk kurallarını bilinir, güvenilir ve uygulanabilir kılma amacına yöneliktir⁴⁶.

Hukuki belirlilik ilkesi mevzuatın neyi düzenlediğinden ziyade nasıl düzenlediğiyle ilişkilidir. Mevzuatın yapım sürecinin kapsayıcı ve saydam olması, mevzuatın biçimsel yapısının (sistematüğının) belirli ve istikrarlı olması, mevzuat içeriğinin dil ve anlam bakımından açık ve tutarlı olması şartlarını yerine getiren bir hukuk düzeni hukuki belirliliği sağlayabilir⁴⁷. Hukuki belirlilik, devletin keyfi müdahalelerine karşı kişileri korur ve kişilerin bireysel özerkliğini teminat altına alır. Hukuki belirliliğin nesnel boyutunu mevzuata erişim, öznel boyutunu da haklı beklentinin korunması oluşturur⁴⁸. Kesin kural koyarak mı yoksa ilkeler koyarak mı hukuki belirliliğin sağlanabileceğine de dikkat etmek gerekir. Kesin kuralların basit olguları ilkelerden daha tutarlı bir şekilde düzenlediği, ancak olgular karmaşık hale geldikçe ilkelerin kurallardan daha fazla tutarlılık sağladığı görülmektedir. Kanun koyucu, uygun bir kurallar ve ilkeler karışımıyla hukuki belirliliği artırabilir⁴⁹.

AİHM kararlarında hukuki belirlilik ilkesi yasaların ve hukukun açık, anlaşılabilir, erişilebilir ve öngörülebilir olmasını içermektedir; ayrıca bu ilke adil yargılanma hakkı ihlalinin bulunduğu bazı durumlarda ihlal kararına doğrudan dayanak teşkil edebilmektedir⁵⁰. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki *kanunla öngörölme* kavramını tartıştığı bir kararında, kanunun ilgili kişi için erişilebilir ve hukuk devletiyle uyumlu olması, kendisi için sonuçlarını öngörebilmesi gerektiğini kaydetmiştir⁵¹. Diğer bir ifadeyle, AİHM'e göre hukuki belirlilik için iki koşulun aynı anda bulunması gerekir.

Arnwine ve Bahadır Yeşilirmak, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Torba Kanun", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 2 (2023): 643-90, <https://doi.org/10.33629/auhfd.1280579>; Şeref İba, "Ülkemizde 'torba kanun' ve 'temel kanun' uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2011): 197-202; Şeref İba, "Karşılaştırmalı Bir Parlamento Hukuku Analizi: 'Torba Kanun' Nedir, Ne Değildir?", *Adalet Dergisi*, no. 72 (2024): 65-84; Çağlar, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, 214-16.

⁴⁶ Fuller, *The Morality of Law*.

⁴⁷ Çağlar, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, 246.

⁴⁸ Popelier, "Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker," 52-53, 64.

⁴⁹ John Braithwaite, "Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty," *Australian Journal of Legal Philosophy* 27 (2002): 47-82.

⁵⁰ Çağlar, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, 245.

⁵¹ Narinen v. Finland, No. 45027/98 (ECtHR 01 Haziran 2004).

İlk koşul, kanunların yeterince erişilebilir olmasıdır; kişiler belirli bir olaya veya eyleme uygulanabilecek kurallar hakkında yeterli bilgiye erişebilmelidir. İkinci koşul ise hukuk kurallarının belirlilik sağlamasıdır; hukuk kuralları, kişinin -gerektiğinde hukukçulardan mütalaa ve tavsiye alarak- belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, içinde bulunulan koşullara göre makul bir dereceye kadar öngörebilmesine olanak tanıyacak kadar kesin olmalıdır. Arzu edilir olsa dahi hukuk kurallarının mutlak kesinliği söz konusu değildir, zira kesinlik beraberinde aşırı katılığı getirebilir ve hukuk değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu doğrultuda, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok muğlak terimlerle ifade edilir ve bunların yorumlanması uygulamaya ilişkin sorunlardır⁵².

OECD, hukuk-adalet hizmetlerinin sürekli, erişilebilir ve kaliteli olarak sunulması gerektiğini kaydetmektedir⁵³. Venedik Komisyonu (Avrupa Konseyi Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu), mevzuata erişimi hukuki belirliliğin gerekleri arasında saymıştır. Bu amaçla devletler, mevzuat metnini kolayca erişilebilir hale getirmeli ve mümkünse mevzuatı uygulanmadan bir süre önce ilan etmelidir⁵⁴.

Hukuki belirlilik ilkesi Avrupa hukuk sistemlerinin yol gösterici ilkeleri arasındadır. Amerikan hukuk geleneği ise farklı bir istikamette ilerlemiştir. Amerikalılar, mevzuatın her zaman hukuki bir sorunun cevabını belirlemediği anlamına gelen *hukuki belirsizlik* kuramına dayanır. Buna göre eğer bir kuralın uygulanması, anlamı hakkında düşünmeyi gerektiriyorsa, o zaman kural, hukukun üstünlüğüne bağlılığın gerektirdiği şekilde eylem için bir rehber olamaz⁵⁵. Zira kurallar belirsiz olabilir veya çatışabilir, kural eksikliği olabilir veya kurallar idareler ve mahkemeler tarafından aynı biçimde uygulanmayabilir. Bu gibi durumlarda hukuk kuralları genel sınırlar çizer ancak kesin bir cevap veremez⁵⁶.

⁵² The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), No. 6538/74 (ECtHR 26 Nisan 1979).

⁵³ "Recommendation of the Council on Access to Justice and People-Centred Justice Systems," OECD Legal Instruments, 12 Temmuz 2023, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0498>.

⁵⁴ Venedik Komisyonu, "Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session" (Strazburg: Avrupa Konseyi, 04 Nisan 2011), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).

⁵⁵ Maxeiner, "Legal Certainty," 543-44.

⁵⁶ Maxeiner, 543-44; James R. Maxeiner, "Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law," 41, no. 2 (2007): 522-23.

Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'da (m. 2) güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi kapsamında, *hukuk kurallarının belirli ve ulaşılabilir olması gerektiği* görüşü istikrar kazanmıştır⁵⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre⁵⁸:

153. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de "belirlilik" ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir...

155. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi hukuk kurallarının erişilebilir ve bilinebilir olmasını belirlilik ilkesinin gereği olarak görmektedir⁵⁹. Bu bakımdan "*kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp*

⁵⁷ E.2018/88, K.2020/24, RG 22.7.2020 – 31193 par. 13-14 (Anayasa Mahkemesi 2020); E.2020/1, K. 2020/63, RG 1.12.2020 – 31321 par. 41 (Anayasa Mahkemesi 2020); E.2022/47, K. 2023/124, RG 27.9.2023 – 32322 par. 9 (Anayasa Mahkemesi 2023).

⁵⁸ E.2015/41, K.2017/98, RG 3.8.2017 – 30143 par. 153, 155 (Anayasa Mahkemesi 2017).

⁵⁹ Kanunların RG'de yayımlanması Türk anayasalarının emredici hükmü olmasına rağmen Türk hukuk tarihinde gizli kanun da çıkarılmıştır. 13.5.1934 tarihli ve 2425 sayılı Millî Müdafaa Vekaletince 49.500.000 Lira Taahhüdât İcrası Hakkında Kanun metni ne RG ne Kanunlar Külliyyatı ne de TBMM Tutanak Dergisi'nde yayımlanmıştır; Milli Savunma Bakanlığı'na 1934 yılı bütçesinin yaklaşık dörtte biri kadar yüklenmeye girişme yetkisi veren Kanun'un neden yayımlanmadığı belli değildir; bkz. Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 394-96. Ayrıca Kurtuluş Savaşı döneminde (1921-1923) TBMM tarafından kabul edilen 205 adet kanun da savaş ortamındaki teknik yetersizlikler nedeniyle RG'de yayımlanamamıştır, bkz. Yunus Emre Sılay vd., ed., *İstiklal Harbi Döneminde Resmî Gazete'de Yayımlanmayan 205 Kanun*, 1. baskı (Ankara: Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, 2020).

yasal kurallar keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır”⁶⁰. Anayasa Mahkemesi, erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir mahkeme içtihatları ile idarenin düzenleyici işlemleriyle de hukuki belirliliğin sağlanacağını belirtmektedir⁶¹.

Mevzuata erişim hakkı millî mevzuatımızda ve uluslararası hukukta tanınmamaktadır. Fakat düşünce ve ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, bilgi edinme hakkı ile iyi yönetim ilkeleri arasında yer alan saydamlık ve hesap verebilirlik ilkeleri bağlamında mevzuata erişimin bir hak olup olmadığı tartışılmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde (m. 19) teminat altına alınan *düşünce ve ifade özgürlüğü* zımnen mevzuata erişim hakkını içermektedir; zira bu hak “*malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir.*” Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi (m. 19) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (m. 9-10) düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin hükümleri de aynı yorumu yapmaya elverişlidir⁶². AİHM, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkını birlikte değerlendirdiği bir kararında, idari veri ve bilgilere erişim hakkının Sözleşme’den çıkarılamayacağını belirterek yine de Mahkeme’nin Sözleşme kapsamında bilgi edinme hakkını tanımaya doğru daha geniş yorum yapmaya başladığını kaydetmiştir⁶³. Ceza hukuku ve adil yargılanma hakkı bakımından mevzuata erişim hakkı daha barizdir. Ceza hukukunun evrensel nitelikteki *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi* kişilerin mevzuatı bilebilecek olmasını gerektirir. Bilgi edinme hakkı, saydamlık ve hesap verebilirlik ilkeleri de demokrasiyi ve hukuk devletini korumak için elzemdir⁶⁴. Nitekim Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik (Bakanlar Kurulu Kararı [BKK], 19.4.2004, S. 2004/7189) (m. 6/3) kamu kurum ve kuruluşlarının görev alanına giren konulardaki mevzuatın, değişiklikleri işlenmiş halini İnternet üzerinden toplumun

⁶⁰ E.2023/127, K.2024/105, RG 5.7.2024 – 32593 par. 17 (Anayasa Mahkemesi 2024).

⁶¹ E.2017/156, K.2019/37, RG 25.7.2019 – 30842 par. 39 (Anayasa Mahkemesi 2019); E.2018/31, K. 2020/38, RG 11.11.2020 – 31301 par. 21 (Anayasa Mahkemesi 2020).

⁶² Steven D. Jamar, “The Human Right of Access to Legal Information: Using Technology To Advance Transparency and the Rule of Law,” *Global Jurist Topics* 1, no. 2 (2001): 6-7, <https://doi.org/10.2202/1535-167X.1032>.

⁶³ Laurens Mommers, “Access to Law in Europe,” içinde *Innovating Government: Normative, Policy and Technological Dimensions of Modern Government*, ed. Simone van der Hof ve Marga M. Groothuis (The Hague, The Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2011), 383-98, https://doi.org/10.1007/978-90-6704-731-9_21; Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary, No. 37374/05 (ECtHR 14 Nisan 2009).

⁶⁴ Patrick Birkinshaw, “Transparency as a Human Right,” içinde *Transparency: The Key to Better Governance?*, ed. Christopher Hood ve David Heald (British Academy, 2006), 0, <https://doi.org/10.5871/bacad/9780197263839.003.0003>.

bilgisine sunacağını düzenlemiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, bilgi edinme hakkı, saydamlık ve hesap verebilirlik ilkeleri göz önüne alındığında, mevzuata erişim hakkının var olması gerektiği iddia edilebilir⁶⁵.

III. MEVZUAT YAPIM TEKNİĞİ

Mevzuat yapım tekniği çeşitli boyutları içermektedir. Yürürlüğe konulması hedeflenen mevzuatı teklif etme ve yürürlüğe koyma yetkisi, danışma ve katılım süreçleri, halk inisiyatifleri, resmi ve gayri resmi paydaşların görüşlerinin alınması, düzenleyici etki analizi, üst hukuk normlarına uygunluk, mevcut mevzuatla, hükümetin genel siyaseti ve kalkınma planlarıyla ahenk sağlanması gibi pek çok unsur mevzuat yapım tekniğinin içinde yer alır. Literatürde kanun kavramı⁶⁶, mevzuat yapım tekniği⁶⁷, RG ve yayım⁶⁸ konularında çeşitli çalışmalar vardır. Bu makalede özellikle mevzuat yapım tekniğinin hukuki belirliliği etkilemesi muhtemel boyutu olan ve uygulamada sorunlar görülen mevzuatın biçimsel yapısı

⁶⁵ Mommers, "Access to Law in Europe."

⁶⁶ Akif Tögel, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı*, 1. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016); Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*; Bülent Dâver, "Kanunla İlgili Meseleler." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 16, no. 4 (1961): 217-46, https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000805; Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*.

İrfan Neziroğlu ve Fahri Bakırcı, ed., *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu* (Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2011), <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dono.a/d860a20b-d9d8-4289-bb9e-f16a72cfeffd.pdf>; Yasin Söyler, *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016); İbrahim Kaplan, "Kanun Yapma San'atı ve Tekniği," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 47, no. 1 (1992): 99-101, https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001539; Yener Üner, ed., *Kanun Yapma Tekniği* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/545.pdf>; Bahri Savcı, "'Kanun Tekniği ile İlgili Meseleler' Üzerinde Bir Seminer," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 16, no. 4 (1961): 205-15, https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000797.

⁶⁷ Feyzi Uluğ, *Mevzuat Hazırlama Tekniği* (Ankara: İM Eğitim Araştırma Yayın, 1986); Önder Canpolat, *Hukuki düzenleme tekniği, düzenleyici etki analizi (DEA) ve yasa yapım süreci* (Adalet Yayınevi, 2010); Ali Em, *Kanunların ve idari düzenleyici tasarrufların yapım tekniği* (Turhan Kitabevi, 2003); Birol Ekici, *Düzenleyici etki analizi: kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenlemelerde uygulanması*, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı yayınları (Gaziosmanpaşa, Ankara: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, 2006).

⁶⁸ Hüseyin Avni Göktürk, "Kanunlarımızın Yayım Vasıtalarında Ahenksizlik," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 1, no. 3 (1943): 437-49, https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000052.

(madde başlıkları, madde, fıkra, bent, alt-bent vb.), mevzuat metnine atıf yapılması ve çerçeve mevzuatın müstakil mevzuatla birleştirilmesi hususlarına odaklanılmıştır.

Mevzuat yapım tekniğini düzenlemek için kanun, yönetmelik, kılavuz gibi farklı norm türleri kullanılabilir. Örneğin Avusturya’da parlamentonun çıkaracağı kanunların tasarımı için Federal Hükümet tarafından hazırlanan kitapçıklarda kurallar belirlenmiştir ve bu kurallar Federal Parlamento için tavsiye niteliğindedir⁶⁹. İtalya’da mevzuat metinlerini hazırlama tekniğine ilişkin kurallar ve tavsiyeler, parlamento ve bakanlar kurulu tarafından müştereken kabul edilen bir genelgeyle⁷⁰, Fransa’da Danıştay ve Başbakanlığın ortak eseri olan mevzuat rehberiyle⁷¹, ABD ve Birleşik Krallık’ta ise parlamento kararlarıyla düzenlenmiştir⁷².

Takriben Cumhuriyet döneminin başlarında Başbakanlık bünyesinde kanunlar (kavanin), kararlar (mukarrerat), yayım (neşriyat) ve mevzuatın toplanması (müdevvenat) işlerini yürüten birimler kurulmuştur. 18.5.1929 tarihli ve 1452 sayılı Devlet Memurları Maaşatının Tevhit ve Teadülüne Dair Kanun’da anılan birimler birer kalem (büro) olarak belirtilmektedir. Zamanla kanunlar ve kararlar birimi ile mevzuatı geliştirme ve yayım birimi Başbakanlık teşkilatı içinde önce müdürlük, sonra daire başkanlığı ve ardından genel müdürlük düzeyinde örgütlenmiştir⁷³. 2018 yılında başkanlık hükümet sistemine geçilmesiyle birlikte Başbakanlıktaki Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü ile Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü birleştirilerek Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel

⁶⁹ Maria Eder-Rieder, “Avusturya’da Kanunla Düzenlemelerin Tasarımı İçin Hukuki Kurallar,” içinde *Karşılaştırmalı Hukukta Yasa Yapma Tekniği*, ed. Yener Üner (Kanun Yapma Tekniği Uluslararası Sempozyumu, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015), 299-300, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/545.pdf>.

⁷⁰ “Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi,” Senato della Repubblica, erişim 22 Temmuz 2024, <https://www.senato.it/istituzione/redazione-dei-testi-legislativi>.

⁷¹ “Guide de légistique,” Légifrance, erişim 23 Temmuz 2024, <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/guide-de-legistique>.

⁷² Edward Donelan, *Regulatory Governance: Policy Making, Legislative Drafting and Law Reform* (Palgrave Macmillan, 2022).

⁷³ Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, “Dünden Bugüne Başbakanlık (1920-2014)” (Ankara, 2014), https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dono.alar/eskisiteden/yayinlar/genel-mudurluk-yayinlar/basbakanlik_tarihi.pdf.

Müdürlüğü haline getirilmiştir. Anılan Genel Müdürlük, mevzuat hazırlığında standartlar oluşturmak, mevzuat kalitesini artırmak, RG'yi yayımlamak ve mevzuata erişimi sağlamakla görevlidir.

Türkiye’de 1980’lere kadar mevzuat yapım tekniği ile mevzuata erişim konularında beklentiler karşılanmamıştır. 1981 yılında Bakanlar Kurulu (BKK, 14.8.1981, S. 8/3463) tarafından başlatılan Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Projesi sonucunda yayımlanan raporda mevzuatın derlenmesi ve yürürlükte olanların yayımlanması konusunda Cumhuriyet döneminde yürütülen çalışmalar topluca yer almıştır. Mevzuat yönetimi için 1940’lardan itibaren kanun tasarı ve teklifleri hazırlanmış, Adalet Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Başbakanlık, Devlet Planlama Teşkilatı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Hukuk Fakültesi tarafından çalışmalar yapılmıştır⁷⁴. Fakat 1981 yılına gelindiğinde hâlâ mevzuat yapım tekniğinin tespit edilmediği, mevzuattaki numaralandırmanın düzensiz olduğu, dil ve yazılış biçiminde tutarsızlıklar olduğu görülmektedir⁷⁵.

Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Projesi’nin sonuç raporunda mevzuat hazırlığı ve yönetimi için çeşitli öneriler getirilmiştir⁷⁶. Bu önerilerin pek çoğu hayata geçmemiştir ancak Başbakanlığın merkezi bir rol üstlenerek mevzuat hazırlama usul ve esaslarını geliştirmesi önerisi uygulanmıştır⁷⁷. 1980 sonrası mevzuat yapım tekniğinin gelişmesinde, siyasi ağırlığı ve idarenin bütünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun’dan kaynaklanan hukuki yetkisi sonucunda Başbakanlığın önemli katkısı olmuştur⁷⁸. Başbakanlık, mevzuat hazırlama tekniğini önce genelgeler ve ardından Bakanlar Kurulu yönetmelikleriyle düzenlemeye başlamıştır⁷⁹. Böylece mevzuat taslaklarının

⁷⁴ DPT, *Kanunların ayıklanması derlenmesi ve yürürlükte olanların tesbiti hakkında ülkemizde yapılan çalışmalar* (T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, 1983).

⁷⁵ DPT, 16.

⁷⁶ DPT, *Türk Mevzuatının Yeniden Düzenlenmesi İle İlgili İlkeler Öneriler* (Ankara: T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, 1983).

⁷⁷ Hüsnü Merdanoğlu, “Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları,” *Amme İdaresi Dergisi* 27, no. 1 (1994): 115.

⁷⁸ Birol Özdemir, “Mevzuatı Muhafazadan Mevzuat Yönetimine,” *Yasama Dergisi*, no. 15 (2010): 49-64; Söyler, *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü*.

⁷⁹ Ahmet A. Cilavdaroğlu, “Türkiye’de Parlamenter Sistemde Düzenleyici Etki Analizi Uygulamaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Geleceği,” *Akdeniz İİBF*

içeriği ve biçimsel özellikleri belirlenmiştir. Ayrıca Başbakanlığın idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde hukuka aykırılıkları önleyici ve yol gösterici ön denetimi Türkiye’de mevzuat kalitesinin artmasına önemli katkı sunmuştur⁸⁰. Parlamenter sistem döneminde Bakanlar Kurulu kararına muhtaç olan kanun tasarısı, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve karar tasarıları için Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, diğer mevzuat tasarıları için Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü ön inceleme yaparak idarenin bu yöndeki uygulamasını şekillendirmiştir. 2018 yılından itibaren bu görevi Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü üstlenmiştir. Güncel olarak 2022 yılında Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik mevzuat yapım tekniğini düzenlemektedir.

Mevzuat yapım tekniği ve mevzuatın biçimsel yapısının bir yönetmelikle düzenlenmesi uygun değildir. Bütün mevzuat aynı biçimsel yapıda olmalıdır ve bu yapı kanunla düzenlenmelidir⁸¹. Danıştayın (1. D, 1.3.1949) yıllar önce açıkladığı üzere “*Evvela şurasını belirtelim ki kanun, lâfzı ve ruhiyle kanun olduğu gibi şekli ile dahi kanundur. Kanunun tertip ve yazılış şekli, fıkralarının devamlı veya ayrı ayrı yazılması, hatta virgül, tire, iki nokta, parantez gibi yazı povantaj sistemine giren işaretlerin kullanılması, yerine göre kanun vazının irade ve maksadını taşıyan ve bu maksadı açığa çıkarmağa yardım eden işarî birer yasama tasarrufudur.*”⁸² Mevzuatta yeknesaklığı sağlamak için mevzuat yapım tekniğinin biçimsel unsurları, yasama ve yürütme organları ile idareyi bağlayacak şekilde kanunla düzenlenmelidir.

Müstakil mevzuatta tekrarı önlemek için ve çerçeve mevzuatta müstakil mevzuatı değiştirebilmek için atıflar kullanılmaktadır. Mevzuat yapım tekniğinin biçimsel boyutu, mevzuata istikrarlı atıf yapılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Böylece mevzuatın muhatapları tabi oldukları kuralları tespit edebilir. Çerçeve mevzuatın, kendi içinde anlamlı ve tutarlı bir hukuki

Dergisi 19, no. 2 (2019): 281, <https://doi.org/10.25294/auibfd.543077>; Nahit Yüksel, “Türk Parlamento Hukukunda ‘Çerçeve’ Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları,” *Yasama Dergisi*, no. 26 (2014): 31-63.

⁸⁰ Söyler, *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü*.

⁸¹ Merdanoğlu, “Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları”, 116.

⁸² DPT, *Kanunların açıklanması derlenmesi ve yürürlükte olanların tesbiti hakkında ülkemizde yapılan çalışmalar*, 70.

metin olan müstakil mevzuat üzerinde değişiklik yaparken, metnin anlamını ve tutarlılığını koruması beklenir. Bu açıdan madde, fıkra, bent, alt-bent gibi kavramlar bütün mevzuat metinlerinde aynı şekilde kullanılmalı ve bunlara hep aynı şekilde atıf yapılmalıdır. Ancak 2005 yılında yürürlüğe konulan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (BKK, 19.12.2005, S. 2005/9986) öncesinde mevzuat metninin parçaları için çok farklı adlandırmalar görülmektedir. Örneğin bir kanunda fıkra diye adlandırılan metin parçası, başka bir kanunda bent olarak adlandırılabilir. Dolayısıyla 1960'larda, 1990'larda ve 2020'lerde yürürlüğe konulan kanunlarda fıkra ve bent gibi terimler aynı şeyi ifade etmeyebilir. Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda bazı fıkralar harflerle sıralanırken bazılarında harf yoktur. Kanun'un bir maddesinde (a), (b), (c) şeklindeki yazım *bent* olarak adlandırılırken, aynı Kanun'un başka bir maddesinde *fıkra* olabilmektedir. Mevzuat yapım tekniğindeki istikrarsızlıktan kaynaklanan, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare bakımından herhangi bir tereddüde ve şüpheye yol açmayacak biçimde açık, net ve anlaşılır olması şartına⁸³ aykırılık teşkil eden bu durum hukuki belirlilik ilkesini zedelemektedir.

Bu noktada iki çarpıcı örnek verilebilir. Mülga 190 sayılı KHK'de madde metninde küçük harfle ayrılan metin parçası bir yerde (m. 4/1-c) fıkra olarak adlandırılırken aynı maddede değişiklik yapan 5272 sayılı Kanun'da (m. 87/b) metnin bu parçası bent olarak adlandırılmıştır. Kanun koyucu bile zaman zaman metnin parçalarını adlandırırken tutarsız davranmaktadır. İkinci örnek de 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 9'uncu maddesinin altıncı fıkrasındadır. MBS'den alınan madde metni şu şekildedir:

Avukatlık ruhsatnamesi ve yemin:

Madde 9 – Avukatlık meslekine kabul edilen adaya, ilgili baro tarafından bir ruhsatname verilir.

Avukatlığa kabul, ruhsatnamenin verildiği andan itibaren hüküm ifade eder.

Aday böylece avukatlığa kabul edildikten sonra (Avukat) unvanını kullanmak hakkını kazanır. Durum Türkiye Barolar Birliğine bildirilir.

⁸³ E.2023/81, K.2023/184, RG 21.12.2023 – 32406 par. 13 (Anayasa Mahkemesi 2023).

(Değişik dördüncü fıkra: 13/1/2004 – 5043/1 md.) Ruhsatnameler ve avukat kimlikleri Türkiye Barolar Birliği tarafından tek tip olarak bastırılır ve düzenlenir. 8 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen şekilde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca uygun bulma kararı verildiğinde ruhsatnameler Birlik Başkanı ve ilgili Baro Başkanı tarafından imzalanır. Avukat kimlikleri, tüm resmî ve özel kuruluşlar tarafından kabul edilecek resmî kimlik hükmündedir.

Mesleke kabul edilen avukata ruhsatname verilirken, baro yönetim kurulu önünde aşağıdaki şekilde andıçtırılır:

(Değişik altıncı fıkra: 2/5/2001 – 4667/8 md.) Hukuka, ahlaka, mesleğin onuruna ve kurallarına uygun davranacağıma namusum ve vicdanım üzerine andıçerim.

Avukatın andıçtırıldığı, andın metnini de kapsıyan bir tutanağa bağlanır ve ilgilinin dosyasında saklanır. Tutanak baro yönetim kurulu üyeleri ile birlikte andıçen avukat tarafından imzalanır.

Çerçeve kanun olan 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la (m. 8) 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 9’uncu maddesinin dördüncü ve altıncı fıkraları değiştirilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasının hangisi olduğunda tereddüt yoktur. Fakat 9’uncu maddenin altıncı fıkrası hangisidir? Mevzuat yapım tekniğine göre iki nokta (:) işaretinden sonraki mevzuat metni genellikle bent olarak adlandırılır. Nitekim 4667 sayılı Kanun’la (m. 9) değiştirilen Avukatlık Kanunu’nun 12’nci maddesinin birinci fıkrasının “b” bendi belirlenirken iki nokta işaretinin altında “b)” şeklinde başlayan metin parçası esas alınmıştır. Fakat 9’uncu maddenin altıncı fıkrası belirlenirken, beşinci fıkranın iki nokta işaretinin altındaki metin parçası esas alınmıştır. Kanaatimizce bu metin parçası beşinci fıkranın devamıdır, altıncı fıkra değildir. Sunulan örneklerde görüldüğü üzere çerçeve mevzuatın müstakil mevzuatla nasıl birleştirildiği, mevzuat hükümlerini etkilemektedir. Mevzuatı koyan iradenin nihai metne tam olarak yansıması için mevzuat yapım tekniğinin belirli ve herkesçe aynı biçimde anlaşılması gerekir.

Mevzuat yapım tekniğine ilişkin kurallar yönetmeliklerle belirlenmesine karşın Türkiye’de mevzuat hazırlığında uygulanan fakat yazılı olmayan aşağıdaki kurallar vardır:

a. Sadece müstakil mevzuat esas alınır.

- i. Çerçeve mevzuat, müstakil mevzuata dercedilmekle hükmünü ifa etmiş olur.
- ii. Sadece müstakil mevzuata atıf yapılır.
- iii. Sadece müstakil mevzuat yürürlükten kaldırılır.

b. Mevzuattaki madde başlıkları madde metninden bağımsızdır.

c. Metnin, müstakil mevzuattaki yeri korunur.

ç. Yürürlükten kaldırılan hükümler hâlâ yürürlükte olabilir.

Önceleri Başbakanlığın günümüzde de Cumhurbaşkanlığının gayretleriyle oluşan bu kurallar müstakil ve çerçeve mevzuatın metnini etkilediği için hukuki sonuç doğurmaktadır. Ayrıca mevzuatın MBS’de yayımlanan sürümü de bu kurallara tabidir. Bu kurallar yazılı değildir, dolayısıyla herkesçe bilinmesini sağlamak üzere yazılı hale getirilmelidir. Bu kuralların bir yönetmelikle değil, normlar hiyerarşisinde daha üstte olan kanunları ve CBK’leri de kapsamaları için, bir kanunla belirlenmesi uygun olacaktır.

A. Müstakil Mevzuatın Esas Olması

Çerçeve mevzuat hükümleri müstakil mevzuat metnine işlendikten sonra müstakil mevzuatın bir parçası haline gelir. Mevzuat yapım tekniği bakımından, çerçeve mevzuat artık kendi başına yürürlükte olmayan bir mevzuat muamelesi görür. Dolayısıyla çerçeve mevzuata atıf yapılmaz, çerçeve mevzuat değiştirilmez veya yürürlükten kaldırılmaz. Bir müstakil mevzuat yürürlükten kaldırılınca, ona ilişkin çerçeve mevzuat hükümleri de kendiliğinden yürürlükten kalkar. Günümüzde uygulanan kural bu olmakla birlikte geçmişte buna aykırı pek çok örnek bulunabilir. Örneğin 2797 sayılı Yargıtay Kanunu (m. 68), ikame ettiği kanuna ilişkin “1730 sayılı Yargıtay Kanunu ile değişiklikleri yürürlükten kaldırılmıştır.” düzenlemesini içermektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 450) “18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.” hükmünü haizdir. Makaleye ekli tabloda geçici (muvakkat) ve ek (müzeyyel) kanunlar gibi çerçeve kanunların yürürlükten kaldırılmasına dair örnekler de vardır. Ancak yakın tarihli kanunlarda çoğunlukla çerçeve kanunlara atıf yapılmamaktadır.

Örneğin yeni Türk Medeni Kanunu'nda (m. 1028) “17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi yürürlükten kaldırılmıştır.” denilmekle yahut 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (m. 647) “22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.” denilmekle yetinilmiş, bunlarda değişiklik yapan çerçeve kanunlar anılmamıştır.

Müstakil mevzuat çerçeve mevzuatla değiştikten sonra, müstakil mevzuatın adına atıf yapılırken (müstakil mevzuatın adı değiştirilmiş olsa dahi) *değişik* mevzuat (kanun, CBK, yönetmelik, tebliğ vb.) olarak adlandırılmaz. Örneğin 6447 sayılı Kanunla *değişik* 6360 sayılı Kanun denilmez, doğrudan müstakil mevzuata atıf yapılarak 6360 sayılı Kanun denilir.

B. Madde Başlıkları

Mevzuat kenar başlıkları, kural olarak mevzuat metninden sayılmamaktadır. Anayasa (m. 176/2) bu durumu özellikle belirtmiştir. TBMM, 1944 yılında kanunların ruhunun madde metinlerindeki hüküm ve ifadelerde görüldüğünü, kanunların sırf mahiyetini gösterir başlıkların RG'de yayımlanacağını fakat madde metninden sayılmayacağını kararlaştırmıştır⁸⁴. Bu karar, kanunun tabi olduğu bütün süreçlerden geçen kenar başlıklarının kanun addedilmesi gerektiği, aksi takdirde kanunların sistematik bir eser olmaktan çıkıp hukuk kuralları yığını haline geleceği yönünde eleştirilmiştir⁸⁵. Buna karşın, madde kenar başlıkları tek başına hüküm içermediği için bu tartışmanın pratikte bir faydası olmadığı da öne sürülmüştür⁸⁶. Anayasa Mahkemesi de benzer görüştedir, buna göre hukuk normları insan davranışlarını yönlendirmeyi amaçlayan emir, yasak, izin veya yetki içeren önermelerden oluşur, bu nitelikleri taşımayan bir önerme kural koyucu vasıfta olmadığı için hukuk kuralı sayılmaz. Dolayısıyla madde başlıkları da emir, yasak, izin veya yetki içermediğinden denetlenabilir norm niteliğinde değildir ve iptal davasına konu edilemez⁸⁷. Öte yandan, kenar başlıklarının metne dahil

⁸⁴ TBMM, *Kanun başlıklarıyla fasıl unvanları ve haşiyeler hakkında TBMM kararı* (RG 4.2.1944 – 5621, 1944), <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5621.pdf>.

⁸⁵ Ferit Saymen, “Matlablar Kanun Mudur?,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10, no. 3-4 (1945): 565-78.

⁸⁶ Erdin Bayram, “Kanun Sistematiğinde ‘Madde’,” *Yasama Dergisi*, no. 8 (2008): 22-43.

⁸⁷ E.2022/50, K. 2022/107, RG 27.12.2022 – 32056 par. 159-160 (Anayasa Mahkemesi 2022); E.2017/162, K.2018/100, RG 3.1.2019 – 30644 par. 64 (Anayasa Mahkemesi 2018); E.2019/13, K.2021/31, RG 2.7.2021 – 31529 par. 59 (Anayasa Mahkemesi 2021).

olduğu mevzuatın kendisince hüküm altına alınabilir. Örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 1534/1) kenar başlıklarının metne dahil olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Mevzuat yapım tekniğine göre madde kenar başlığı madde metninden ayrı muamele görür; bir madde yürürlükten kaldırılırsa, özellikle yürürlükten kaldırılmadığı takdirde, madde kenar başlığı kendiliğinden yürürlükten kalkmaz. Madde kenar başlığını yürürlükten kaldırmak için bu durumun açıkça çerçeve mevzuatta yazılması gerekir. Aynı kural mevzuatın kitap, kısım ve bölüm başlıkları için de geçerlidir.

C. Metnin Yerini Koruması

Mevzuat metnine yapılan atıfların korunması için mevzuat metninin yeri korunur. Bir metin parçası (madde, fıkra, bent, alt-bent, cümle veya ibare) yürürlükten kaldırılrsa veya mahkeme tarafından iptal edilse bile yerini muhafaza eder. İlga veya iptal edilen metin parçasının yerini takip eden metin parçası almaz; diğer metin parçaları oluşan boşluğu ortadan kaldıracak şekilde tekrar sıralanmaz. Örneğin bir kanun maddesinin üçüncü fıkrası iptal edildikten sonra, aynı maddenin dördüncü fıkrası, üçüncü fıkra haline gelmez. Bu uygulama, mevzuat metnine yapılan atıfların muhafaza edilmesini sağlar. Az önceki örneğin devamı olarak, başka bir mevzuatta maddenin dördüncü fıkrasına atıf yapıldıysa, o fıkranın dördüncü fıkra olarak kalması lazımdır. Her ilga veya iptalin ardından metin parçaları kendiliğinden teselsül etseydi mevzuatın belirli bir hükmüne atıf yapmak imkânsız hale gelirdi. Dolayısıyla ilga veya iptal edilen metnin ardından mevzuat metni teselsül etmez. Bu duruma çerçeve mevzuat hazırlığında dikkat edilmelidir. Örneğin bir kanun maddesinin iptal edilmiş üçüncü fıkrasından sonra gelen fıkra değiştirilecekse, çerçeve mevzuat dördüncü fıkranın değiştirildiği şekilde kaleme alınmalıdır. MBS'de metni ilga edilen çerçeve mevzuat veya iptal edilen metne ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı parantez içinde gösterilerek mevzuat metninin yerinin ve böylece atıfların muhafazası sağlanmaktadır.

Ç. Mülga Mevzuatın Uygulanması

Yürürlükten kaldırılan mevzuat yürürlükten kalkmamış olabilir. Hukuki belirliliği ortadan kaldıran bu şaşırtıcı kural Türk mevzuat yapım tekniğinin en önemli sorunlarından birisidir. Buna yakın zamandan bir örnek olarak, 6831 sayılı Orman Kanunu'na 23.3.2023 tarihli ve 7442 sayılı Orman Kanunu

ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la (m. 30) eklenen aşağıdaki madde verilebilir:

GEÇİCİ MADDE 13- 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince tazminat ödenmemesi kaydıyla ... tazminat ödemesine hak kazanacaklar için bu Kanunun bu maddeyi ihdas eden [çerçeve kanun olan 7432 sayılı] Kanun ile yürürlükten kaldırılan 71 inci maddesinin uygulanmasına devam edilir.

MBS’de yayımlanan 6831 sayılı Orman Kanunu’nda 71’inci madde mülga olarak gösterilmektedir. Ancak aynı Kanun’un geçici 13’üncü maddesinde, mülga 71’inci maddesinin uygulanmaya devam edeceği kaydedilmektedir. Bu durum, Aristoteles’in “*Aynı niteliğin, aynı zamanda, aynı özneye, aynı bakımdan hem ait olması hem de olmaması imkânsızdır.*”⁸⁸ şeklinde ifade ettiği, temel mantık ilkeleri arasında yer alan *çelişmezlik ilkesine* aykırıdır. Bir mevzuat hükmü yürürlükte ise mülga (yürürlükten kalkmış) değildir, mülga ise yürürlükte değildir. Orman Kanunu’nun 71’inci maddesi belli durumlarda uygulanmaya devam etmektedir, ancak diğer taraftan MBS’de yürürlükten kalkmış görünmektedir. Yürürlükten kalkmış metni bulmak için artık MBS’ye başvurmak mümkün değildir, MBS kullanıcıları madde metnini ancak RG’yi tarayarak bulabilir. Fakat yine Orman Kanunu’nun 71’inci maddesinde, Kanun’un ilk yayımından sonra değişiklik olduysa, değişiklik yapan çerçeve kanundaki hükümleri de bulması gerekecektir ki sıkça torba kanun çıkarıldığı için oldukça zahmetli bir iş olacaktır. Halbuki kanun koyucunun bahse konu maddeyi yürürlükten kaldırmak yerine belli koşullarda yürürlükte kalacağını düzenlemesi uygun olurdu. Yahut kanun koyucu, Orman Kanunu’nun 71’inci maddesini yürürlükten kaldırdıktan sonra belli durumlarda uygulanacak hükümleri Orman Kanunu’nun geçici 13’üncü maddesine ilave edebilirdi. Yürürlükten kaldırılmış bir kanun hükmünün yürürlükteymiş gibi uygulanması hukuki belirliliği ortadan kaldırmaktadır.

İlginç başka bir örnek olarak 375 sayılı KHK’nin ek 18’inci maddesi verilebilir. Bu madde 2015 yılında 6639 sayılı Kanun’la (m. 23) 375 sayılı KHK’ye eklenmiş ve 2018 yılında 703 sayılı KHK (m. 177/1-h) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun koyucu, ek 18’inci madde hükmünü ihya

⁸⁸ Aristoteles, *Metafizik*, çev. Ahmet Arslan, 3. bs (İstanbul: Divan Kitap, 2021), 134.

etmek isteyince 2022 yılında 7417 sayılı Kanun (m. 59) ile 375 sayılı KHK'ye ek 37'nci maddeyi ilave etmiştir. İlginç olan kısım ek 37'nci maddeyle mülga ek 18'inci maddenin bazı hükümlerinin değiştirilmesidir. Halbuki 375 sayılı KHK'nin ek 37'nci maddesinde mülga ek 18'inci maddeye hiç atıf yapılmaksızın yeni bir hüküm ihdas edilebilirdi.

Anayasa Mahkemesi de yürürlükten kalkmış hükümlerin sanki yürürlükteymiş gibi uygulanmasında sakınca görmemektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi şöyle bir tespit yapmıştır⁸⁹:

3. 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sono.al Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "5434 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri" başlıklı geçici 4. maddesinde; anılan Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun uyarınca emekli aylığı bağlananlar ... ile bunların dul ve yetimleri hakkında anılan Kanun ile yürürlükten kaldırılan hükümleri de dâhil olmak üzere 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılmaya devam edileceği, geçici 4. madde kapsamına girenlerin aylıklarının bağlanması ... hakkında 5510 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dâhil olmak üzere 5434 sayılı Kanun'a göre işlem yapılacağı ... belirtilmiştir.

4. Bu çerçevede 5434 sayılı Kanun uyarınca sigortalılar (iştirakçiler) ve kurumlarından kesilecek emeklilik kesenekleri ve kurum karşılıkları anılan Kanun'un mülga 14. ilâ mülga 19. maddeleri ile mülga ek 70. maddesinde yer alan hükümler doğrultusunda hesaplanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, yürürlükten kaldırılmış hükümlerin uygulanmasını normal görerek bu konuyu hiç tartışmamıştır. Hukuki belirliliği ortadan kaldıran mülga mevzuatın uygulaması hali birçok mevzuatta görülebilmektedir, örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (m. 60/13, geçici m. 4/2), 375 sayılı KHK (ek m. 34/1, ek m. 37/1), 703 sayılı KHK (m. 40/1, m. 221/1), Kurumlar Arası Geçici Görevlendirme Yönetmeliği (CK, 2.5.2019, S. 1025) (m. 3/1-c), Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (RG, 20.4.2016, S. 29690) (geçici m. 1/4) mülga hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Bir hükmün yürürlükte kalması arzu ediliyorsa, mevzuat yapım tekniği bakımından bunun için mülga

⁸⁹ E.2022/110, K. 2023/115, RG 19.9.2023 – 32314 par. 3-4 (Anayasa Mahkemesi 2023).

mevzuata atıf yapmak yerine yürürlükte kalması istenen mevzuatın korunması veya daha yeni bir mevzuata aktarılması yerinde olacaktır.

Bu yazılmamış ancak uygulamada var olan kurallar zaman içinde gelişerek bugünkü halini almıştır. Geçmiş dönemlerdeki mevzuatta bu kurallara uymayan pek çok örnek bulunabilir. Bu durum da bir mevzuatın nasıl anlaşılması gerektiği konusunda ciddi bir soruna yol açmaktadır. Hangi kuralın uygulandığına bağlı olarak farklı mevzuat metni oluşması mümkündür.

Önceleri Başbakanlığın ve şimdilerde Cumhurbaşkanlığının istikrarlı uygulamaları bir tutarlılık sağlamıştır. Fakat mevzuat yapım tekniğinin yazılmamış kurallarını da kapsayacak biçimde mevzuatın hazırlık sürecinin ve biçimsel yapısının kanunla düzenlenmesi önerilmiştir⁹⁰. Çünkü biçimsel yapı, çerçeve mevzuat hazırlanırken müstakil mevzuat metninin parçalarına (madde, bent, alt-bent, cümle gibi) atıf yapılmasında ve çerçeve kanun hükümlerinin müstakil kanunlarla birleştirilmesinde esaslı bir role sahiptir. Mevzuatın biçimsel yapısının herkesçe bilinmesi, aynı yönde anlaşılması ve uygulanması için kanunla düzenlenmesi faydalı olacaktır.

IV. MEVZUAT BİLGİ SİSTEMİ

*“[P]ozitif hukuk ilmi, muayyen yerde muayyen ânda yürürlükte olan hukuk kaidelerinin bütününi sistem halinde her an herkesin emrine amade bulundurmak mecburiyetindedir. Çünkü sistem olmadan modern devletlerde yürürlükte bulunan yüz binlerce hukuk kaidesinin düzensiz bir yığından başka bir şey olmayacağı ve tatbik kabiliyetinden mahrum kalacağı apaçıktır.”*⁹¹ MBS, ülke genelinde yürürlükteki hukuk kurallarını herkesin erişimine açarak önemli bir hizmet sunmaktadır. MBS, geliştirmeye müsait yönleri olmasına karşın gayet başarılı bir uygulamadır. RG’de yayımlanmasının ardından müstakil mevzuat sisteme kaydedilmektedir, çerçeve mevzuat da ilgili müstakil mevzuata ilk iş gününde işlenmektedir. MBS kullanıcıları, mevzuatın güncel haline rahatlıkla ulaşabilmektedir.

⁹⁰ Merdanoğlu, “Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları”; DPT, *Kanunların ayıklanması derlenmesi ve yürürlükte olanların tesbiti hakkında ülkemizde yapılan çalışmalar*.

⁹¹ Ernst Eduard Hirsch, “Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1 (01 Mart 1944): 26, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000045.

A. Mevzuat Bilgi Sistemi'nin Gelişimi ve Mevcut Durumu

Türkiye’de mevzuatın derlenmesine 1851 yılında adsız bir kaynakla başlanmıştır. 1863 yılında Ahmet Cevdet Paşa tarafından *düstur* adı altında mevzuat derlenmeye başlanmıştır. Birinci tertip düstur 1863-1908, ikinci tertip düstur 1908-1920, üçüncü tertip düstur 1923-1960, dördüncü tertip düstur 1960-1961, beşinci tertip düstur da 1961 yılından günümüze olan mevzuatı kapsamaktadır⁹². Düsturların mevzuata erişmekteki kullanım zorluğu Mevzuat Külliyyatı’nın oluşmasına yol açmıştır. MBS’nin öncülü olan Mevzuat Külliyyatı, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü tarafından 1987 yılında yayımlanmaya başlanmıştır. Mevzuat Külliyyatı, 5 ayrı külliyyattan (i. Yürürlükteki Kanunlar Külliyyatı, ii. Yürürlükteki Bazı Kanunların Mülga Hükümleri Külliyyatı, iii. Kanun Hükümünde Kararnameler Külliyyatı, iv. Yürürlükteki Tüzükler Külliyyatı, v. Bakanlar Kurulu Kararıyla Yürürlüğe Konulan Yönetmelikler Külliyyatı) oluşmuştur⁹³.

Bilgisayarın hukuk alanında sağlayacağı katkıya 1975 yılında ilk dikkat çekenlerden birisi Türkiye Bilişim Derneği Başkanı Aydın Köksal olmuştur. Köksal’a göre yasama, yürütme ve yargı organları ile halkın hukuki verilere doğru ve hızlı erişmesi dijital bilgi kütüklerinin oluşturulmasıyla sağlanacaktır. Yargı kararlarının da bilgisayar ortamına aktarılmasıyla mahkeme kararlarının öngörülebilirliği sağlanacak ve vatandaşların hukuk güvenliği artacaktır⁹⁴. Köksal’ın öngörüsü yirmi yıl sonra gerçekleşmiştir; MBS 1.6.1995 tarihinde Mevzuat Külliyyatı esas alınarak İnternet üzerinden yayımlanmaya başlanmıştır⁹⁵.

MBS günümüzde 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında CBK (m. 8) ile Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik’te (m. 12) düzenlenmiştir. Buna göre;

a) RG’de yayımlanan mevzuat tek metin haline getirilerek MBS’de yayımlanır.

⁹² Merdanoğlu, “Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları.”

⁹³ “Mevzuat Külliyyatı Araştırma Kılavuzu,” Mevzuat Bilgi Sistemi, erişim 23 Temmuz 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/hakkimizda>.

⁹⁴ Aydın Köksal, “Hukukta Bilgisayar Kullanımı, Kazanımlar, Yitirilecekler, Etkileşimler,” içinde *Hukukta Siberetik ve Bilgisayar Kullanımı Semineri* (Ankara: Milli Produktivite Merkezi, 1975), 337.

⁹⁵ 1.6.1995 tarihli ve 22300 sayılı RG’de (s. 83-87) Başbakanlık tarafından MBS’nin hizmete alındığını gösteren bir ilan yayımlanmıştır.

b) MBS’de yer alan metin ile RG’de yayımlanan metnin farklı olması halinde RG’de yayımlanan metin esas alınır.

c) Mahkemelerin mevzuata dair yürütmeyi durdurma ve iptal kararları ilgili idareler tarafından MBS’ye işlenmek üzere Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü’ne gönderilir.

Tablo 1’de MBS’de yer alan mevzuatın türü ve sayısı sunulmaktadır.

Tablo 1. Mevzuat Bilgi Sistemi’nde yer alan mevzuat

Mevzuat türü	Mevzuat adeti
Kanun	907
Cumhurbaşkanlığı kararnamesi	32
Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği	149
Cumhurbaşkanı kararı	3.360
Cumhurbaşkanlığı genelgesi	122
Kanun Hükmünde Kararname	63
Tüzük	109
Bakanlar Kurulu yönetmeği	166
Yönetmelik	8.980
Tebliğ	4.126
TOPLAM	17.699

Kaynak: <https://www.mevzuat.gov.tr/hakkimizda> (Not: Tablo 19.8.2024 tarihindeki sayıları göstermektedir)

Ayrıntısı Tablo 2’de sunulduğu üzere TBMM’nin açılmasından itibaren Türk kanunları üç ayrı seri numarası almıştır.

Tablo 2. Kanunların seri numaraları

Dönem	Sayı
23 Nisan 1920 – 26 Mayıs 1960	1-7480
27 Mayıs 1960 – 24 Ekim 1961	1-375
25 Ekim 1961 – Devam ediyor	1-7523

Kaynak: Dinçer⁹⁶ (Not: Tablonun son satırı 2.8.2024 tarihindeki sayıyı göstermektedir)

Tablo 2’de görüldüğü üzere TBMM açıldıktan itibaren günümüze kadar 15.000’den fazla kanun yürürlüğe girmiştir. Ancak müstakil ve yürürlükte olan kanun sayısı 900 civarındadır⁹⁷. Çerçeve kanunların, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma kanunlarının (yetki kanunlarının), bütçe ve kesin hesap kanunlarının sayısının çok olmasından ötürü yürürlükte olan kanun sayısı çıkarılan kanun sayısından epey azdır. İlginçtir ki 1973 yılında yapılan bir çalışmaya göre o dönemde yürürlükte olan kanun sayısı 950 kadardır⁹⁸. 2018 yılında yürürlüğe giren Anayasa değişikliği sonrası bakanlıkların ve bazı kamu tüzelkişilerinin teşkilatının kanun yerine CBK ile düzenlenmesi sebebiyle kanun sayısının azaldığı dikkate alındığında, yürürlükteki kanun sayısının istikrarlı olduğu söylenebilir.

B. Mevzuat Bilgi Sistemi’nin Geliştirilmesi

MBS’nin geliştirilmesi için uluslararası antlaşmaları kapsamayı, Danıştay’ın iptal veya yürütmeyi durdurma kararlarının MBS’ye işlenmesi, MBS’de aynı konuyu düzenleyen birincil ve ikincil mevzuatın bir arada sunulması, mevzuatın sektörel olarak tasnif edilmesi, Yargıtay ve Danıştay’ın

⁹⁶ Güven Dinçer, “Kanunlarımız ve Kanunlarımızın Yeniden Derlenmesi ve Düzenlenmesi,” içinde *Hukukta Siberetik ve Bilgisayar Kullanımı Semineri* (Ankara: Milli Prodüktivite Merkezi, 1975), 184.

⁹⁷ MBS arama motorunun “Kanunlar” sekmesi altında “Başlık” kısmında “kanun” kelimesi aratıldığında 6.2.2025 tarihinde 902 adet sonuç alınmaktadır. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın yanı sıra bir adet de başlığında yasa sözcüğünün kullanıldığı (2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Yasası) kanun vardır. Dolayısıyla 903 adet müstakil kanun yürürlükte. Anayasa’ya (m. 90) göre TBMM’nin çıkardığı yetki kanununa dayanarak hükümetçe onaylanan veya yayımlanarak yahut yayımlanmayarak yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Fakat bu çalışmada belirtilen yürürlükteki kanun sayısına, uluslararası antlaşmalar dahil değildir.

⁹⁸ Dinçer, “Kanunlarımız ve Kanunlarımızın Yeniden Derlenmesi ve Düzenlenmesi”, 184.

içtihadı birleştirme kararlarının MBS’de yer alması, mevzuata dair temel ve destekleyici belgelere (gerekçeler, mahkeme kararları ve TBMM tutanakları vb.) erişim sağlanması, bir mevzuatın herhangi bir tarihte yürürlükteki halinin görülebilmesinin temini gibi öneriler getirilmiştir⁹⁹. Bu makalede hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde MBS’nin geliştirilmesi için önemli görülen hukuki geçerlik, mevzuat gerekçeleri, yüksek mahkemelerin içtihatları, Danıştay’ın yürütmeyi durdurma ve iptal kararları ile uluslararası antlaşmalar hususlarına değinilmiştir.

Savigny’nin klasikleşen betimlemesiyle, mevzuatın yorumlanması için dilbilgisel, mantıksal, tarihsel ve sistematik unsurlar kullanılabilir¹⁰⁰. Kanun koyucunun iradesinin gerçekleşmesi için dilbilgisel, mantıksal ve sistematik olarak mevzuat metninin nitelikli hazırlanması, tarihsel olarak da mevzuatın hazırlık sürecinin önemli noktalarının kaydedilmesi (ihtiyaç analizi raporu, mevcut-önerilen metin karşılaştırma cetveli, genel gerekçe, madde gerekçeleri, düzenleyici etki analizi raporu, bütçe etki formu, parlamento komisyon raporları ve genel kurul tutanakları vb.) gerekir. Ancak bu yeterli olmaz, mevzuatın doğru yorumlanması için bu bilgiler mevzuatın muhataplarının rahatlıkla erişebileceği şekilde sunulmalıdır.

1. Mevzuat Bilgi Sistemi’nin Hukuki Geçerliliği

Dünyada RG’ler basılı ve İnternet üzerinden yayımlanabilmektedir. Bu sürümler arasında tutarsızlık olduğunda bazı ülkeler basılı sürüme, bazıları da her iki sürüme birden hukuki geçerlik tanımaktadır. Örneğin Fransa ve İtalya’da her iki sürüm de aynı düzeyde resmi bağlayıcılığa sahiptir. Avusturya, Belçika Danimarka, Estonya, İspanya ve Kanada’nın yanı sıra AB RG’leri sadece elektronik ortamda yayımlanmaktadır¹⁰¹. Türkiye’de Resmî Gazete Hakkında CBK (m. 2) kural olarak RG’nin İnternette yayımlanacağını, ihtiyaç kadar da basılı yayımlanabileceğini düzenlemiştir. Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik (m. 5/2) RG’nin basılma gerekçesini arşivlemek olarak belirtmiştir. Aynı Yönetmeliğe (m. 5/3) göre RG’nin basılı ve İnternet

⁹⁹ Özdemir, “Mevzuatı Muhafazadan Mevzuat Yönetimine”; Söyler, *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü*, 268-72.

¹⁰⁰ Friedrich Karl von Savigny, *System of the Modern Roman Law*, çev. William Holloway, c. 1 (Madras: J. Higginbotham, 1867), 172-73.

¹⁰¹ Yasin Söyler, “Karşılaştırmalı Hukukta Resmî Gazeteler ve Hukuki Güvenlik İlkesi,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2016): 107-34.

sürümleri aynı hukuki geçerliliğe sahiptir. RG'nin basılı ve İnternet sürümleri arasında farklılık olması halini ne CBK ne de Yönetmelik düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi, Resmî Gazete Hakkında CBK'yi incelediği kararında RG'nin basılı yayımlanması zorunluluğu olmamasını Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Ayrıca daha çok kişinin kolay ve hızlı biçimde ulaşmasına imkân sağlayarak erişilebilirliği artırdığı için RG'nin İnternette yayımlanması hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerine hizmet etmektedir¹⁰².

RG'de yayımlanan kanun metniyle TBMM tarafından kabul edilen metnin farklı olması durumunda, bu kanunun şekil yönünden iptali gerekmez ancak TBMM tarafından kabul edilen metin esas alınmalıdır¹⁰³. Nitekim Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik (m. 11) hatalı yayımlanan mevzuat metnine ilişkin düzeltme yapılacağını kaydetmektedir.

Ülkeler çoğunlukla birleştirilmiş ve elektronik olarak yayımlanan mevzuata hukuki bağlayıcılık atfetmemiştir. Ülkelerin çerçeve ve müstakil mevzuat metnini birleştirerek yayımlamaktaki gayesi kullanıcılara kolaylık sağlamaktır. Birleştirilmiş metinle RG'de yayımlanan metin arasında ihtilaf olması halinde RG'de yayımlanan metin esas alınmaktadır. Türkiye'deki uygulama da bu yöndedir ve Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik'te (m. 12/2) konu düzenlenmiştir.

MBS'ye resmî geçerlilik tanıma hususunda Kanada dikkate değer bir istisnadır. 2009 yılında yürürlüğe giren bir kanun değişikliğiyle Kanada Adalet Bakanlığı tarafından basılı veya elektronik ortamda yayımlanan birleştirilmiş mevzuat resmî olarak geçerli hale getirilmiştir. Kanada resmi mercileri Adalet Bakanlığı tarafından birleştirilen mevzuatı hukuken geçerli kabul etmektedir. Yine de özgün metinle birleştirilmiş metin arasında ihtilaf olması halinde özgün (RG'de yayımlanmış) metin üstün tutulmaktadır¹⁰⁴.

MBS'ye hukuki geçerlik tanıma konusunda Türkiye'de de adım atılması hukuki belirliliği artıracaktır. Böylece kişiler RG'de yayımlanan müstakil ve çerçeve mevzuat takip etme yükünden kurtulacak, yürürlükteki mevzuata rahatlıkla ulaşabilecektir. Fakat MBS'ye hukuki geçerlik tanınmadan önce

¹⁰² E.2018/127, K.2021/18, RG 17.6.2021 – 31514 (Anayasa Mahkemesi 2021).

¹⁰³ Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, 143-44.

¹⁰⁴ Legislative Services Branch, "Consolidated Federal Laws of Canada, Consolidated Acts," Government of Canada Justice Law Website, 2024, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/ImportantNote/>.

MBS’de yayımlanan mevzuatın RG’de yayımlananla aynı olmasını sağlamak için ilave tedbirlere ihtiyaç vardır. Zira mevcut MBS yönetimi zaman zaman bazı mevzuatı yayımlamamaktadır veya mevzuatı yürürlüğe koyan iradeyi tam yansıtmayacak biçimde müdahale etmektedir. Örneğin bazı kanunlar yürürlükte olduğu halde MBS’de yer almamaktadır. 7489 sayılı 2024 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’nun V Cetvelinde (Kanunlar ve Kararlarla Bağlanmış Vatani Hizmet Aylıkları) zikredilen 15.12.1948 tarihli ve 5269 sayılı Sivas Kongresince seçilen Temsil Heyeti Üyeleriyle Türkiye Büyük Millet Meclisinin Birinci Döneminde bulunan Üyelere Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun MBS’de yoktur.

MBS’de yayımlanan 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu’nda ilginç bir örnek vardır. 5751 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle Mera Kanunu’nun 14’üncü maddesinin beşinci fıkrası değiştirilmiştir. Fakat MBS yöneticileri bunun doğru olmadığını düşünmüş ve beşinci fıkra yerine dördüncü fıkrayı değiştirmiştir. Bu durumun gerekçesini de altı numaralı dipnotta şöyle açıklamışlardır: *“26/3/2008 tarihli ve 5751 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde hernekadar beşinci fıkranın değiştirilmesi hüküm altına alınmışsada; Kanunun gerekçesi ve meclis tutanaklarının incelenmesinden kanun koyucunun iradesinin dördüncü fıkrayı kastettiği anlaşıldığından düzenleme bu doğrultuda yapılmıştır.”*¹⁰⁵ Görüldüğü üzere TBMM’nin kabul ettiği değişiklik MBS’de aynı şekilde yer almamış, beşinci yerine dördüncü fıkra değiştirilmiştir. Bu durumda MBS aslında mülga beşinci fıkra hükmünü korumaya devam ederken, halen yürürlükte olması gereken dördüncü fıkra hükmünü başka bir hükümle değiştirmiştir. Sonuçta parlamentonun iradesi MBS’de gerçek yansımasını bulamamıştır. Bu örnek MBS’de yer alan kanun hükümlerinin TBMM tarafından da kontrol edilmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁰⁶.

¹⁰⁵ İmla hataları metnin MBS’deki özgün halinde mevcuttur. “25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu,” Mevzuat Bilgi Sistemi, erişim 09 Eylül 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4342&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

¹⁰⁶ Öte yandan aynı müdahale (imla hataları düzeltilmiş) aynı dipnot metniyle TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi’nde de mevcuttur, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-83d6-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=4342#step-1> erişim 03 Ekim 2024.

İkinci bir örnek olarak 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda yer alan bazı ibarelerde Türkçenin ünlü benzeşmesi kuralına uygun olarak değişiklikler MBS'de yapılmıştır. 19.3.2003 tarihli ve 4829 sayılı Tebligat Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la (m. 19) “7201 sayılı Tebligat Kanununda yer alan *"Posta Telgraf ve Telefon İşletmesi"*, *"Cumhuriyet Müddeiumumiliği"*, *"Hariciye Vekâleti"* ve *"Jandarma Umum Kumandanlığı"* ibareleri sırasıyla *"Posta ve Telgraf Teşkilâtı Genel Müdürlüğü"*, *"Cumhuriyet Başsavcılığı"*, *"Dışişleri Bakanlığı"* ve *"Jandarma Genel Komutanlığı"* olarak değiştirilmiştir.” Bu değişikliğin mevzuat yapım tekniğine aykırı olduğu açıktır, zira her bir ibarenin geçtiği yerler tek tek belirtilerek değişiklik yapılması gerekirdi. Fakat kanun metni içinde bariz imla hataları olmasını engellemek kaygısıyla MBS yönetimi kendiliğinden Türkçenin dilbilgisi kurallarına göre kanundaki ibareleri değiştirmiştir. Örneğin Tebligat Kanunu'nun 43'üncü maddesinin başlığı *"Cumhuriyet Müddeiumumiliğine tebligat"* iken *"Cumhuriyet Başsavcılığına tebligat"* halinde MBS'de yayımlanmıştır. Hâlbuki *"Cumhuriyet Başsavcılığına tebligat"* olmalıydı. MBS yönetiminin kanun metninde böyle bir değişiklik yapması yanlıştır ve fonksiyon gaspıdır. Buna benzer yanlışların ortaya çıkması, TBMM İdari Teşkilatı'nın kontrolüyle engellenebilir.

Önceleri (mülga) 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında KHK'nin (m. 4) eki cetveller ve günümüzde 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında CBK'nin (m. 4) eki cetveller ise MBS bakımından çok vahim bir istisnai uygulamadır. 190 sayılı KHK'nin eki cetveller RG'de yayımlandığı halde MBS'de yer bulamamıştı; fakat 2 sayılı CBK'nin eki cetveller ise RG'de dahi yayımlanmamıştır. Anılan ek cetveller memurlar, hâkim ve savcılar, öğretim elemanları, sözleşmeli personel ve işçi kadrolarını unvan, sınıf, derece ve adet olarak belirlemektedir. Diğer bir ifadeyle kamu çalışanlarının sayısını ve vasfını düzenlemektedir. Yerel yönetimler hariç herhangi bir idareye kaç kamu çalışanı kadrosu verildiği yahut merkezi yönetim kapsamındaki idarelere toplamda kaç kamu çalışanı kadrosu tahsis edildiğini görmek isteyen kişilerin 2 sayılı CBK'nin eki cetvellere bakması gerekir. Lakin bu cetveller hiçbir zaman MBS'de yayımlanmamıştır. Bu noksanlık kamu çalışanları bakımından gerek parlamentonun yürütme organını denetlemesini gerekse kamuoyu denetimini neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Parlamento¹⁰⁷ ve

¹⁰⁷ Mülga 832 sayılı Sayıştay Kanununda (m. 30/2) kadroların dağıtımı öncesi Sayıştay vizesi alınacağı düzenlenmişti fakat bu hüküm 2003 yılında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve

kamuoyu, idare tarafından verilen bilgilere muhtaçtır. Zira kamu çalışanlarına ilişkin kadroları iptal ve ihdas eden mevzuatı RG'den takip etmek çok zordur.

MBS'ye hukuki geçerlik tanınmadan önce bütün mevzuatı kapsamı sağlanmalıdır, ardından MBS yeni çıkarılan mevzuatı da makul bir sürede yayımlamalıdır. İlaveten MBS'de yayımlanan mevzuatın tam ve doğru olmasını temin etmek için dış paydaşlarla uygun kontrol mekanizmaları tesis edilmelidir. Mevcut görevler ve örgüt yapısı içinde MBS'nin sorumluluğunun yine Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü'nde kalması uygun olacaktır. Ancak anılan Genel Müdürlüğün bir mevzuatı MBS'de yayımlamadan önce, o mevzuatın sahibi olan organ veya idareden teyit alması, sistemin mükemmel işleyişini sağlayacaktır. Kanuni düzenlemelerde TBMM İdari Teşkilatı'nın, CBK'lerde teklif eden idarenin, yönetmelik ve tebliğlerde sorumlu idarenin Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından birleştirilmiş metni kontrol etmesi, bu kontrolden sonra mevzuatın MBS'de yayımı muhtemel hataları ortadan kaldıracaktır.

2. Mevzuat Gerekeçleri

Mevzuat gerekçeleri, mevzuatın kuruluş amacını ve arka planını gösteren önemli belgelerdir. Kanun teklifleri, TBMM İçtüzüğü (m. 74/2) uyarınca gerekçeli olmalıdır. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te (m. 6/1) genel olarak bütün mevzuat tasarıları için genel gerekçe ve gerekiyorsa madde gerekçeleri hazırlanması zorunluluğu mevcuttur. İdari düzenlemelerde gerekçe bulunması demokratik hukuk devletin bir gereğidir ve aynı zamanda idarenin hesap verebilirliğini artırmaktadır¹⁰⁸. İdarenin düzenleyici işlemlerinin gerekçeleri, idari işlemin takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetiminin yapılması bakımından önem taşır; ayrıca idari işlemin muhatapları işlemin sebebini gerekçe yoluyla öğrenir¹⁰⁹.

Kontrol Kanunu'yla (m. 81/1-b) yürürlükten kaldırılmıştır. 2010 yılında çıkarılan 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda da kadroların Sayıştay tarafından vize edilmesi uygulaması yer almamıştır. Bu durum TBMM'nin bütçe hakkı kapsamında kamu çalışanı kadrolarını denetlemesini zorlaştırmıştır.

¹⁰⁸ Ayşe Almıla Tanrıverdi, "İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma," *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 3, no. 2 (2023): 578, <https://doi.org/10.59909/khm.1357385>.

¹⁰⁹ Tekin Akıllıoğlu, "Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi," *Amme İdaresi Dergisi* 15, no. 2 (1982): 8-9.

Kanun koyucu bir toplumun içindeki zıt çıkarları ve çelişen yararları bağdaştırmaya çalışır. Toplumsal, ekonomik, hukuki ve ahlaki sebeplerle korunması gerektiğini düşündüğü çıkarlar lehine kural koyar. Kanun koyucu belirli bir amaçla hareket eder ve adil saydığı bir sonucu gerçekleştirmeye çalışır. Kanunun konuluş sebebinin (*ratio legis*) araştırılması da kuralın anlamını belirlemeye hizmet eder¹¹⁰. Hukuktaki tarihsel yorum yöntemi, yorumlanacak normun oluşumunda etkili olan nedenleri araştırmak, normu koyan iradenin düşüncesini ortaya çıkarmak ve hangi amaçlarla hareket ettiğini ortaya koymayı gerektirir¹¹¹. Kanun gerekçeleri TBMM İnternet sitesinde yayımlanan ihtisas komisyonu raporlarından veya TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi'nden görülebilmektedir fakat diğer mevzuatın gerekçeleri kamuya ilan edilmemektedir.

Yürütme organı olan Cumhurbaşkanı, 2018 yılından itibaren idarenin kanuniliği ilkesinin istisnası olarak Anayasa (m. 104) uyarınca CBK'lerle (kanuni bir dayanağa ihtiyaç duymadan) asli düzenlemeler yapabilmektedir¹¹². Fakat CBK hazırlanırken genel gerekçe ve madde gerekçeleri hazırlanmasını emreden anayasal ve yasal bir kural yoktur. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'teki (m. 6/1) gerekçe hazırlanması kuralı CBK'den daha alt düzeydeki bir hukuk normu olduğu için CBK'leri kapsamaz. Nitekim CBK'ler zaman zaman gerekçesi hazırlanmaksızın yürürlüğe konulmaktadır. Bir CBK'nin iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi'ne CBK'nin gerekçesi gönderilememiştir. Mahkeme de CBK'nin gerekçesi bulunmadığı için CBK kurallarının getiriliş amacını tespit etmek için Cumhurbaşkanlığınca dosyaya sunulan görüş yazılarını dikkate almıştır¹¹³. Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında, “*normun ihdasına yol açan sebeplerin, böyle bir düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğuna dair gerekçelerin bizzat kural koyucunun kendisi tarafından ortaya konulmuş olmasının o kuralla ilgili anayasallık denetiminin daha sağlıklı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağı*” ifade edilerek Mahkeme'nin CBK'leri inceleme yetkisinin CBK'lerin

¹¹⁰ Ünal Narmanlıoğlu, “Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması,” içinde Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001), 93-118.

¹¹¹ Narmanlıoğlu, 100.

¹¹² Halit Yılmaz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no. 1 (2020), 225-263.

¹¹³ E.2019/31, K. 2020/5, RG 13.5.2020 – 31126 par. 40 (Anayasa Mahkemesi 2020).

gerekçelerinin mevcudiyetine ilişkin bir denetim yapılmasını kapsamadığı belirtilmiştir¹¹⁴. Anayasa Mahkemesi bu içtihadını daha sonraki bir kararında da sürdürmüştür¹¹⁵. Diğer bir deyişle, yürütme yetkisine ilişkin pek çok konuyu düzenleyen CBK'ler için gerekçe hazırlama zorunluluğu yoktur. Öte yandan, CBK'ler için genel gerekçe ve madde gerekçeleri hazırlanması ve bunların kamuyla paylaşılması hukuki belirlilik açısından doğru olacaktır. Bu çerçevede CBK'lere gerekçe hazırlanmasının bir kanunla zorunlu hale getirilmesi düşünülmelidir.

Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (m. 6/1) uyarınca hazırlanan yönetmelik ve tebliğ gerekçeleri bakanlıklarca Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü'ne gönderilmektedir. Fakat bunlar aleniyet kazanmamakta, mahkemeler tarafından talep edildiğinde sunulmaktadır. Bu noktada ilginç bir örnek olarak asgari ücret tespit komisyonu kararlarının RG'de gerekçesiyle birlikte yayımlandığını anmak gerekir¹¹⁶. Dolayısıyla, Türkiye'de bir kişi asgari ücretin neden o miktarda belirlendiğinin gerekçesini görebilir fakat bir CBK'nin veya bir yönetmeliğin gerekçesine erişemez.

Hukuk kurallarının MBS'de gerekçeleriyle birlikte yayımlanması, tarihsel yorum yöntemini kullanmak isteyenler için önemli fayda sağlayacaktır. Bu amaçla mevzuatın gerekçesiyle birlikte MBS'de yayımlanacağı bir kanunla düzenlenmelidir. Böylelikle müstakil ve çerçeve mevzuatın gerekçeleri herkes tarafından görülebilecektir.

Aslında 2007 yılından itibaren mevzuat hazırlığında zorunlu olan düzenleyici etki analizi, mevzuatın konuluş gerekçesini çok daha iyi anlamaya hizmet etme potansiyeline sahiptir. Ancak parlamenter sistemde ve başkanlık sisteminde yeterli sayı ve nitelikte düzenleyici etki analizi yapılmamıştır¹¹⁷. Yine de varsa mevzuata ilişkin düzenleyici etki analizi raporları ve bütçe etki

¹¹⁴ E.2022/98, K. 2022/150, RG 3.3.2023 – 32121 par. 11-12 (Anayasa Mahkemesi 2022).

¹¹⁵ E.2022/115, K. 2023/52, RG 27.9.2023 – 32322 par. 12 (Anayasa Mahkemesi 2023).

¹¹⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'na (m. 39/3) göre Asgari Ücret Tespit Komisyonu kararları kesindir ve RG'de yayımlanarak yürürlüğe girer. Asgari Ücret Yönetmeliği (RG 1.8.2004 – 25540) (m. 8/4) asgari ücretin tespitine ilişkin kararın, toplanan bilgi ve belgelere göre hazırlanacak bir gerekçeye dayandırılmasını mecburi tutmuştur. Bu hükümlere istinaden asgari ücretin gerekçesi RG'de duyurulmaktadır.

¹¹⁷ Cilavdaroğlu, "Türkiye'de Parlamenter Sistemde Düzenleyici Etki Analizi Uygulamaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Geleceği."

formlarının mevzuatla birlikte MBS’de yayımlanması, kamuoyu denetimini artırmaya hizmet edecektir.

3. Yüksek Mahkemelerin İçtihatları

Yüksek mahkemelerin (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay¹¹⁸) kararları mevzuatın nasıl anlaşılıp uygulanması gerektiği konusunda yol göstericidir. Anayasa (m. 153/6) uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organları, idare, gerçek ve tüzelkişiler için bağlayıcıdır. Diğer yüksek mahkemelerin kararları, içtihadı birleştirme kararları hariç, kendisi veya diğer mahkemeler için bağlayıcı değildir. Yine de yüksek mahkemelerin mevzuatın nasıl yorumlanması gerektiğini gösterir kararları mevzuatın muhatapları açısından önemlidir. Bu kararların MBS’de yayımlanması ilk derece ve istinaf mahkemeleri kararlarında tutarlılığı artırarak hukuki belirliliği geliştirecektir.

Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi’nin¹¹⁹ 8’inci ilkesi “*Yargı, üst derece/temyiz mahkemesi kararlarının düzenli olarak yayınlanmasını sağlamalıdır.*” şeklindedir. Bildirge’de bu ilke açıklanırken, mevzuat, öğreti ve diğer asli hukuk kaynaklarına güvenilir erişim sağlanarak bir davada veya durumda hukukun nasıl işleyeceğinin taraflarca anlaşılacağına işaret edilmektedir. Bildirge’ye göre mahkeme kararlarının yayınlanması, halkın, medyanın, sivil toplum kuruluşlarının ve hukukçuların kararları incelemesine imkân tanır. Ayrıca kararların yayımlanması mevzuatın uygulanmasını düzenli hale getirmek, yargı kararlarını daha öngörülebilir ve tutarlı kılmak yoluyla adaletin kalitesini yükseltecektir. Bildirge’nin uygulanmasına ilişkin tedbirlerde de mahkeme kararları ve mevzuat metinlerinin kamunun erişimine açık olması gerektiği belirtilmiştir¹²⁰. Örneğin AB müktesebatı bakımından

¹¹⁸ Sayıştay, Anayasa’nın sistematığında *yüksek mahkemeler* başlığı altında (m. 146-158) yer almamaktadır. Diğer taraftan Anayasa’ya (m. 160) göre Sayıştay kamu gelir, gider ve mallarının yönetimindeki sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak yetkisine sahiptir. Dolayısıyla yargısal faaliyette bulunmaktadır ve kararlarına karşı başka bir yargı merciine başvurulamaz. Bu açıdan Sayıştay bir yüksek mahkeme olarak değerlendirilebilir.

¹¹⁹ 2016 yılında Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı ve Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı Türkiye Ofisi iş birliğiyle düzenlenen İkinci Yüksek Mahkemeler Zirvesi’nde Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi kabul edilmiştir. 2019 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi ve İstanbul Bildirgesinin Etkili Biçimde Uygulanması İçin Tedbirler’i kabul etmiştir.

¹²⁰ Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, “Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi ve İstanbul Bildirgesinin Etkili Biçimde Uygulanması İçin Tedbirler” (Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2020).

elektronik yayım faaliyeti mevzuatla sınırlı kalmamakta ve AB hukukuna atıfta bulunan mahkeme kararlarına öncelik vererek bütün içtihatlarla dijital ortamda erişim hedeflenmektedir. AB üye ülkelerinde de içtihat hukuku yayımları çeşitli ve dağınıktır, ayrıca bunların bulunması, erişilmesi ve anlaşılması zordur. Bu nedenle, AB Komisyonu AB hukukunun anlaşılması ve bu hukuka güvenin tesis edilmesine, AB kurumları ve üye devletler düzeyindeki tüm mevzuat ve içtihat hukukunun dijital, kolay ve kapsamlı bir şekilde erişilebilir olmasına, dil engellerinin aşılmasına ve aralarındaki bağlantıların açıkça ortaya konmasına gayret etmektedir¹²¹.

Anayasa Mahkemesi'nin soyut (iptal davası) veya somut (itiraz yolu) norm denetimi sonucunda mevzuatın iptaline ilişkin kararları RG'de yayımlandıktan sonra MBS'ye işlenmektedir ve bu açıdan uygulamada bir sorun yoktur. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin iptal talebinin reddi kararları MBS'de yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin soyut norm denetimi sonucunda verdiği red kararının ardından, aynı mevzuatın somut norm denetimi yoluyla yeniden Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkündür¹²². Dolayısıyla somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulacağı hallerde, ilgili kanun, KHK¹²³ veya CBK hükümlerine ilişkin daha önce bir karar verilip verilmediğini iki sebeple araştırmak gerekir. İlk olarak Anayasa Mahkemesi'nin daha önce vermiş olduğu red kararının gerekçesi ve ikinci olarak bunun üzerinden ne kadar süre geçtiği bilinmelidir. Nihayetinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiyetini tayin ederken Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki red kararının gerekçesini görmesi lazımdır.

İkinci olarak bir davaya bakmakta olan mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görse bile, Anayasa (m. 152/4) uyarınca red kararının yayımlanmasından ardından on yıl geçmedikçe aynı mevzuat hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimini talep edemez. Anayasa Mahkemesi istikrarlı bir biçimde, on yıllık süreyi belirlerken soyut veya somut norm denetimi üzerine verilmiş olması bakımından ayırım yapmamaktadır, işin esasına girilerek verilen red kararının RG'de yayım

¹²¹ R Strohmeier, *The contribution of official gazettes to the creation of a European legal space* (Publications Office of the European Union, 2019), <https://doi.org/doi/10.2830/60908>.

¹²² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku: 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş*, 18. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 406-7.

¹²³ Anayasa (geçici m. 21/F) uyarınca yürürlükteki KHK'ler için somut norm denetimi yolu açıktır.

tarihini esas almaktadır¹²⁴. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği red kararlarının, kararın içeriğinin bilinmesi ve kararın ardından ne kadar sürenin geçtiğinin görülmesi için MBS'de yer almasında fayda vardır.

Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay'ın içtihadı birleştirme kararları bağlayıcıdır ve RG'de yayımlanmaktadır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na (m. 45/5) göre “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.” Benzer biçimde 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda (m. 40/4) içtihadı birleştirme kararlarına Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idarenin uymak zorunda olduğu düzenlenmiştir. 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'na (m. 58/3) göre Sayıştay'ın içtihadı birleştirme kararları Sayıştay daire ve kurulları ile kamu idarelerini ve sorumlularını bağlar. Ayrıca 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (m. 35) ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 3/C), istinaf mahkemelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde Yargıtay (ilgili dairenin) veya Danıştay'ın (İdari Dava Daireleri Kurulu veya Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun) bunu gidereceğini düzenlemiştir. Yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararları mahkemeleri ve idareyi bağladığı için bunlara herkesin rahatlıkla erişebilmesi gerekir. İçtihadı birleştirme kararlarının ve istinaf mahkemeleri uyuşmazlıklarının giderilmesi kararlarının MBS'de ilgili mevzuat hükümleriyle bağlantısının kurularak yayımı hukuki belirlilik için gereklidir.

Resmî Gazete Hakkında Yönetmelik (m. 12/3) “Mevzuata ilişkin olarak mahkemeler tarafından verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları davada taraf olan veya davayı takip ile görevlendirilmiş ilgili kurumlar tarafından [Cumhurbaşkanlığı Hukuk ve Mevzuat] Genel Müdürlüğe gönderilir ve bu kararlar Mevzuat Bilgi Sistemine işlenir.” hükmünü getirmiştir. Ancak pratik olarak başkent teşkilatı dışındaki kurum ve kuruluşların (örneğin üniversitelerin, belediyelerin¹²⁵, kamu kurumu niteliğindeki meslek

¹²⁴ Fatih Özkul, “Güncel Gelişmeler Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Türk Hukuk Sistemindeki Önemi ve Kararlarının Bağlayıcı Olma Zorunluluğu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Yaşar Hukuk Dergisi* 6, no. 2 (2024), 247.

¹²⁵ 3011 sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun (m. 2) uyarınca belediye yönetmelikleri RG'de yayınlanmamakla birlikte Antalya, İzmir, Kayseri gibi bazı büyükşehir belediyelerinin imar yönetmelikleri RG'de yayınlanmıştır.

kuruluşlarının vb.) bu düzenlemeye riayet etmesini sağlamak oldukça zordur. Bu durum MBS'nin güncellenmesinde gecikmelere yol açacaktır. Konulacak bir kanun hükmüyle, Danıştay ve idare mahkemelerinin yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarını MBS'ye işlenmek üzere Cumhurbaşkanlığına göndermesi faydalı olacaktır.

Kesinleşen mahkeme kararlarının yürürlükteki hukuka aykırı olması sonucu Danıştay veya Yargıtay tarafından verilen kanun yararına bozma kararlarının da MBS'de yayımlanması yararlıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (m. 51), 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 363) ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 309-310) ile düzenlen kanun yararına temyiz müessesesi, mahkemelerin mevzuatı nasıl yorumladığını göstermektedir. RG'de yayımlanan kanun yararına bozma kararlarının ilgili mevzuat hükmüyle ilişkilendirilerek MBS'de de yayımlanması, kişilerin mevzuat hükümlerini daha iyi anlamasını sağlayacaktır.

4. Uluslararası Antlaşmalar

Uluslararası antlaşmalarla belirlenen hukuk kuralını öğrenmek isteyen birisinin uluslararası antlaşma metinlerini görmesi gereklidir. Keza bunlarda daha sonra yapılan değişiklikler varsa, uluslararası antlaşmaların birleştirilmiş metninin yayımlanması hukuki belirlilik için gereklidir.

Uluslararası antlaşmalar MBS'de yayımlanmamaktadır. Anayasa (m. 90) uyarınca TBMM uluslararası antlaşmaları onaylamayı uygun bulursa bir kanun çıkarmaktadır¹²⁶. Anayasaya (m. 104/11) göre uluslararası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak yetkisi Cumhurbaşkanındadır. 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında CBK bu konuyu düzenlemiştir. Uluslararası antlaşmanın metni, hükümet teklifi ve TBMM komisyonları raporlarında bulunmakla birlikte uygun bulma kanununun ekinde yer almamaktadır. Antlaşma metninin özgün ve Türkçe sürümleri, antlaşmayı onaylayan Cumhurbaşkanı kararının ekinde

¹²⁶ Anayasa (m. 90) uyarınca Türk kanunlarında değişiklik getirmemek kaydıyla ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan, mali bakımdan yüklenme getirmeyen, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmayan, uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari antlaşmalar kanun çıkarılmasına ihtiyaç duyulmadan doğrudan onaylanarak ve yayımlanarak yürürlüğe konulabilir.

RG’de yayımlanmaktadır. Aynı şekilde, Anayasa (m. 90/2) uyarınca bir kanuna ihtiyaç duymaksızın yayımlanarak yürürlüğe konulan antlaşmalar da RG’de yayımlanmaktadır.

Anayasa (m. 90/5) usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağını belirtmektedir¹²⁷. Ayrıca Anayasa’ya (m. 90/5) 2004 yılında eklenen cümleyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınması düzenlenmiştir. Öğretide bu hüküm iki şekilde yorumlanmaktadır. İlk görüş Türk hukukundaki normlar hiyerarşisinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu şeklindedir¹²⁸. İkinci görüş ise bu hükmün uluslararası antlaşma hükmüne üstünlük tanımayı gerektirmediği, mahkemeler için yol gösterici ve genel nitelikte bir kural olduğu, mahkemelerin yorumlarında insan haklarını hayata geçirmek için daha özgürlükçü düzenlemeleri dikkate alması gerektiğini belirtmektedir¹²⁹. Buna koşut olarak, uluslararası hukuk literatüründe insan haklarına ilişkin antlaşmaların diğer uluslararası antlaşmalardan farklı olduğu, bireylerin haklarının korunmasına yönelik bu tip antlaşmaların devletler arasındaki siyasal ilişkileri düzenlemek amacıyla değil devletlerin iradelerinden bağımsız ilkelerin devletler tarafından teyit edilmesine hizmet ettiği belirtilmektedir. Dolayısıyla daha ileri ve özgürlükçü koruma getiren hukuk kurallarının uygulanması insan haklarını korumayı sağlayacaktır¹³⁰.

¹²⁷ 1961 Anayasası tasarılarında uluslararası antlaşmaların onaylanmadan önce Anayasa Mahkemesi tarafından ön denetiminin yapılması yer almıştır ve böyle bir ön denetimin faydalı olacağı öğretilde belirtilmiştir, bkz. Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: ‘Ön-Denetim’”, *Mülkiye Dergisi* 32, no. 258 (2008): 17-47.

¹²⁸ Faruk Bilir, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2005): 77-107; Kemal Başlar, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 24, no. 1-2 (2004): 305.

¹²⁹ Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, no. 70 (2007): 187-213.

¹³⁰ Dikmen, *Uluslararası Antlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*, 211-13.

Öte yandan hangi uluslararası antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu net değildir ve maddi bir değerlendirme yapmayı gerektirir. Uluslararası antlaşma ve kanun hükümleri arasında çatışma olması halinde, uyumsuzluğu çözecek mahkemeler bu konuda yorum yapacaktır¹³¹. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaya dayanarak kurulan ve taraf devletlerin o antlaşmayı uygulamasını gözetten uluslararası mercilerin kararları da millî kanunlarla çatışabilir. Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'ne istinaden kurulan İnsan Hakları Komitesi veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne istinaden kurulan AİHM tarafından yapılan yorumlar, uluslararası antlaşmada belirtilen temel hak ve özgürlüğün kapsamını belirlemektedir. Bu mercilerin yorumları korunan hakkın kendisinden bağımsız düşünülemez¹³². Bu doğrultuda temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmaların nasıl yorumlandığına ilişkin uluslararası komitelerin ve mahkemelerin kararları da MBS'de yayımlanmalıdır. Bahse konu kararların tercümesinin millî ve özerk bir insan hakları kurumu tarafından yapılması öğretide önerilmektedir¹³³.

Uluslararası antlaşmalarda tercüme kalitesinin düşüklüğü de dikkat çekmektedir. Örneğin Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) ile yapılan bir antlaşmada (RG, 22.10.1989, S. 20320) İngilizce *home care* terimi Türkçeye *ev tedavisi* olarak tercüme edilmiştir. Halbuki antlaşmada işaret edilen kavram *evde bakım* hizmetidir, tedavi edici sağlık hizmetlerinden ziyade koruyucu sağlık hizmetlerinden bahsedilmektedir¹³⁴. Buna benzer tercüme hatası ve eksikliğine ilişkin Şirin ve Orcan'ın makalesinde pek çok örnek sunulmaktadır. Tercüme hataları, kural olarak, ülkemizin uluslararası yükümlülüklerini etkilemez¹³⁵ fakat iç hukukta yanlış uygulamalara sebep

¹³¹ Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", 206; Dikmen, *Uluslararası Antlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*, 244-45.

¹³² Dikmen, *Uluslararası Antlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*, 244-47.

¹³³ Şirin ve Orcan, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu," 294.

¹³⁴ Mustafa Çoban, Afsun Ezel Esatoğlu, ve Mustafa Cumhur İzgi, "Türkiye'de evde sağlık ve bakım hizmetleri uygulamalarının mevzuat içindeki tarihsel değişimi," *Türkiye Biyoetik Dergisi* 1, no. 3 (2014): 165.

¹³⁵ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27'nci maddesi uyarınca "*Bir taraf bir antlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz.*" Dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından uluslararası antlaşmayla üstlenilen yükümlülüğün yerine getirilmesi esastır, bkz. Dikmen, *Uluslararası Antlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*, 52-53.

olabilir. Uluslararası mevzuatın doğru biçimde uygulanması, uygulamacıların bu hukuk kurallarının özgün metnine sadık tercümesine erişebilmesini gerektirir¹³⁶.

Uluslararası antlaşmalara ilişkin önemli sorunlardan bir diğeri de yabancı terimler için kullanılan Türkçe karşılıkların tutarsızlığıdır. Örneğin 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun'da (m. 1/1-7) İngilizce adı *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) olan örgütün adı Türkçeye *İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı* şeklinde tercüme edilmiştir. Fakat daha sonraki mevzuatta *İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı* (örneğin 22.10.2019 tarihli ve 7189 sayılı Kanun), *Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü* (örneğin BKK, 7.11.2016, S. 2016/9502; RG, 25.11.2016, S. 29899), *Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı* (örneğin CK, 15.9.2022, S. 6080; RG, 15.9.2022, S. 31954 mükerrer) gibi ilk tercümeyle bağdaşmayan değişik isimler kullanılmıştır.

Ülkemizde uluslararası antlaşmaların tercümesinden sorumlu idare Dışişleri Bakanlığı'dır¹³⁷. Kaliteli ve tutarlı tercümenin sağlanması kolay bir iş değildir. Anayasa'da (m. 148/3) atıf yapılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tercümesi bile sorunludur¹³⁸. Kaliteli tercümenin sağlanması Dışişleri Bakanlığı eşgüdümünde ilgili bakanlıkların ve kamu kurumlarının katılımıyla sürekli bir çaba gerektirmektedir. İdarenin hazırlığının ardından tercüme edilen uluslararası antlaşma metninin, bir de konunun uzmanı akademisyenlerce gözden geçirmesi faydalı olacaktır. Birden fazla resmî dile sahip Belçika, Bosna Hersek, Hollanda, İrlanda, İsviçre ve Kanada gibi ülkelerin veya 24 resmî dile sahip AB'nin tercüme işini yürüttüğü düşünüldüğünde Türkiye'de bu yöndeki çabaların başarıyla sonuçlanması mümkündür.

¹³⁶ Tolga Şirin ve Necdet Umut Orcan, "İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1 (2022): 273-97.

¹³⁷ 24.6.1994 tarihli ve 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 10/c), 7.7.2010 tarihli ve 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 8/1-e), 1 sayılı CBK (önce m. 153/1; sonra m. 141/1-f).

¹³⁸ Tolga Şirin, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 9, no. 1 (2021): 1-64, <https://doi.org/10.26650/JPLC2020-xxxxxx>.

5. İkincil Düzenlemeler Listesi

Anayasa (m. 104/18 ve 124/1), Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kanunların ve CBK'lerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabileceğini düzenlemiştir. İdareler ayrıca kanunla ve CBK'yle düzenlemiş alanlarda usul ve esas, genelge, tebliğ, yönerge gibi değişik adlarla düzenleyici işlemler yapmaktadır. Bir kanuna veya CBK'ye dayanılarak idare tarafından yapılan düzenleyici işlemlerin MBS'de topluca görülebileceği *ikincil düzenlemeler listesi* hazırlanması, kişilerin o konuda uygulanacak mevzuatı topluca görmesini sağlayacaktır. Zaten Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (m. 15/1 ve 24/1-a) uyarınca idarenin düzenleyici işlemlerinin dayanaklarının gösterilmesi mecburidir, dolayısıyla böyle bir liste hazırlamak kolaydır. İlâveten MBS'de bir kanunun belirli bir maddesine dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemeleri arama imkânı sağlanması da kullanıcılara kolaylık sağlayacaktır.

İkincil düzenlemeler listesi, MBS personelinin muhtemel hatalarının da önüne geçecektir. Çünkü böyle bir listenin mevcut olmaması zaman zaman hatalara yol açmaktadır. MBS personelinin özellikle bir kanun yürürlükten kaldırıldığında, o kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan yönetmeliklerin de yürürlükten kaldırılması veya en azından yeni çıkarılan kanunlarla uyumlu olup olmadığının incelenmesi gerekir. Konuyla ilgili bir örnek belediye meclislerinin çalışmasının düzenlenmesi hakkında verilebilir. 1930 yılında 1580 sayılı Belediye Kanunu'na dayanılarak Bakanlar Kurulu kararıyla Belediye Meclislerinin Çalışma Usulüne Dair Belediye Kanununun 59 uncu Maddesine Tefikânı Tanzim Edilen Talimatname (BKK, 10.8.1930, S. 9824; RG, 26.8.1930, S. 1580) yürürlüğe konulmuştu. Aynı konuyu düzenleyen ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Belediye Meclisi Çalışma Yönetmeliği (RG, 9.10.2005, S. 25961) 2005 yılında yayımlanmıştır. Bahse konu Talimatname İçişleri Bakanı tarafından 2005 yılında (RG, 25.11.2005, S. 26004) yürürlükten kaldırılmak istenmiştir, fakat ağır ve bariz yetki tecavüzü içeren bu işlem yok hükmündedir. Talimatname, Belediye Meclisi Çalışma Yönetmeliği yürürlüğe girdikten dokuz yıl sonra, Bakanlar Kurulu tarafından (BKK, 8.9.2014, S. 2014/6781; RG, 30.9.2014, S. 29135) yürürlükten kaldırılmıştır. Talimatname, Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulduğu için normlar hiyerarşisinde daha üsttedir. Bu durumda 2005-2014 yılları arasında belediye meclislerinin çalışmasına ilişkin hangi düzenlemenin geçerli olduğu tartışmaya açıktır.

Bu makalede önerilen ikincil düzenlemeler listesinin benzerleri daha önce idare tarafından yayımlanmıştır. Örneğin bir çerçeve kanun olan 14.4.1941 tarihli ve 3998 sayılı 1580 Numaralı Belediye Kanununa Ek Kanun'un yayımlandığı RG nüshasında (RG, 19.4.1941, S. 4789), müstakil kanun olan 1580 sayılı Belediye Kanunu ve bu kanunda daha önce değişiklik yapan kanunlar, Belediye Kanunu'na ilişkin TBMM tefsirleri ve kararları ile Kanun'a istinaden çıkarılan nizamnameler bir liste halinde yayımlanmıştır.

Uluslararası antlaşmalara dayanılarak veya AB müktesebatına uyum için yürürlüğe konulan kanunlar ve ikincil düzenlemeler de vardır. Bir mevzuatın uluslararası yükümlülüklerden kaynaklandığının MBS'de gayri resmî de olsa belirtilmesi faydalı olacaktır.

İkincil düzenlemelere dair MBS'deki önemli bir eksiklik de kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan ancak adı yönetmelik olmayan idarenin düzenleyici işlemlerinin sadece bir kısmının MBS'de yayımlanmasıdır. Örneğin Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar, bir Bakanlar Kurulu kararıdır (BKK, 6.6.1978, S. 7/15754) ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinin (B) fıkrası uyarınca sözleşme ile çalıştırılan personele dair düzenlemeler içermektedir. Bu düzenleme MBS'de yönetmelikler başlığı altında yayımlanmaktadır. Buna mukabil, bir Bakanlar Kurulu kararı (BKK, 26.4.2011, S. 2011/1807) olan 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar ise MBS'de yoktur. İkinci bir örnek olarak Şehir İçi Raylı Ulaşım Sistemleri, Metrolar ve Bunlarla İlgili Tesislerin Ulaştırma Bakanlığınca Devralınması ve Tamamlanmasını Müteakip Devri ile İlgili Şartların Belirlenmesine İlişkin Karar da (BKK, 25.10.2010, S. 2010/1115) MBS'de yer almamaktadır. Üçüncü örnek olarak 8.1.2002 Tarihli ve 4736 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin Birinci Fıkrası Hükmünden Muaf Tutulacakların Tespitine Dair Karar (BKK, 28.1.2002, S. 2002/3654) da kendisine MBS'de yer bulamamıştır. Sayılan bu dört Bakanlar Kurulu kararı kanunun nasıl uygulanacağını göstermektedir ve aslında yönetmelik olarak yayımlanabilirdi. İkincil düzenlemelerin yönetmelik adını taşıması bunların MBS'de yayımlanmaması sonucuna yol açabilmektedir. Bu sorunun ideal çözümü idarenin düzenleyici işlemlerinin yönetmelik adıyla yayımlanmasıdır ki böylece muhataplarının mevzuata erişimi kolaylaşır; geçici çözüm ise bu tip kararların da MBS'de yer almasıdır.

6. Diğer Hususlar

MBS'nin geliştirilmesi için önemli olan birkaç husus daha önerilebilir:

- Mülga kanunların bir kısmı MBS'de yayımlanmaktadır. Bu uygulama genişletilerek, belirli bir tarihte yürürlükte olan mevzuata erişim kişilerin haklarının korunması açısından (örneğin ceza hükümlerinde lehe kanun uygulaması, kazanılmış hakkın tespiti vb.) gereklidir.
- Türk hukuk tarihinde 1876 Anayasası'yla başlayan 1961 Anayasası'yla son bulan yasama yorumu (teşrii tefsir), kanunlar gibi uyulması zorunlu hukuki düzenlemelerdir¹³⁹. Mülga veya yürürlükteki bir kanun hükmü hakkındaki yasama yorumları MBS'ye eklenebilir.
- Belediyeler ve il özel idarelerince çıkarılan ve yerel hizmetlere ilişkin pek çok konuyu düzenleyen yönetmelikler RG'de yayımlanmamaktadır. Bu yönetmeliklerin RG'ye benzer bir Yerel Yönetimler Bülteni'nde yayımlanması ve MBS'ye benzer bir Yerel Yönetim Mevzuatı Bilgi Sistemi kurularak birleştirilmiş yerel yönetim mevzuatına erişimin kolaylaştırılması öğretide önerilmiştir¹⁴⁰. Bunun yerine yerel yönetimlerce çıkarılan yönetmeliklerin MBS'de yayımlanması da düşünülebilir.
- AB, ortalama vatandaşların anlayacağı biçimde AB mevzuatının (tüzükler, yönergeler, kararlar, uluslararası antlaşmalar) özetlerini yayımlamaktadır¹⁴¹. MBS'de (geçmişe yönelik olmasa bile) yeni yürürlüğe konulan müstakil ve çerçeve mevzuatın vatandaş özetlerinin yayımlanması faydalı olacaktır¹⁴².

¹³⁹ Şeref İba, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama Tefsiri," *Ombudsman Akademik* 9, no. 17 (2023): 43-62.

¹⁴⁰ Ahmet Alptekin Duru, "Yerel Yönetimlerce Çıkarılan Yönetmeliklerin Yayım ve Kalite Sorunu," *Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Kongresi: Krizler, Belirsizlikler ve Arayışlar Özel Sayısı (2021): 147-78, <https://doi.org/10.33399/biibfad.1029309>.

¹⁴¹ "Summaries of EU Legislation-EUR-Lex," erişim 07 Eylül 2024, <https://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html>.

¹⁴² Buna benzer akademik yayınlar mevcuttur, örneğin Yasin Söyler ve Muhammet Atabey, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Külliyyatı Özeti (09.07.2018 - 03.03.2023)* (Ankara: Adalet Yayınları, 2023).

- Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, mevzuat taslağının mevcut düzenlemeyle karşılaştırılmasına ilişkin karşılaştırma cetveli hazırlanmasını zorunlu tutmaktadır. Bu uygulama kanunlar ve CBK'leri de kapsayacak şekilde genişletilerek, bir mevzuat yayımlandığında, eski ve yeni hükümleri içeren karşılaştırma cetvelinin MBS'de yer alması, hukuk kurallarındaki değişikliğin anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.
- TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi¹⁴³ kanun metinleri, gerekçeleri, komisyon raporu ile genel kurul görüşme tutanaklarını yayımlamaktadır. Ayrıca Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Genel Müdürlüğü tarafından UYAP Mevzuat Programı¹⁴⁴ ile kanun ve emsal mahkeme içtihatlarını yayımlamaktadır. Kamu kaynağını tutumlu kullanmak adına bu çalışmaların MBS'de birleştirilmesi faydalı olacaktır.

SONUÇ

Modern devletlerde mevzuatın kapsamı ve hacmi artma eğilimindedir. RG'de yayımlanarak yürürlüğe konulan, değiştirilen veya yürürlükten kaldırılan mevzuat hakkında kişilerin bilgi sahibi olduğu varsayılmaktadır. Bu kesin karine, hukuk sisteminin işleyişine hizmet etmektedir fakat pratikte gerek kanun koyucunun gerek idarenin ve gerekse kişilerin yürürlükte olan mevzuatı RG üzerinden belirlemesi çok zordur. Bu bakımdan MBS, mevzuatı herkesin erişimine sunarak çok önemli bir işlev üstlenmektedir.

Hukuk devletin bir unsuru olan hukuki belirlilik ilkesiyle mevzuata erişebilme arasında yakın bir ilişki vardır. Hukuki belirlilik ilkesi hukuk kurallarının bilinmesini, anlaşılmasını ve uygulanabilir olmasını gerektirir. Mevzuata erişim, hukuki belirliliğin nesnel boyutudur. AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre, kişiler belirli bir olaya veya eyleme uygulanabilecek kurallar hakkında yeterli bilgiye erişebilmelidir. OECD ve Venedik Komisyonu da mevzuata erişimi hukuki belirliliğin gerekleri arasında saymaktadır.

Makalede yapılan çözümlemeler sonucunda MBS'nin işlevselliğini artırmak üzere üç öneri geliştirilmiştir: (i) Mevzuat yapım tekniği ve

¹⁴³ <https://www.tbmm.gov.tr/kanun-ve-karar-bilgi-sistemi>

¹⁴⁴ <https://mevzuat.adalet.gov.tr/>

mevzuatın biçimsel yapısı bir kanunla düzenlenmelidir. (ii) MBS'ye hukuki geçerlik tanınmalıdır. (iii) MBS mevzuat gerekçelerini, uluslararası antlaşmaları, yüksek mahkemelerin iptal ve içtihadı birleştirme kararlarını kapsayacak biçimde geliştirilmelidir.

Kanunların biçimsel yapısının bir kanunla düzenlenmesi uygun olacaktır. Kanunlar için getirilen biçimsel kuralların, CBK ve idari düzenlemeler için de uygulanması yeknesaklığı sağlayacaktır.

MBS'ye hukuki geçerlik tanınmalıdır. Halihazırda sadece RG'de yayımlanan mevzuat hukuken geçerlidir. Fakat bu yeterli değildir çünkü kişilerin yürürlükteki mevzuatı RG'den tespit etmesi neredeyse imkansızdır. Tabi olduğu kuralların neler olduğunu bilemeyecek kişilerden kurallara uymasını beklemek doğru değildir. Keza hukuki belirlilik ilkesi kişilerin mevzuata erişmesini gerektirmektedir. Günümüzdeki teknik imkanlar sayesinde MBS oldukça başarılı biçimde yürürlükteki mevzuatı İnternet üzerinden yayımlamaktadır. MBS'ye hukuki geçerlik tanınması, kişilerin hukuk sistemine olan güvenini artıracaktır. MBS'de yayımlanma, mevzuatın yürürlüğe girme şartı olarak düzenlenmelidir.

Son olarak, MBS mevzuat gerekçelerini, uluslararası antlaşmaları, yüksek mahkemelerin iptal ve içtihadı birleştirme kararlarını kapsayacak biçimde geliştirilmelidir. Hukuki belirlilik ilkesinin gerektirdiği biçimde MBS'nin içeriğinin geliştirilmesi parlamentonun, idarenin ve yüksek mahkemelerin işbirliğinde dijitalleştirme, teknik standardizasyon ve dış paydaşlarla iletişimi içeren bir dizi faaliyeti gerektirmektedir. Gelişmiş ülkelerdeki RG yayımcıları, geleneksel yayımcı rolünden uzmanlaşmış bilgi yönetimi kurumlarına doğru ilerlemektedir. Yasal netlik ve kesinlik içinde bilgiyi dönüştüren, bulunmasını ve değişimini kolaylaştıran ve gelecek nesiller için korunmasını sağlayan açık veri kaynağına dönüşmektedir¹⁴⁵. Ülkemizin de bu istikamette yol alması zamanın ruhunun gereğidir. MBS'nin kapsamının genişletilmesi karmaşık ve kullanıcıları yorabilecek bir arayüz anlamına gelecektir. Diğer yandan sadece yürürlükteki mevzuatı içeren basit bir MBS sürümü hazırlanması bu sakıncayı ortadan kaldıracaktır.

Bu makalede önerildiği şekliyle MBS'de yapılacak değişiklikler hukuki belirliliğin yanında devletin saydamlığını, demokratik sistemin meşruiyetini ve vatandaşların devlete güvenini de artıracaktır.

¹⁴⁵ R Strohmeier, *Can official publishers win the trust of citizens?* (Publications Office of the European Union, 2016), <https://doi.org/10.2830/992659>.

Ek tablo**BİRKAÇ DEFA YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN KANUNLAR**

Sayı	Yürürlükten kaldırılan kanun	Sayı	Yürürlükten kaldıran kanunlar
6326	Petrol Kanunu	6491	Türk Petrol Kanunu
		2942	Kamulaştırma Kanunu
4040	Fevkalade Vaziyet Dolayısıyla Bazı Vergi ve Resimlere Zam İcrasına Dair Olan 3828 Numaralı Kanuna Ek Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		6802	Gider Vergileri Kanunu
		4223	Kahve ve Çay İhisarı Kanunu
748	Emvali Milliye ve Metrukeden veya Mazbut Vakıflardan, Bazı Müessesat ile Belediyelere Satılabilecek Arazi ve Arsalar Hakkında Kanun	5737	Vakıflar Kanunu
		5637	Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun
2061	Türkiye Afyon Yetiştiriciler Birliği Hakkında Kanun	3298	Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun
		2253	Uyuşturucu Maddeler İhisarı Hakkında Kanun
78	1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununun 40 ve 43 Üncü Maddelerinin Tadiline Dair Kanun	353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
		127	Askeri Yargıtay Kuruluşu Hakkında Kanun
112	23 Nisanın Milli Bayram Addine Dair Kanun	2739	Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun
		3806	Onüç İlçe ve İki İl Kurulması Hakkında Kanun
5518	İş Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun	275	Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
		1475	İş Kanunu
907	Tütün İdarei Muvakkatesi ve Sigara Kağıdı İhisarı Kanunu Hakkındaki 26/2/1341 Tarih Ve 558 Numaralı Kanuna Müzeyyel Kanun	3437	Tütün ve Tütün İhisarı Kanunu
		1499	Gümrük Tarifesi Kanunu
141	Bursa Merkez İlçesindeki Gedik ve Zeminlerin Tasfiyesine Dair Kanun	3194	İmar Kanunu
		2805	İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Olarak Yapılan Yapılara Uygulanacak İşlemler Ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun
132	Kıtaatı Askeriyeden Elbise Ve Teçhizatı Askeriyeleriyle Firar Eden Efradın Zaman İle Mükellefiyeti Hakkında Kanun	1631	Askeri Muhakeme Usulü Kanunu
		353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
5464	Hukuk Usulü Muhakemeleri Hakkındaki 1086 Sayılı Kanunun 81 ve 427 nci Maddeleriyle Aynı Kanunun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

	2606 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş Olan 8 ve 438 inci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun		
2514	Divanı Muhasebat Kanunu	5637	Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun
		832	Sayıştay Kanunu
3828	Fevkalade Vaziyet Dolayısıyla Bazı Vergi ve Resimlere Zam İcrasına ve Bazı Maddelerin Mükellefiyet Mevzuuna Alınmasına Dair Kanun	4223	Kahve ve Çay İnhisarı Kanunu
		6802	Gider Vergileri Kanunu
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
1455	Askeri Memurlar Hakkında Kanun	926	Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu
		6801	Askeri Memurların Subaylığa Nakilleri Hakkında Kanun
5524	Tescil Edilmeyen Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline ve Gizli Kalmış Nüfus Vakalarının Cezasız Olarak Kaydına Dair Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		1587	Nüfus Kanunu
655	Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu	5373	Esnaf Dernekleri ve Esnaf Dernekleri Birlikleri Hakkında Kanun
		5590	Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanunu
3518	Matbuat Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun	3552	Büyük Millet Meclisi Memurlarının Teşkilatı Hakkında Kanun
		5680	Basın Kanunu
237	Divanı Temyizi Askeri Teşkiline Dair Kanun	353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
		1631	Askeri Muhakeme Usulü Kanunu
4750	Bütçe Yılına Değiştirilmesi Üzerine, Kazanç, Hayvanlar, Muamele ve Bina Vergileri Kanunlarında Değişiklik Yapılması ve Bunlara Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun	6802	Gider Vergileri Kanunu
		193	Gelir Vergisi Kanunu (GVK)
789	Maarif Teşkilatına Dair Kanun	2287	Maarif Vekaleti Merkez Teşkilatı ve Vazifeleri Hakkında Kanun
		3797	Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
1416	Harcırah Kanununa Ek Kanun	1309	Devlet Opera ve Balesi Personeli Hakkında Kanun
		2562	6245 Sayılı Harcırah Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

587	22/10/1339 Tarih ve 360 Numaralı Berri, Bahri Havai ve Jandarma Erkan, Ümera ve Zabitan ve Memurin Ve Mensubini Askeriye Maaşat Ve Tahsisatı Fevkaladeleri Hakkında Kanuna Müzeyyel Kanun	1455	Askeri Memurlar Hakkında Kanun
		1453	Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanun
752	Ziraat Makinalarinde ve Ziraatte İstimal Olunan Mevaddı Müştaiile ve Muharrike İle Müstahzaratı Kimyeviyenin Rüşumu Hakkında Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		1756	Ziraatte Kullanılan Bazı Maddelerin Gümrük Resminden Muafiyeti Hakkında Kanun
575	Damga ve Tuz Resimlerinin Tezyidine ve Pamuk ve Yünmensucattan İstihlak Resmi Alınmasına Dair Kanun	3078	Tuz Kanunu
		1499	Gümrük Tarifesi Kanunu
228	Cemiyetler Kanununa Ek 8 Sayılı Kanunun 1 İnci Maddesinin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun	1630	Dernekler Kanunu
		648	Siyasi Partiler Kanunu
885	İşkân Kanunu	1499	Gümrük Tarifesi Kanunu
		2510	İşkân Kanunu
1718	Dahili İstihlak Vergisi Hakkında Kanun	6802	Gider Vergileri Kanunu
		2448	Dahili İstihlak Vergisi Kanununa Müzeyyel Kanun
1095	Samsun Limanının İnşası Hakkındaki 25/12/1926 Tarihli Kanunu Muaddil Kanun	1482	Demiryolları ve Limanları İle Su İşleri İçin 240 Milyon Liralık Tahsisat İtasına Ve Bu Miktarı Kadar Taahhüdât İcrasına Dair Kanun
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
6298	İş Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun	1475	İş Kanunu
		275	Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
1716	Umumi veya Mülhak Bütçeden Mübayaa Olunacak Otomobiller Hakkında Kanun	2708	Deniz Yolları ve A.K.A.Y. İşletme İdarelerinin Yapıtacağı Gemiler İçin 10.000.000 Liralık Tahsisat Verilmesi Hakkında Kanun
		3827	Nakil Vasıtaları Hakkında Kanun
1200	Ticaret ve Ziraat Vekaletlerinin Tevhidi ile İktisat Vekaleti Teşkilî Hakkında Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		1910	Ziraat Vekaleti Teşkiline Dair Kanun
3045	Cumhurbaşkanlığı Filarmonik Orkestrası Teşkilat ve Orkestra Mensuplarının Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun	6940	Riyaseticumhur Senfoni Orkestrasının Kuruluşu Hakkında Kanun
		5441	Devlet Tiyatroları Personeli Hakkında Kanun

1845	Nakliye Vasıtaları Hakkındaki Kanuna Merbut Cetvelin Tadiline Dair Kanun	3827	Nakil Vasıtaları Hakkında Kanun
		2708	Deniz Yolları ve A.K.A.Y. İşletme İdarelerinin Yapıtacağı Gemiler İçin 10.000.000 Liralık Tahsisat Verilmesi Hakkında Kanun
1172	Posta Kanunu ile Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun	5584	Posta Kanunu
		2722	406 Numara ve 4/2/1340 Tarihli Telgraf ve Telefon Kanuna Müzeyyel Kanun
1905	22 Ocak 1962 Tarih ve 1 Sayılı Yasanın Değişik 1 İnci Maddesinin Değiştirilmesine Ait Yasa	3053	Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek ve Yollukları Hakkında Kanun
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
336	İhtiyacatı Umumiye İçin Celb Olunacak Madeni Boruların Gümrük Resminden Muafiyeti Hakkında Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		2268	Umumi İhtiyacat İçin Hariçten Getirilecek Madeni Su Borularıyla Aksam ve Teferruatından Gümrük Resmi Alınmamasına Dair Kanun
2576	Gizli Nüfusların Yazımı Hakkında Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		1587	Nüfus Kanunu
226	Harcırah Kanunundaki Bazı Unvanların Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Yeni Hükümler İlavesi Hakkında Kanun	1309	Devlet Opera ve Balesi Personeli Hakkında Kanun
		2562	6245 Sayılı Harcırah Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
1781	2 Mart 1972 Gün ve 1569 Sayılı Kanunla 1973 Yılına Ertelenmiş Bulunan Mahalli İdare Seçimlerinin Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		2033	1977 Yılı Haziran Ayında Yapılacak Olan Mahalli İdare Seçimlerinin 11 Aralık 1977 Tarihinde Yapılması Hakkında Kanun
628	Cumhuriyetin İlanına Müsadif 29 Teşrinievvel Gününün Milli Bayram Addi Hakkında Kanun	3806	Onüç İlçe ve İki İl Kurulması Hakkında Kanun
		2739	Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun
3459	Müze ve Rasathane Teşkilat Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		3656	Devlet Memurları Aylıklarının Tevhir ve Teadülü Hakkında Kanun
1061	24/3/1341 Tarih ve 587 Numaralı Kanuna Müzeyyel Kanun	1453	Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanun
		1455	Askeri Memurlar Hakkında Kanun
4727	Tescil Edilmeyen Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline ve Gizli Kalmış Nüfus Vak'alarının Cezasız Olarak Kaydına Dair Kanun	1587	Nüfus Kanunu
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun

3718	Sümerbank Sermayesine 19 Milyon 500 Bin Lira İlavesine ve 2262 Sayılı Kanunda Bazı Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	6606	2262 Sayılı Sümerbank Kanununun 4852 Sayılı Kanunla Değiştirilen 4 üncü Maddesinin Tadili Hakkında Kanun
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
8	3512 Sayılı Cemiyetler Kanununa Ek Geçici Kanun	1630	Dernekler Kanunu
		648	Siyasi Partiler Kanunu
6016	Askeri Memurlar Kanununun 8 İnci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun	926	Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu
		6801	Askeri Memurların Subaylığa Nakilleri Hakkında Kanun
1511	Harcırah Kanununa Ek Kanun	1309	Devlet Opera ve Balesi Personeli Hakkında Kanun
		2562	6245 Sayılı Harcırah Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
140	Türk Vatandaşlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Dilekçeyle Başvuruları ve Dilekçelerin İncelenmesi ile Karara Bağlanması Düzenlenmesine Dair Kanun	5637	Uygulanma İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun
		3071	Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun
119	13/6/1946 Tarih ve 4936 Sayılı Üniversiteler Kanununun 115 Sayılı Kanunla Değiştirilen 38 İnci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun	1750	Üniversiteler Kanunu
		1187	4936 Sayılı Üniversiteler Kanununun 27/10/1960 Tarih ve 115 Sayılı Kanunla Değiştirilen 32 Ve 38 İnci Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına, Bir Ek Ve İki Geçici Madde İlavesine Ve 7163 Sayılı Kanunun 19 Uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun
658	Kadastro Kanunu	1581	Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
362	12 Rebiülevvel Gecesiyle Gününün Milli Bayram Addine Dair Kanun	3806	Onüç İlçe ve İki İl Kurulması Hakkında Kanun
		2739	Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun
1401	28/4/1304 Tarihli Alameti Farika Nizamnamesine Müzeyyel Kanun	551	Markalar Kanunu
		6591	28 Nisan 1304 Tarihli Alameti Farika Nizamnamesine Ek Kanun
2731	Bazı Maddelerden İstihlak Vergisi Alınması Hakkında Kanun	4939	Muamele Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına ve 2731 Sayılı Kanun Ve Ekleri Gereğince Bazı Maddelerde Alınan İstihlak Vergisinin Muamele Vergisi İle Birleştirilmesine Dair Kanun
		4223	Kahve ve Çay İnhisarı Kanunu
2523	Divanı Muhasebat Kadrosu Hakkında Kanun	3395	Milli Müdafaa İhtiyaçları İçin 125,5 Milyon Liraya Kadar Taahhüde Girişilmesine Dair Kanun
		3397	Divanı Muhasebat Teşkilat Kanunu
439	Orta Tedrisat Muallimleri Kanunu	1702	İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun

		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
1711	Tasarruf Sandıkları Hakkında Kanun	5637	Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun
		7129	Bankalar Kanunu
35	Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	6456	Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
		3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
6652	Tescil Edilmeyen Birleşmeler ile Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun	3488	Uygulanma İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun
		1587	Nüfus Kanunu
1871	14/6/1930 Tarihli ve 1718 Numaralı Dahili İstihlak Vergisi Kanununun 2 nci Maddesine Bir Fıkra ile Müstakil Bazı Maddelerin İlavesine Dair Kanun	2414	Dahili İstihlak Vergisi Hakkındaki 1718 Numaralı Kanunu Muaddil Kanun
		6802	Gider Vergileri Kanunu
795	Zafer Bayramı Kanunu	3806	Onüç İlçe ve İki İl Kurulması Hakkında Kanun
		2739	Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun
	6 Teşrinievvel 1332 Tarihli Divanı Temyizi Askeri Hakkındaki Kanunu Muvakkat	353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
		1631	Askeri Muhakeme Usulü Kanunu
	İnhisarı Duhan Kanunu	3437	Tütün ve Tütün İnhisarı Kanunu
		1701	Tütün İnhisarı Kanunu

Not: Tablodaki veriler Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı'nın Elektronik Kamu Bilgi Yönetim Sistemi (KAYSİS) ekibi tarafından KAYSİS'in alt modüllerinden olan Kamu Mevzuat Sistemi (KMS) çalışmaları sırasında 2014 yılında oluşturulmuştur. Verileri paylaşan Sadettin Kaya'ya teşekkür ederim.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. “Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”. *Amme İdaresi Dergisi* 15, no. 2 (1982): 7-19.
- Antalya, Osman Gökhan. *Hukuk Teorisi Cilt: 1. 2. bs.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Aquinas, Saint Thomas. *Summa Theologica*. Christian Classics Ethereal Library, 1273. <https://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>.
- Araç, İbrahim, ve Şeref İba. “Türkiye’de yasa önerisi hazırlama ve norm koyma tekniği ve yasamacı mesleğinin nitelikleri üzerine”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 58, no. 3 (2003). <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/36169>.
- Aristoteles. *Metafizik*. Çeviren Ahmet Arslan. 3. bs. İstanbul: Divan Kitap, 2021.
- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği. “Legislation”. İçinde *Avrupa Birliği Terimleri Sözlüğü (Türkçe-İngilizce)*. Ankara: Matus Basımevi, 2009. https://www.ab.gov.tr/files/Sozluk/glossary_for_the_european_union.pdf.
- Aybay, Rona. “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: ‘Ön-Denetim’”. *Mülkiye Dergisi* 32, no. 258 (2008): 17-47.
- . “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”. *TBB Dergisi*, no. 70 (2007): 187-213.
- Bailey, Gilbert. “The Promulgation of Law”. *American Political Science Review* 35, no. 6 (Aralık 1941): 1059-84. <https://doi.org/10.2307/1950547>.
- Bakırcı, Fahri. “Kod Yasa-Çerçeve Yasa Ayrımı Üzerine”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 3 (2005): 2-19. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000393.
- Baldwin, Robert, Martin Cave, ve Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, 2011. <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001>.
- Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü. “Dünden Bugüne Başbakanlık (1920-2014)”. Ankara, 2014. https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/genel-mudurluk-yayinlar/basbakanlik__tarihi.pdf.
- Başlar, Kemal. “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 24, no. 1-2 (2004): 279-336.
- Bayram, Erdin. “Kanun Sistematiğinde ‘Madde’”. *Yasama Dergisi*, no. 8 (2008): 22-43.

- Bilir, Faruk. “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2005): 77-107.
- Birkinshaw, Patrick. “Transparency as a Human Right”. İçinde *Transparency: The Key to Better Governance?*, editör Christopher Hood ve David Heald, 0. British Academy, 2006. <https://doi.org/10.5871/bacad/9780197263839.003.0003>.
- Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi. “Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi ve İstanbul Bildirgesinin Etkili Biçimde Uygulanması İçin Tedbirler”. Ankara: T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2020.
- Braithwaite, John. “Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty”. *Australian Journal of Legal Philosophy* 27 (2002): 47-82.
- Canpolat, Önder. *Hukuki düzenleme tekniği, düzenleyici etki analizi (DEA) ve yasa yapım süreci*. Adalet Yayınevi, 2010.
- Cilavdaroğlu, Ahmet A. “Türkiye’de Parlamenter Sistemde Düzenleyici Etki Analizi Uygulamaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki Geleceği”. *Akdeniz İİBF Dergisi* 19, no. 2 (2019): 273-98. <https://doi.org/10.25294/auibfd.543077>.
- Cumhurbaşkanlığı. “Mevzuat Bilgi Sistemi”, 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/hakkimizda>.
- Çağlar, Selda. *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013.
- Çaptuğ, Mehpare. “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 17 (2021): 133-60. <https://doi.org/10.18771/mdergi.957891>.
- Çoban, Mustafa, Afsun Ezel Esatoğlu, ve Mustafa Cumhur İzgi. “Türkiye’de evde sağlık ve bakım hizmetleri uygulamalarının mevzuat içindeki tarihsel değişimi”. *Türkiye Biyoetik Dergisi* 1, no. 3 (2014): 154-76.
- Dâver, Bülent. “Kanunla İlgili Meseleler”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 16, no. 4 (1961): 217-46. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000805.
- Devellioğlu, Ferit. “Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat”. İçinde *Mevzuat, Vaz*, 637, 1140. Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2003.
- Dikmen, Pınar. *Uluslararası Andlaşmaların Anayasaya Uygunluk Denetimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Dinçer, Güven. “Kanunlarımız ve Kanunlarımızın Yeniden Derlenmesi ve Düzenlenmesi”. İçinde *Hukukta Siberetik ve Bilgisayar Kullanımı Semineri*, 180-97. Ankara: Milli Prodüktivite Merkezi, 1975.

Doğan, D. Mehmet. “Büyük Türkçe Sözlük”. İçinde *Mevzuat*, 910. Ankara: Vadi Yayınları, 2003.

Donelan, Edward. *Regulatory Governance: Policy Making, Legislative Drafting and Law Reform*. Palgrave Macmillan, 2022.

DPT. *Kanunların ayıklanması derlenmesi ve yürürlükte olanların tesbiti hakkında ülkemizde yapılan çalışmalar*. T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, 1983.

———. *Türk Mevzuatının Yeniden Düzenlenmesi İle İlgili İlkeler Öneriler*. Ankara: T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, 1983.

Duru, Ahmet Alptekin. “Yerel Yönetimlerce Çıkarılan Yönetmeliklerin Yayım ve Kalite Sorunu”. *Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, no. Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Kongresi: Krizler, Belirsizlikler ve Arayışlar Özel Sayısı (2021): 147-78. <https://doi.org/10.33399/biibfad.1029309>.

E.2015/41, K.2017/98, RG 3.8.2017 – 30143 (Anayasa Mahkemesi 2017).

E.2017/156, K.2019/37, RG 25.7.2019 – 30842 (Anayasa Mahkemesi 2019).

E.2017/162, K.2018/100, RG 3.1.2019 – 30644 (Anayasa Mahkemesi 2018).

E.2018/31, K. 2020/38, RG 11.11.2020 – 31301 (Anayasa Mahkemesi 2020).

E.2018/88, K.2020/24, RG 22.7.2020 – 31193 (Anayasa Mahkemesi 2020).

E.2018/127, K.2021/18, RG 17.6.2021 – 31514 (Anayasa Mahkemesi 2021).

E.2019/13, K.2021/31, RG 2.7.2021 – 31529 (Anayasa Mahkemesi 2021).

E.2019/31, K. 2020/5, RG 13.5.2020 – 31126 (Anayasa Mahkemesi 2020).

E.2020/1, K. 2020/63, RG 1.12.2020 – 31321 (Anayasa Mahkemesi 2020).

E.2022/47, K. 2023/124, RG 27.9.2023 – 32322 (Anayasa Mahkemesi 2023).

E.2022/50, K. 2022/107, RG 27.12.2022 – 32056 (Anayasa Mahkemesi 2022).

E.2022/98, K. 2022/150, RG 3.3.2023 – 32121 (Anayasa Mahkemesi 2022).

E.2022/110, K. 2023/115, RG 19.9.2023 – 32314 (Anayasa Mahkemesi 2023).

E.2022/115, K. 2023/52, RG 27.9.2023 – 32322 (Anayasa Mahkemesi 2023).

E.2023/81, K.2023/184, RG 21.12.2023 – 32406 (Anayasa Mahkemesi 2023).

E.2023/127, K.2024/105, RG 5.7.2024 – 32593 (Anayasa Mahkemesi 2024).

E.2023/129, K.2023/206, RG 19.1.2024 – 32434 (Anayasa Mahkemesi 2023).

E.2023/162, K.2024/20, RG 3.4.2024 – 32509 (Anayasa Mahkemesi 2024).

- Eder-Rieder, Maria. “Avusturya’da Kanunla Düzenlemelerin Tasarımı İçin Hukuki Kurallar”. İçinde *Karşılaştırmalı Hukukta Yasa Yapma Tekniği*, editör Yener Üner, 299-334. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/545.pdf>.
- Ekici, Birol. *Düzenleyici etki analizi: kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenlemelerde uygulanması*. Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı yayınları. Gaziosmanpaşa, Ankara: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, 2006.
- Em, Ali. *Kanunların ve idari düzenleyici tasarrufların yapım tekniği*. Turhan Kitabevi, 2003.
- Esen Arnwine, Selin, ve Bahadır Yeşilırmak. “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Torba Kanun”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 2 (2023): 643-90. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1280579>.
- EU. “Codification”. European Union - EUR-Lex, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/codification.html>.
- . “Consolidation”. European Union - EUR-Lex, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/consolidation.html>.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven: Yale University Press, 1969.
- Garner, Bryan A., ed. *Black’s Law Dictionary*. 8. bs. St. Paul, MN: Thomson West, 2004.
- Göktürk, Hüseyin Avni. “Kanunlarımızın Yayım Vasıtalarında Ahenksizlik”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 1, no. 3 (1943): 437-49. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000052.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. 4. bs. Bursa: Ekin, 2021.
- . “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: Isdar”. İçinde *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, 2:897-950. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2013.
- Gözler, Kemal, ve Gürsel Kaplan. *İdare Hukuku Dersleri*. 23. bs. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2021.
- Gözübüyük, A. Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. 32. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Gülçür, Abdulkadir. “AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 1 (18 Temmuz 2018): 149-75. <https://doi.org/10.33433/maruhad.445662>.

- Hirş, Ernst Eduard. “Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1 (01 Mart 1944): 19-61. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000045.
- İba, Şeref. “Karşılaştırmalı Bir Parlamento Hukuku Analizi: ‘Torba Kanun’ Nedir, Ne Değildir?” *Adalet Dergisi*, no. 72 (2024): 65-84.
- . “Türk Parlamento Hukukunda Yasama Tefsiri”. *Ombudsman Akademik* 9, no. 17 (2023): 43-62.
- . “Ülkemizde ‘torba kanun’ ve ‘temel kanun’ uygulamaları”. *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2011): 197-202.
- İlkorkor, Yunus Emre, ve Efsun Güneri. “Takvim-i Vekayi’den Resmî Gazete’nin Mobil Uygulamasına: İkinci Asrına Yaklaşırken Resmî Gazeteciliğimizin Gelişimi”. *Adalet Dergisi*, no. 72 (2024): 375-429. <https://doi.org/10.57083/adaletdergisi.1484045>.
- Jamar, Steven D. “The Human Right of Access to Legal Information: Using Technology To Advance Transparency and the Rule of Law”. *Global Jurist Topics* 1, no. 2 (2001). <https://doi.org/10.2202/1535-167X.1032>.
- “Kanun”. İçinde *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 24:323-24. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2001. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kanun--hukuk>.
- Kaplan, İbrahim. “Kanun Yapma San’atı ve Tekniği”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 47, no. 1 (1992): 99-101. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001539.
- Köksal, Aydın. “Hukukta Bilgisayar Kullanımı, Kazanılabacaklar, Yitirilecekler, Etkileşmeler”. İçinde *Hukukta Sibernetik ve Bilgisayar Kullanımı Semineri*, 331-48. Ankara: Milli Prodüktivite Merkezi, 1975.
- La République française. “Légifrance - Le service public de la diffusion du droit”, 2024. <https://www.legifrance.gouv.fr/>.
- Légifrance. “Guide de légistique”. Erişim 23 Temmuz 2024. <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/autour-de-la-loi/guide-de-legistique>.
- Legislative Services Branch. “Consolidated Federal Laws of Canada, Consolidated Acts”. Government of Canada Justice Law Website, 2024. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/ImportantNote/>.
- Leonhard, Rudolf. “The Vocation of America for the Science of Roman Law”, 1913.
- Martin, E. A. *Oxford Dictionary of Law*. 5. bs. Oxford Paperback Reference. Oxford [England]: Oxford University Press, 2003.
- Maxeiner, James R. “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy”. *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15, no. 2 (2007 2006): 541-608.

- Maxeiner, James R. “Legal Indeterminacy Made in America: U.S. Legal Methods and the Rule of Law” 41, no. 2 (2007).
- McKean, Frederick. “The Presumption of Legal Knowledge”. *Washington University Law Review* 12, no. 2 (1927): 96-107.
- Merdanoğlu, Hüsnü. “Hukuk Metinlerimizin Sorunları ve Çözüm Yolları”. *Amme İdaresi Dergisi* 27, no. 1 (1994): 107-27.
- Mevzuat Bilgi Sistemi. “25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu”. Erişim 09 Eylül 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4342&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.
- Mevzuat Bilgi Sistemi. “Mevzuat Külliyatı Araştırma Kılavuzu”. Erişim 23 Temmuz 2024. <https://www.mevzuat.gov.tr/hakkimizda>.
- Mommers, Laurens. “Access to Law in Europe”. İçinde *Innovating Government: Normative, Policy and Technological Dimensions of Modern Government*, editör Simone van der Hof ve Marga M. Groothuis, 383-98. The Hague, The Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2011. https://doi.org/10.1007/978-90-6704-731-9_21.
- Narinen v. Finland, No. 45027/98 (ECtHR 01 Haziran 2004).
- Narmanlıoğlu, Ünal. “Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması”. İçinde *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, 93-118. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001.
- Neziroğlu, İrfan, ve Fahri Bakırcı, ed. *Kanun Yapım Süreci Sempozyumu*. Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2011. <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/d860a20b-d9d8-4289-bb9e-f16a72cfeffd.pdf>.
- OECD. “Kamu Yönetimi İlkeleri”. Paris, 2023. <https://www.sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2023-edition-TUR.pdf>.
- Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives. “Positive Law Codification”, 2024. <https://uscode.house.gov/codification/legislation.shtml;jsessionid=D0CE744E5E463C3C74564D852EAD4F50>.
- Ormanoğlu Duranlıoğlu, Hatice Derya. “Devlet Başkanının Kanunları Geri Gönderme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yetkinin Değişen Niteliği”. *Adalet Dergisi* 2, no. 73 (2024): 403-24. <https://doi.org/10.57083/adaletdergisi.1573553>.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku: 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş*. 18. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

Özdemir, Birol. “Mevzuatı Muhafazadan Mevzuat Yönetimine”. *Yasama Dergisi*, no. 15 (2010): 49-64.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 15. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Özkul, Fatih. “Güncel Gelişmeler Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Türk Hukuk Sistemindeki Önemi ve Kararlarının Bağlayıcı Olma Zorunluluğu Üzerine Bir Değerlendirme”. *Yaşar Hukuk Dergisi* 6, no. 2 (2024): 235-88.

Popelier, Patricia. “Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker”. *Legisprudence* 2, no. 1 (2008): 47-66. <https://doi.org/10.1080/17521467.2008.11424673>.

———. “Legal Certainty and Principles of Proper Law Making”. *European Journal of Law Reform* 2, no. 3 (2000): 321-42.

“Recommendation of the Council on Access to Justice and People-Centred Justice Systems”. OECD Legal Instruments, 12 Temmuz 2023. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0498>.

Savcı, Bahri. “‘Kanun Tekniği ile İlgili Meseleler’ Üzerinde Bir Seminer”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 16, no. 4 (1961): 205-15. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000797.

Savigny, Friedrich Karl von. *System of the Modern Roman Law*. Çeviren William Holloway. C. 1. Madras: J. Higginbotham, 1867.

Saymen, Ferit. “Matlablar Kanun Mudur?” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10, no. 3-4 (1945): 565-78.

Senato della Repubblica. “Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi”. Erişim 22 Temmuz 2024. <https://www.senato.it/istituzione/redazione-dei-testi-legislativi>.

Sılay, Yunus Emre, Yunus Emre İlkorkor, Efsun Güneri, Muhammed Enes Akkuş, Vahap Sayın, Selim Ümit, ve Adem Sağlık, ed. *İstiklal Harbi Döneminde Resmî Gazete’de Yayımlanmayan 205 Kanun*. 1. baskı. Ankara: Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, 2020.

Söyler, Yasin. “Karşılaştırmalı Hukukta Resmî Gazeteler ve Hukuki Güvenlik İlkesi”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2016): 107-34.

———. *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.

Söyler, Yasin, ve Muhammet Atabey. *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Külliyyatı Özeti (09.07.2018 - 03.03.2023)*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.

Strohmeier, R. *Can official publishers win the trust of citizens?* Publications Office of the European Union, 2016. <https://doi.org/10.2830/992659>.

———. *The contribution of official gazettes to the creation of a European legal space*. Publications Office of the European Union, 2019. <https://doi.org/doi/10.2830/60908>.

“Summaries of EU Legislation - EUR-Lex”. Erişim 07 Eylül 2024. <https://eur-lex.europa.eu/browse/summaries.html>.

Şirin, Tolga. “İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme’nin Türkçe Çevirisi Sorunu”. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 9, no. 1 (2021): 1-64. <https://doi.org/10.26650/JPLC2020-xxxxxx>.

———. *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*. 2. bs. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Şirin, Tolga, ve Necdet Umut Orcan. “İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanmasının Önündeki Pratik Güçlükler: İlgili Uluslararası Normu Bulma ve Türkçeleştirme Sorunu”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1 (2022): 273-97.

Tanrıverdi, Ayşe Almila. “İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma”. *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 3, no. 2 (2023): 551-80. <https://doi.org/10.59909/khm.1357385>.

Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary, No. 37374/05 (ECtHR 14 Nisan 2009).

TBMM. *Kanun başlıklarıyla fasıl unvanları ve haşiyeler hakkında TBMM kararı*. RG 4.2.1944 – 5621, 1944. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5621.pdf>.

TDK. “vaz”. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. Erişim 03 Ekim 2023. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=vaz>.

Teziç, Erdoğan. “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 52, no. 1-4 (2011): 101-16.

———. “Torba Kanun”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (2015): 3-10.

———. *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1972.

The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), No. 6538/74 (ECtHR 26 Nisan 1979).

- Tögel, Akif. *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kanun Kavramı*. 1. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Türk Hukuk Kurumu. “Mevzu hukuk”. İçinde *Türk Hukuk Lûgatı*, 233. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998.
- . “Mevzu, mevzuat”. İçinde *Türk Hukuk Lûgatı*, 233. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı. “Hukuk Sözlüğü”, 2024. <https://sozluk.adalet.gov.tr/K/%C3%96zg%C3%BCI%20TEPEC%C4%B0K>.
- UK Government. “Guide to Revised Legislation”, 2013. https://www.legislation.gov.uk/pdfs/GuideToRevisedLegislation_Oct_2013.pdf.
- Uluğ, Feyzi. *Mevzuat Hazırlama Tekniği*. Ankara: İM Eğitim Araştırma Yayın, 1986.
- United States Government Publishing Office. “Statute Compilations”, 2024. <https://www.govinfo.gov/help/comps>.
- Ülken, Hilmi Ziya. “Giorgio Del Vecchio: Hukuk Felsefesi Dersleri”. *İstanbul University Journal of Sociology* 2, no. 7 (1952): 153-57.
- Üner, Yener, ed. *Kanun Yapma Tekniği*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/545.pdf>.
- Venedik Komisyonu. “Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session”. Strazburg: Avrupa Konseyi, 04 Nisan 2011. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).
- Yılmaz, Halit. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, no. 1 (2020): 225-63.
- Yüksel, Nahit. “Türk Parlamento Hukukunda ‘Çerçeve’ Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları”. *Yasama Dergisi*, no. 26 (2014): 31-63.

İNSANCIL HUKUK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE DUVAR İNŞASINDAN GÜNÜMÜZE İSRAİL’İN İŞGAL ALTINDAKİ FİLİSTİN TOPRAKLARINDAKİ HUKUK DIŞI YERLEŞİMLERİ*

*Israel’s Illegal Settlements in the Occupied Palestinian Territories
from the Construction of the Wall to the Present in the Framework
of Humanitarian Law*

Ceren KARAGÖZOĞLU**

ÖZ

İşgal hukuku kapsamında işgal ettiği toprakları, egemen niteliğine sahip olmaksızın, geçici süre ile idare etme yetkisine sahip kabul edilen işgalci devlete ait en temel yükümlülük bu topraklardaki yerel halkın menfaatini ve refahını gözetmektir. Bu temel yükümlülüğün işgalci devletin izlediği yerleşim politikası bakımından tezahürü ise bölgenin demografik yapısını bozan yerleşim politikalarının uygulanmamasıdır. İşgalci devlet, işgal ettiği topraklara bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakledemez. İşgal topraklarında yaşayan bireylerin, sivillerin güvenliği gerekli kılınmadıkça veya zorunlu askeri gereklilikler haricinde, başka bir devlet topraklarına ferdi veya

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 05.01.2025.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 13.03.2025.

* Makale, 7 Ekim 2024 tarihinde İstanbul Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen “1. Yılında Boyut Değişirken İsrail-Filistin Meselesi ve Uluslararası Hukuk Sempozyumu”nda sözlü olarak sunulan “Duvar İnşasından Günümüze İsrail’in Batı Şeria’daki Hukuk Dışı Yerleşimleri ve Divan’ın 2024 Tarihli Danışma Görüşü” başlıklı bildirinin insancıl hukuk kuralları çerçevesinde genişletilmiş halidir.

The article is an expanded version of the paper titled ‘Israel’s Illegal Settlements in the West Bank from the Construction of the Wall to the Present and the Advisory Opinion of the ICJ dated 2024’, which was orally presented at the ‘Symposium on the Israeli-Palestinian Issue and International Law: Changing Dimensions in Its First Year’ organised by Istanbul University Center for Research and Practice in Human Rights Law on 7 October 2024.

** Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: cerenkaragozoglu@hotmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0757-9767>. ROR ID: <https://ror.org/04ttnw109>.

kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri yasaktır. İsrail ise işgali altında olduğu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi ve yargı kararları dahilinde kabul edilen Filistin topraklarında, işgal hukukundan doğan bu yükümlülüklerini ihlal etmektedir. İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki izlediği yerleşim politikası, bu politikasını yürütmek için araçsallaştırdığı uygulamaları, insancıl hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmekte ve işgalin uzun süreli olması, kalıcı hale gelmesinde önemli rol oynamaktadır. Çalışmada ilk olarak İsrail'in insancıl hukuktan doğan yükümlülüklerinin kaynağını teşkil etmesi bakımından işgal kavramına değinilmekte, İsrail'in statüsü incelenmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise insancıl hukuk kuralları çerçevesinde İsrail'in, Filistin topraklarında izlemiş olduğu politika sonucu ortaya çıkan hukuk dışı yerleşimlere ve bu yerleşimler sonucu gündeme gelen ilhak kavramına ve üçüncü devletlerin yükümlülüklerine yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsancıl hukuk, askeri işgal, hukuk dışı yerleşim, ilhak, üçüncü devletlerin yükümlülükleri.

ABSTRACT

Within the scope of the law of occupation, the most fundamental obligation of the occupying state, which is considered to have the authority to temporarily administer the occupied territories without having sovereignty, is to protect the interests and welfare of the local population in these territories. The manifestation of this basic obligation in terms of the settlement policy pursued by the occupying state is not to implement settlement policies that disrupt the demographic structure of the region. The Occupying Power shall not deport/transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies. Forcible transfer/deportation of individuals living in the occupied territories to the territory of another state, is prohibited, unless the safety of civilians makes it necessary, or except in cases of imperative military necessity. The settlement policy pursued by Israel in the occupied Palestinian territories violate of humanitarian rules and play an important role in the prolonged and permanent occupation. In the first part of the study, the concept of occupation is mentioned and the status of Israel is analysed. In the second part of the study, Israel's unlawful settlements in the Palestinian territories and the concept of annexation and the obligations of third states are included.

Keywords: Humanitarian law, military occupation, illegal settlement, annexation, obligations of third states.

GİRİŞ

İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuk dışı yerleşimleri, bu yönde şekillenen ve süregelen yerleşim politikası, 181 (II) sayılı Filistin'in gelecekteki idaresine ilişkin kararı (Taksim Kararı)¹ sonrasında bölgede yaşanan silahlı çatışmalarla birlikte 1948'de ortaya çıkan; uluslararası yargı kararlarında ve Birleşmiş Milletler organları başta olmak üzere çeşitli uluslararası örgüt kararlarında ise 'Altı Gün Savaşı'ni' takiben 1967'den günümüze değin uzadığı kabul gören askeri işgalin uzun süreli olması, kalıcı hale gelmesinde önemli rol oynamaktadır.

İnsancıl hukuk açısından İsrail'in Filistin topraklarındaki hukuk dışı yerleşimleri, Kara Savaşındaki Kural ve Örflere Dair 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi ve Ekli Düzenlemeler² ve 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin IV. Cenevre Sözleşmesi³ çerçevesinde devletin yükümlülükleri bağlamında ele alınmaktadır. Sözleşmelerde öngörülen yükümlülükler, İsrail'in Filistin topraklarında askeri olarak işgalci statüsüne sahip olması ile doğrudan ilgilidir. Bu sebeple İsrail'in bölgede izlediği yerleşim politikası çerçevesinde Sözleşmelerden doğan yükümlülükleri incelenmeden önce İsrail'in bu topraklarda işgalci statüsüne sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları 2004 tarihli Danışma Görüşü⁴ ve Doğu

¹ A/RES/181(II), Resolution Adopted on The Report of The Ad Hoc Committee on The Palestinian Question <<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/038/88/pdf/nr003888.pdf>> (17 Ekim 2024).

² Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

³ Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war, United Nations, *Treaty Series*, vol. 75 (p.287). IV. Cenevre Sözleşmesi, 21 Ekim 1950 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çalışma kapsamında Sözleşme hükümlerinin Türkçe metninde ““12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri,” Ed. Melike Batur Yamaner vd. (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42)” isimli eserden yararlanılmıştır. Sözleşme metin içerisinde “IV. Cenevre Sözleşmesi” olarak kısaltılacaktır.

⁴ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>> (19 Temmuz 2024). Karar, çalışmada “Duvar Danışma Görüşü” olarak kısaltılacaktır. Kararın

Kudüs dahil İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İsrail'in Politikaları ve Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuki Sonuçlar 2024 tarihli Danışma Görüşü⁵ İsrail'in, bölgede işgalci statüsüne sahip olup olmadığına dair değerlendirme içermesi, izlediği yerleşim politikasını incelemesi ve söz konusu politikayı teşkil eden uygulamalara ilişkin uluslararası örgütler bünyesinde yapılan tespitleri yargısal niteliğe kavuşturması bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmada, bu iki temel karar rehber alınmaktadır.

Bu doğrultuda çalışmada ilk olarak İsrail'in insancıl hukuktan doğan yükümlülüklerinin kaynağını teşkil etmesi bakımından askeri işgal kavramına değinilmekte, mevcut uygulamalar ve yargı kararlarında yapılan tespitler ışığında İsrail'in bu statüye sahip olup olmadığı değerlendirilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise insancıl hukuk kuralları çerçevesinde İsrail'in, Filistin topraklarında izlemiş olduğu yerleşim politikası ve bu politikayı yürütmek için araçsallaştırdığı uygulamalar incelenmektedir. Bu kapsamda İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuk dışı yerleşimlerine, bu hukuk dışı yerleşimler sonucu gündeme gelen ilhak kavramına ve üçüncü devletlerin yükümlülüklerine yer verilmektedir. İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuk dışı yerleşimleri sebebiyle ortaya çıkan insan hakları ihlalleri ise ayrı ve geniş kapsamlı bir analiz gerektirdiğinden çalışma kapsamı dışında bırakılmaktadır.

I. İSRAİL'İN FİLİSTİN TOPRAKLARINDAKİ STATÜSÜ

İsrail'in Filistin topraklarındaki hukuk dışı yerleşimleri, temel olarak silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin temel kuralları düzenleyen 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi ve Ekli Düzenlemeler ve silahlı çatışmalar sırasında sivillerin korunmasını konu alan 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Sözleşmelerde öngörülen yükümlülükler, İsrail'in Filistin topraklarında askeri olarak işgalci statüsüne sahip olması ile

Türkçe çevirisi için bkz. Yıldırım Sak, "İşgal Altındaki Filistin Topraklarında (Ülkesinde) Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 2 (2020): 383-445. Karara ilişkin ayrıntılı analiz için ayrıca bkz. Erdem Denk, "Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı," *Uluslararası İlişkiler* 1, s. 3 (2004): 151-173.

⁵ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, I.C.J.*, 19 July, 2024 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf>> (26 Temmuz 2024). Karar, çalışmada "2024 tarihli Danışma Görüşü" olarak kısaltılacaktır.

doğrudan ilgilidir. Bu sebeple İsrail'in bölgedeki izlediği yerleşim politikası ve buna ilişkin yükümlülükleri incelenmeden önce İsrail'in bu topraklarda işgalci statüsüne sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Askeri İşgal

Askeri işgalin tanımında temel alınan metin, 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ekli Düzenlemeler'in 42. maddesidir. Madde ile bir ülkenin, düşman ordunun otoritesi altına girdiğinde işgal edilmiş olduğu kabul edilmekte; askeri işgalin, bu otoritenin kurulduğu ve kullanılabildiği toprakları kapsadığı öngörülmektedir⁶. Maddeye göre, ülkede egemenin rızası olmaksızın, sürekli ve egemene ikame otorite uygulayabilme yetisi ve buna bağlı olarak işgal altında bulunan bölgedeki meşru egemenin otoritesini uygulayamaması, insancıl hukukun amaçları doğrultusunda işgal kavramının kurucu ve kümülatif koşullarını oluşturmaktadır⁷.

Bu tanım gereğince işgalin varlığından söz edebilmek için işgalcinin, bulunduğu yabancı topraklarda otorite sağlaması gerekli görülmektedir⁸. Zira Düzenlemeler'de işgalcinin otoritesini kurduğu ve kullanabildiği alanlarda

⁶ Bir devlet ülkesi üzerinde, bu ülke devletinden hukuksal olarak ayrılmadan, yabancı askeri kuvvetlerin varlığı ve belirli bir süre bunların denetimi altında bulunma durumu askeri işgal olarak ifade edilmektedir. Askeri işgal, belirli bir süreklilik göstermesi ve hükmetme otoritesini bünyesinde barındırması sebebiyle 'istila' kavramından ayrılmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta Yayın Dağıtım, 2019), 141-156). Askeri işgalin, ülke kazanım yollarından biri kabul edilen, hiçbir devlete ait olmayan veya terk edilmiş sahipsiz ülkenin kazanımını ifade eden "işgal"den farklı olduğunu da ayrıca belirtmek gerekmektedir (Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 278-283).

⁷ Tristan Ferraro, "Determining The Beginning and End of an Occupation Under International Humanitarian Law," *International Review of the Red Cross* 94, no. 885 (2012): 141-3.

⁸ Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki işgal altındaki toprakların egemenliği hususunda silahlı çatışmanın tarafları arasında var olan anlaşmazlık, bu topraklarda yaşayan kimselerin işgal hukuku ile öngörülen korumadan mahrum bırakılması ile sonuçlanmaz. İşgal hukukunu teşkil eden düzenlemelerin uygulanması, işgal edilen topraklara ilişkin egemenliğe dayalı uyuşmazlıklardan bağımsızdır. Ayrıca bölgenin işgal altında olması, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin veya I Numaralı Protokol'ün uygulanması da bölgenin hukuki statüsünü etkilemez. Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Central Front, Ethiopia's Claim, Partial Award, 28 April 2004, para. 28-9 <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-eritrea-ethiopia-claims-commission-partial-award-central-front-ethiopia-claim-2-wednesday-28th-april-2004#decision_2355> (3 Ağustos 2024).

işgalin mevcut olduğu belirtilmektedir. İşgalcinin sahip olması gereken otoritenin ölçütü bağlamında ise genel kabul edilen görüş, işgalcinin etkin kontrole sahip olması gerektiği yönündedir⁹. Etkin kontrolün varlığı bakımından, sivillerin korunması açısından hukuki boşluğa sebep olunmaması doğrultusunda, işgalcinin, işgal ettiği topraklarda otoritesini sağlaması ya da makul sürede sağlayabilme kapasitesine sahip olması aranmaktadır¹⁰. Otoritenin tespiti bakımından işgalcinin, kamusal olarak işlev göremez hale getirilmiş işgal altındaki makamın otoritesini ikame edecek bir konumda olması yeterli kabul edilmektedir¹¹. Bu bağlamda askeri gücün fiziki varlığı, etkin kontrolün şartlardan biri olarak görülmemekte; işgalci devletin etkin kontrolü sürdürme, otoritesini uygulama kapasitesine sahip olması yeterli kabul edilmektedir¹². Dolayısıyla yapılan işgal tanımı ve bu tanım için gerekli

⁹ Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* (2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012), 43; Dinstein Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009), 48. Uluslararası Adalet Divanı, 2024 tarihli Danışma Görüşünde bu hususu teyit etmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 90.

¹⁰ Robert Heinsch/Giulia Pinzauti, “To Be (a State) or Not to Be? The Relevance of the Law of Belligerent Occupation with regard to Palestine’s Statehood before the ICC,” *Journal of International Criminal Justice* 18, Iss. 4 (2020): 934. Divan, 2005 tarihli Kongo Topraklarında Gerçekleştirilen Askeri Faaliyetler kararında, etkin kontrolün varlığı için işgalcinin, işgal ettiği bölgeyi fiilen otoritesi altına almasını gerekli görse de (*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, para. 173 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>> (11 Temmuz 2024); 2024 tarihli Danışma Görüşünde, devletin otoritesini uygulama kapasitesine vurgu yaptığı görülmektedir (*Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 91). Etkin kontrol kavramı ve kavramın uluslararası yargı içtihadındaki gelişimi hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Ömer Ünlü, *Uluslararası İşgal Hukuku Temelinde Filistin’de İsrail İşgal İdaresi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 50-64.

¹¹ Divan, 2024 tarihli Danışma Görüşünde, işgalci gücün yükümlülüklerini ele alırken uygulanması/sahip olunması gereken otorite bağlamında “yerel hükümet” ifadesine yer vererek söz konusu kabulü destekler nitelikte pozisyon almıştır (*Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 92). İşgalin varlığında aranılan otorite tanımı ve ölçütü bakımından ayrıntılı analiz için bkz. Seniha Begüm Şentop, *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Perspektifinden İşgal ve İnsan Hakları* (İstanbul: Kadim Yayınları, 2022), 20-2.

¹² *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 90-1.

olarak görülen etkin kontrol, otorite gereğince işgalin varlığı fiili/olgusal duruma bağlı kılınmaktadır¹³. İşgal için öngörülen şartlar, fiili olarak varlığını sürdürdüğü müddetçe¹⁴ işgal hukuku¹⁵ ve işgalciye ait tüm yükümlülüklerin¹⁶ yürürlükte kalacağı kabul edilmektedir.¹⁷

¹³ İşgalin sona erdiğinin tespitinde, işgalin başlangıcının ve/veya varlığının tespitinde olduğu gibi fiili/olgusal durum esas alınmakta, bu bağlamda işgali teşkil eden hususların fiilen ortadan kalkmış olması aranmaktadır. Ferraro, “Determining The Beginning and End of an Occupation,” 135, 156.

¹⁴ 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin (IV. Cenevre Sözleşmesi) 6. maddesi gereğince, askeri operasyonların büyük ölçüde sona erdirildiği durumlarda dahi işgal devam ettiği müddetçe sivillerin korunması ve askeri işgale ilişkin hukuki düzenlemelerin uygulanmaya devam edeceği kabul edilmektedir (Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 184).

¹⁵ Lahey Sözleşmesi’ne Ekli Düzenlemeler, IV. Cenevre Sözleşmesi ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I Numaralı Protokol, işgalin varlığında uygulanacak hukuki düzenlemeye ilişkin normatif bir yapıyı teşkil etmektedir. IV. Cenevre Sözleşmesi anlamında bir işgalin var olup olmadığını belirlemek için Lahey Düzenlemeleri’nin 42. maddesinde yer alan işgal tanımı kullanılmakta, maddede öngörülen koşulların yerine getirilmesi aranmaktadır. Ferraro, “Determining The Beginning and End of an Occupation,” 137-9. Ayrıca belirtmek gerekir ki insan hakları hukuku ve insancıl hukuk bireyin korunması bağlamında belirli ölçüde örtüşen etki alanlarına sahiptir. İşgal hukuku da bu alanlardan birini teşkil etmekte; askeri işgal durumunda devletlerin insan hakları sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerinin devam ettiği kabul edilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı da Duvar Danışma Görüşü ve Kongo Topraklarında Gerçekleştirilen Askeri Faaliyetler kararlarında bu hususu teyit etmiş; uzun süredir devam eden işgalin, işgalci devlete süregelen bir etkin kontrol sağladığını, bunun ise insan hakları sözleşmelerinin uygulanması için gerekli olan yetki kriterini karşıladığını belirterek devletin insan hakları sözleşmeleri ve uluslararası insancıl hukuktan doğan yükümlülüklerinin başka devlet ülkesinin askeri işgali halinde devam ettiğini vurgulamış, iki hukuk düzeninin birlikte uygulanması gereğinin altını çizmiştir (*Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, para. 178-9). İnsan hakları hukuku- insancıl hukuk ilişkisi ve insan hakları sözleşmelerinin askeri işgal sırasında uygulanması hakkında analiz için bkz. Ceren Karagözoğlu, “İnsan Hakları Sözleşmelerinin Uluslararası Silahlı Çatışmalar Sırasında Uygulanması: Rusya-Ukrayna Örneği,” içinde *Rusya- Ukrayna Krizi ve Uluslararası Hukuk*, Ed. Cüneyt Yüksel/Ceren Karagözoğlu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023) 85-91, 115-123.

¹⁶ İşgalin varlığının tespiti ile işgalcinin, Lahey Sözleşmesi’ne Ekli Düzenlemeler ile IV. Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan kurallara uyma yükümlülüğü başlamaktadır.

¹⁷ Askeri işgal, her ne kadar geçiş dönemi veya geçici bir hukuki rejim olarak görülse de Lahey Sözleşmesi’ne Ekli Düzenlemeler’de öngörülen koşullar fiili olarak devam ettiği müddetçe işgal hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Michael Bothe, *Expert*

B. İsrail'in Filistin Topraklarındaki İşgalci Statüsü

İsrail'in Filistin topraklarında sahip olduğu otorite, uyguladığı etkin kontrol, İsrail'in bölgedeki askeri varlığı, eylemlerine bağlı olarak farklılaştığından İsrail'in bu topraklardaki işgalci statüsü, Batı Şeria, Kudüs ve Gazze Şeridi şeklinde bir tasnifle incelemeyi gerektirmektedir. Bu gereklilik ise bölgenin tarihi ve bölgede yaşanan siyasi, hukuki uyumsuzluklarla yakından ilişkilidir.

Osmanlı İmparatorluğu'nun bir parçası olan Filistin, Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda Milletler Cemiyeti tarafından, Milletler Cemiyeti Misakı'nın 22. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde, Büyük Britanya'nın mandası altına verilmiştir¹⁸. Manda altındaki Filistin'in ülkesel sınırları, başta doğu sınırına ilişkin 16 Eylül 1922 tarihli İngiliz Bildirisi ve 20 Şubat 1928 Anglo-TransÜrdün Andlaşması (Anglo-Transjordanian Treaty) olmak üzere, çeşitli belgelerle belirlenmiştir¹⁹. 1947 yılında Birleşik Krallık, 1 Ağustos 1948'de manda altındaki bölgeleri tahliye edeceğini bildirmiş, daha sonra bu tarihi 15 Mayıs 1948 olarak yenilemiştir²⁰. Gelişmeleri takiben Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 29 Kasım 1947 tarih, 181 (II) sayılı Filistin'in gelecekteki idaresine ilişkin karar (Taksim Kararı) almış; kararda biri Arap diğeri Yahudi olmak üzere iki bağımsız devlet ve Kudüs şehri için de uluslararası özel bir rejim oluşturulmasını öngörerek Birleşik Krallık ve diğer tüm Birleşmiş Milletler üyelerine paylaşım planını benimsemesini ve uygulamasını tavsiye etmiştir²¹. Filistin'deki Arap nüfusu ve Arap devletleri, bu planı dengeli olmadığını iddia ederek reddederken İsrail, 14 Mayıs 1948'de

Opinion Relating to the Conduct of Prolonged Occupation in the Occupied Palestinian Territory (June, 2017): 3.

¹⁸ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, para. 70.

¹⁹ Ibid.

²⁰ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, para. 71. 1922- 1948 tarihleri arasında bölgede mandater devlet olarak bulunan Birleşik Krallık'ın izlediği politikalara ilişkin analiz için bkz. Berdal Aral, "Uluslararası Hukuk Bağlamında Birleşmiş Milletler'in Batı ve Doğu Kudüs'ün İsrail Tarafından İşgaline Yönelik Tutumu," *Journal of Islamicjerusalem Studies* 23, s. 1 (2023): 2.

²¹ Bkz. A/RES/181(II), Resolution Adopted on The Report of The Ad Hoc Committee on The Palestinian Question.

Genel Kurul kararına binaen bağımsızlığını ilan etmiştir²². Bunun üzerine İsrail ve bazı Arap devletleri arasında silahlı çatışmalar başlamış ve söz konusu paylaşım planı uygulanmamıştır²³. Bölgede yaşanan silahlı çatışmalar (1948-1949 Arap- İsrail Savaşı) sonucunda Taksim Kararında Filistin tarafına tahsis edilen toprakların yaklaşık yarısı İsrail silahlı kuvvetlerince işgal edilmiştir²⁴.

1949 tarihinde Ürdün ile İsrail arasında imzalanan An(d)laşma (Israel-Jordan Armistice Agreement)²⁵ ile -An(d)laşma metninde sınırlar üzerinde nihai bir anlaşma sağlanmadığı metinde açıkça belirtilmiş olsa da- Kudüs, batısı İsrail ve doğusu Ürdün kontrolünde kalmak üzere fiilen ikiye bölünmüştür. 1949-1967 yılları arasında İsrail, kuvvet kullanarak Batı Kudüs'ü kontrolü altına almıştır²⁶.

6 Haziran 1967'de ise İsrail hava kuvvetlerinin Mısır'a ait uçakları havaalanında vurması ve Sina yarımadasına askeri çıkartma yapması üzerine 'Altı Gün Savaşı' olarak bilinen Arap-İsrail savaşı başlamıştır²⁷. 10 Haziran

²² *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004*, p. 136, para. 71.

²³ Ibid.

²⁴ Askeri anlamda işgalin varlığı için, işgalci gücün belli bir toprak parçasını işgal ettiğini resmen kabulü gerekmediği; belli bir toprak parçası üzerinde vuku bulan işgale ilişkin olarak uluslararası hukukun öngörmüş olduğu kural ve ilkelerin uygulanması için, işgalin tanınması ya da kabul edilmesi gerekmediğinden hareketle söz konusu silahlı çatışmalar sonucunda Batı Kudüs de dahil olmak üzere Filistin topraklarının İsrail tarafından işgal edildiği belirtilmekte, Birleşmiş Milletler organlarının söz konusu duruma sessiz kalması eleştirilmektedir. Aral, "Uluslararası Hukuk Bağlamında Birleşmiş Milletler'in Tutumu," 6-8.

²⁵ Israel-Jordan Armistice Agreement, 3 April 1949 <<https://www.gov.il/en/pages/israel-jordan-armistice-agreement>> (7 Kasım 2024).

²⁶ Ürdün, Doğu Kudüs halkının da katılımını sağlayan bir süreç sonucunda 1950 yılında Şeria Nehri'nin doğusunun ve batısının birleştiğini ilan etmiş, egemenlik iddiasını 1988 yılına kadar sürdürdükten sonra Filistin halkına tek taraflı ayrılma hakkı tanıyarak Doğu Kudüs ve Batı Şeria'daki egemenlik iddialarını sonlandırmıştır. 1949-1967 tarihleri arasında Batı ve Doğu Kudüs'ün statüsü hakkında öğretilerdeki farklı görüşler çerçevesinde ayrıntılı analiz için bkz. M. Emre Hayyar, "Kudüs'ün Statüsü ve Egemenlik Sorunu," içinde *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*, Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 130-6.

²⁷ İsrail'in Mısır saldırısı üzerine, Ürdün de Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesinde yer alan kolektif meşru müdafaa hakkına dayanarak İsrail'e saldırmıştır. Bunun üzerine İsrail ise Ürdün ve Suriye uçaklarını bombalamıştır. Altı Gün Savaşı ve devamında bölgede yaşanan silahlı çatışmalar hakkında detaylı analiz için bkz. Ali Osman Karaoğlu,

1967’de Altı Gün Savaşı sona ermiş; İsrail Sina Yarımadası, Batı Şeria (Ürdün), Gazze Şeridi ve Golan Tepeleri’ni işgal etmiş²⁸ ve Doğu Kudüs de İsrail kontrolü altına girmiştir²⁹.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin, Genel Kurulu’nun devamında Adalet Divanı’nın ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin İsrail’in bölgedeki işgalinin başlangıcını ‘Altı Gün Savaşı’ ve sonrasında gelişen silahlı çatışmaları doğrultusunda 1967 tarihine dayandırdığı görülmektedir. Tarihsel olarak 1967’nin başlangıç olarak alınması, işgal altında olduğu kabul gören bölgelerin sınırlarının belirlenmesini de doğrudan etkilemektedir. Bu etki özellikle Kudüs topraklarının zikredildiği noktalarda belirginleşmektedir³⁰.

Güvenlik Konseyi ‘Altı Gün Savaşı’nı takiben verdiği 22 Kasım 1967 tarih, 242 (1967) sayılı kararı³¹ ile bölgenin İsrail’in işgali altında olduğunu tespit etmiştir. Kararda Güvenlik Konseyi, kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımının kabul edilemeyeceğini vurgulayarak İsrail silahlı kuvvetlerinin son çatışmalarda işgal edilen topraklardan -herhangi bir yer adı zikretmeksizin- geri çekilmesi çağrısında bulunmuştur³².

Konsey 25 Eylül 1971 tarih, 298 (1971) sayılı kararıyla³³ ise Kudüs’ün statüsünü değiştirmek amacı ile arazi ve mülklerin kamulaştırılması, nüfus nakli ve işgal edilen bölgeleri kendisine dahil etmeyi amaçlayan mevzuat dahil olmak üzere İsrail tarafından gerçekleştirilen tüm yasama ve idari faaliyetlerin tamamen geçersiz olduğunu ve mevcut durumu değiştiremeyeceğini belirtmiştir. Konsey, İsrail’in bu yönde aldığı tüm

“Uluslararası Hukuk Açısından Altı Gün Savaşı’nın Etkileri ve Barış Müzakereleri,” içinde *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*, Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 47, 53-9.

²⁸ Ersun N. Kurtuluş, “The Notion of a ‘Pre-Emptive War’: the Six Day War Revisited,” *Middle East Journal* 61, No. 2 (2007): 220.

²⁹ Hayyar, “Kudüs’ün Statüsü,” 129-130.

³⁰ Güvenlik Konseyi, Doğu ve Batı şeklinde bir ayırım yapmaksızın “Kudüs” ifadesini kullanır ya da herhangi bir yer sınırlaması öngörmeksizin “işgal altındaki ülke” ifadesine yer verirken Genel Kurul’un İsrail’in işgalci sıfatından doğan yükümlülüklerini ele aldığı kararlarında ekseriyetle “Doğu Kudüs” ifadesine yer verdiği görülmektedir.

³¹ S/RES/242(1967) <<https://digitallibrary.un.org/record/90717?v=pdf>> (2 Kasım 2024).

³² Güvenlik Konseyi’nin kararı İsrail’in bölgedeki işgalci statüsünün teyidi bakımından önemlidir ancak Konsey’in kararı Şart’ın IV. Bölümüne dayandırması ve işgali “son çatışmalarla (in the recent conflict)” sınırlı tutması öğretilde eleştirilmektedir. Bkz. Aral, “Uluslararası Hukuk Bağlamında Birleşmiş Milletler’in Tutumu,” 8-9.

³³ S/RES/298(1971) <<https://digitallibrary.un.org/record/90795?v=pdf>> (2 Kasım 2024).

tedbirleri ve eylemleri yürürlükten kaldırması gereğini vurgularken Kudüs'ün işgal altındaki bölümünde, şehrin statüsünü değiştirme iddiasında olabilecek ya da bölgede yaşayanların haklarına, uluslararası toplumun çıkarlarına ya da adil ve kalıcı bir barışa halel getirecek başka hiçbir adım atmama çağrısında bulunmuştur.

İsrail'in, Kudüs'ü İsrail'in “*tam ve birleşik*” başkenti olarak ilan eden 30 Temmuz 1980 tarihli Temel Kanunu³⁴ kabul etmesini takiben ise Güvenlik Konseyi, 20 Ağustos 1980 tarihli ve 478 (1980) sayılı kararıyla³⁵, işgalci güç İsrail tarafından Kutsal Kudüs şehrinin niteliğini ve statüsünü değiştiren ya da değiştirmeyi amaçlayan tüm yasal ve idari önlem ve tasarrufların geçersiz olduğunu ifade edip ve diğer devletler bakımından da İsrail'in söz konusu eylemlerini tanımama çağrısında bulunurken, bu kanunun kabulünün uluslararası hukuka aykırı olduğunu ve İsrail'in 1967'den beri işgalci güç olarak bulunduğu Kudüs dahil Filistin ve diğer Arap ülkelerinde IV. Cenevre Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerini değiştirmediğini belirtmiştir. Konsey'in IV. Cenevre Sözleşmesi'ne yaptığı vurgu, özelde Kudüs'ün başkent ilan edilmesinin, genelde İsrail tarafından gerçekleştirilen ilhak niteliğindeki diğer işlemlerin, bu toprakların uluslararası hukuktaki “*işgal altındaki toprak*” statüsünü değiştirmediğini göstermesi bakımından önemlidir. Konsey, 18 Mart 1994 tarih, 904 (1994) sayılı kararında “*Kudüs dahil olmak üzere İsrail tarafından 1967'de işgal edilmiş topraklar*”³⁶ ifadesi kullanırken 7 Ekim 2000 tarih 1322 (2000) sayılı kararında “*İsrail tarafından 1967'den beri işgal edilmiş topraklar*”³⁷ ifadesine yer vermiştir.

14 Mayıs 2002 tarihli Genel Kurul kararında ise İsrail'in işgalci sıfatından doğan yükümlülüklerine dikkat çekilirken “*Doğu Kudüs dahil işgal*

³⁴ Israel: Basic Law of 1980, Jerusalem, Capital of Israel- 5 August 1980 <<https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1980/en/5809>> (4 Kasım 2024). Filistin topraklarındaki İsrail işgalini 1967 tarihine dayandıran Azarova, İsrail'in söz konusu politikasını Doğu Kudüs'ün *de jure* ilhakı olarak yorumlamıştır. Valentina Azarova, “Israel’s Unlawfully Prolonged Occupation: Consequences Under An Integrated Legal Framework,” *European Council On Foreign Relations* 217 (June, 2017): 7.

³⁵ S/RES/478(1980) <<https://digitallibrary.un.org/record/25618?v=pdf>> (4 Kasım 2024).

³⁶ S/RES/904(1994) <<https://digitallibrary.un.org/record/184518?v=pdf>> (7 Kasım 2024).

³⁷ S/RES/1322(2000) <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n00/679/37/pdf/n0067937.pdf>> (7 Kasım 2024).

altındaki Filistin toprakları” ifadesi kullanılmış³⁸; 3 Aralık 2003 tarihli kararında İsrail’in Filistin’de duvar inşa etmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin Divan’dan danışma görüşü istenirken “*işgalci kuvvet İsrail’in Doğu Kudüs dahil işgal edilmiş Filistin topraklarında ve çevresinde inşa ettiği duvar*” ifadesine yer verilerek³⁹ Divan tarafından gerçekleştirilen incelemenin kapsamı, yalnızca 1967 sonrasında İsrail’in kontrolüne giren bölge ile sınırlı tutulmuştur⁴⁰. Genel Kurul, 21 Aralık 2017 tarihli kararında ise başlangıcını 1967 olarak kabul ettiği İsrail işgalin sona erdirilmesini vurgularken, Kudüs’ün nihai statüsü meselesinin Birleşmiş Milletler kararları doğrultusunda müzakereler yoluyla çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁴¹.

³⁸ UNGA, “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory,” (A/RES/ES-10/10) 7 May 2002 <<https://digitallibrary.un.org/record/464228?ln=en&v=pdf>> (7 Kasım 2024).

³⁹ UNGA, “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory,” (A/ES-10/L.16) 3 December 2003 <<https://digitallibrary.un.org/record/507586?ln=en&v=pdf>> (7 Kasım 2024).

⁴⁰ 2024 tarihli Danışma Görüşünde de 1967 tarihi vurgulanmış; Genel Kurul tarafından yapılan talebin bölgesel kapsamı, “*Batı Şeria, Doğu Kudüs ve Gazze Şeridi’ni kapsayan 1967’den beri işgal edilen Filistin toprakları*” olarak ifade edilmiştir. Divan da kararında, İsrail’in yerleşim politikasının 1967- 2005 yılları arasında Batı Şeria, Doğu Kudüs ve Gazze Şeridi’ni kapsadığını ancak İsrail yerleşimlerinin 2005’te Gazze Şeridinden çıkarılması sebebiyle incelemesini Batı Şeria ve Doğu Kudüs ile sınırlandırdığını; İsrail’in 2005’e kadar Gazze Şeridinde izlediği politikanın ise Batı Şeria ve Doğu Kudüs’te izlediğinden önemli ölçüde farklı olmadığını belirtmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para.114.

⁴¹ UNGA, “Resolution adopted by the General Assembly on 21 December 2017,” (A/RES/ES-10/19) 22 December 2017 <<https://digitallibrary.un.org/record/1468436?v=pdf>> (7 Kasım 2024). Bunun yanında Filistin’in de üyesi olduğu İslam İşbirliği Teşkilatı’nın, 6 Aralık 2017’de Amerika Birleşik Devletleri tarafından Kudüs’ün İsrail’in başkenti olarak tanınmasına ve Büyükelçiliğin Kudüs’e taşınmasına ilişkin açıklaması (Statement by President Trump on Jerusalem, December 6, 2017 <<https://www.theguardian.com/world/2017/dec/06/trump-recognise-jerusalem-israel-capital-move-us-embassy-white-house>> (7 Kasım 2024)) üzerine yayınladığı bildiride, “*Doğu Kudüs dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin toprakları*” ibaresini kullandığı görülmektedir (“Final Communiqué of the Extraordinary Islamic Summit Conference to Consider the Situation in Wake of Us Administration’s Recognition of the City of Al-Quds Al-Sharif as the so-Called Capital of Israel, the Occupying Power, and Transfer of the Us Embassy to Al-Quds (13 December 2017)” <<https://www.oic-oci.org/docdown/?docID=1699&refID=1073>> (7 Kasım 2024)). Gerek Birleşmiş Milletler organlarının gerekse İslam Teşkilatı’nın söz konusu kararlarıyla sergilediği yaklaşım, Batı Kudüs’te İsrail’in egemenliğinin benimsendiğinin bir göstergesi olarak yorumlanmıştır (Ali

İsrail'in Filistin topraklarındaki “işgalci devlet” statüsü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun ve Güvenlik Konseyi’nin çeşitli kararıyla bir biçimde tespit edilmiştir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı’nın, Birleşmiş Genel Kurulu’nun talebiyle İsrail’in Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşa etmesinin hukuki sonuçlarını ele aldığı İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları Danışma Görüşü⁴² İsrail’in “işgalci devlet”, Filistin’in “işgal altında bulunan toprak” statüsünün geniş bir biçimde ortaya konulması bakımından ayrıca önem arz etmektedir. Divan, Duvar Danışma Görüşü’nde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararlarını dikkate alarak işgal altında olan toprakları, İsrail ülkesinden ayıran sınırın, İsrail ve Ürdün arasında 3 Nisan 1949 tarihinde Rodos’ta imzalanan andlaşma ile İsrail ve Arap kuvvetleri arasındaki ateşkes sınırlarını belirleyen “Yeşil Hat (Green Line)”⁴³ olduğunu belirtmiş⁴⁴; dolayısıyla Yeşil Hattın doğusuna kadar uzanan Batı Şeria dahil, İngiliz mandasının üzerine kurulduğu bütün Filistin topraklarının, 1967 silahlı

Osman Karaoğlu, “Towards a Tale of Two Cities West Jerusalem and International Law in 21st Century,” *Law & Justice Review* 12 (2021): 245).

⁴² Danışma Görüşü, IV. Cenevre Sözleşmesi ile birlikte uluslararası hukukun bütün kural ve ilkeleri ve ilgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları ışığında, işgalci güç İsrail’in, Genel Sekreterin raporunda tanımlandığı ve işaret edildiği şekliyle Doğu Kudüs ve çevresini de içeren işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşa etmesinin hukuki sonuçlarını ele almaktadır. Divan inşa edilen bu yapıya ilişkin Genel Kurul kararlarında yer alan “duvar” terminolojisini kullanmayı tercih etmiştir. Duvar, Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin toprakları ve İsrail ülkesinde inşa edilmiştir. Danışma görüşü ise duvarın sadece Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin topraklarında yer alan kısmına ilişkindir. *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 1, 67.

⁴³ Güvenlik Konseyi, 16 Kasım 1948 tarih 62 sayılı kararla, “Filistin’in her yerinde ateşkes ilan edilmesine” karar vermiş ve çatışmanın son bulması için anlaşma (agreement) yapılması üzerine taraflara çağrıda bulunmuştur. Karara uygun olarak Birleşmiş Milletler’in arabuluculuğu ile 1949’da İsrail ve diğer komşu devletler arasında genel ateşkes anlaşmaları (armistice agreements) akdedilmiştir. İsrail ve Ürdün arasında 3 Nisan 1949 tarihinde Rodos’ta imzalanan andlaşma ile İsrail ve Arap kuvvetleri arasındaki ateşkes sınırlarını belirleyen hat tespit edilmiştir. Sınır haritalarda kullanılan renk sebebiyle “Yeşil Hat” olarak adlandırılmıştır. Andlaşmaya göre her iki tarafın askeri ya da paramiliter unsurları, her ne amaçla olsun, ateşkes sınır hattının ötesine geçmeyecek ya da onu aşmayacaktır ve ateşkes sınır hattı, gelecekteki ülkesel düzenlemeler veya sınır çizgileri ya da tarafların bunlarla ilgili iddialarına halel getirmeyecektir. *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 72.

⁴⁴ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 78.

çatışmalarında, İsrail kuvvetleri tarafından işgal edildiğini tespit etmiştir⁴⁵. Divan’a göre, duvarın davaya konu kısmının inşa edildiği toprakların, uluslararası hukuka göre statüsü işgal altındaki topraklardır ve İsrail de işgalci devlettir⁴⁶.

Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin de İsrail’in bu bölgelerdeki işgalci statüsünü bir biçimde onadığı görülmektedir. Filistin Yönetimi’nin, Mahkeme’nin yargı yetkisini tanımamasına ilişkin 1 Ocak 2015 tarihli bildirimine istinaden Savcılık, Ön Yargılama Dairesi’nden Mahkeme’nin yer bakımından yargı yetkisinin kapsamına ilişkin bir inceleme yapmasını talep etmiştir⁴⁷. I Numaralı Ön Yargılama Dairesi 5 Şubat 2021 tarihli kararında, Mahkeme’nin yer bakımından yetkisinin 1967’den bugüne İsrail tarafından işgal edilen; Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Batı Şeria ve Gazze Şeridi’ni kapsadığını kabul edip sonuçlandırarak⁴⁸ İsrail’in bu bölgelerde işgalci statüsünde olduğunu tespit etmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi I Numaralı Ön Yargılama Dairesi’nin kararı, İsrail’in Gazze Şeridi’nde de işgalci statüsüne sahip olduğunu belirtmesi bakımından ayrıca önem arz etmektedir. Zira 1967 tarihli Altı Gün Savaşı sonrasında Gazze Şeridi’nde İsrail tarafından başlatılan ve 38 yıl boyunca devam eden askeri işgal, 2005’te İsrail’in -tek taraflı kararına (Israel’s Disengagement Plan) dayanan- çekilmesiyle birlikte sona ermiş ve bölgede iskân edilen İsrailli yerleşimciler de bölgeden tahliye edilmiştir⁴⁹. Ancak İsrail, Gazze Şeridi’nden çekilmiş olsa da hava sahasını ve karasularını

⁴⁵ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 73.

⁴⁶ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 78.

⁴⁷ Statement of ICC Prosecutor Bensouda on the Conclusion of the Preliminary Examination of the Situation in Palestine, and Seeking a Ruling on the Scope of the Court’s Territorial Jurisdiction <<https://www.un.org/unispal/document/statement-of-icc-prosecutor-bensouda-on-the-conclusion-of-the-preliminary-examination-of-the-situation-in-palestine-and-seeking-a-ruling-on-the-scope-of-the-courts-territorial-jurisdiction/>> (30 Haziran 2024).

⁴⁸ ICC, Pre-Trial Chamber I Decision, Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine, No. ICC-01/18, 5 February 2021 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01165.PDF> (2 Temmuz 2024).

⁴⁹ Ahmet Hamdi Topal, “27 Aralık 2008- 18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, s. 1-2 (2008): 1091.

kontrol altında tutmaya devam ederek hava ve deniz yoluyla gerçekleştirilen mal sevkiyatına ve insan giriş çıkışına izin vermemiş; Altı Gün Savaşı sonrasında kurduğu ve işgalin kalıcı hale gelmesinde önemli oynayan yerleşim birimlerinin sayısını, 2005 yılında tek taraflı bir çekilme planıyla boşalttığı Gazze dışındaki işgal topraklarında hızla artırmış⁵⁰, bölgeye yönelik sağlık ve elektrik, su, telekomünikasyon gibi altyapı hizmetlerinin sunulmasında tek belirleyici güç olmaya devam etmiş dolayısıyla resmi olarak askerlerini çekse ve yerleşimcileri tahliye etse de fiilen işgalci güç olarak bölgedeki varlığını sürdürmüştür⁵¹. 7 Ekim 2023 saldırıları ve sonrasında yaşanan gelişmeler ise İsrail'in bu statüsünü daha belirgin hale getirmiştir⁵². Gazze Şeridi'nin bir yol (Netzarim Road) kullanılarak çevrenmesi ve

⁵⁰ İnsan Hakları Konseyi, 1 Kasım 2020 ile 31 Ekim 2021 tarihleri arasındaki dönem kapsamında, İsrail'in hukuk dışı yerleşimlerini konu alan 2022 tarihli raporda bu hususa dikkat çekerek Doğu Kudüs dahil Batı Şeria'da İsrail yerleşimlerinin hızlı bir şekilde devam ettiğini; yerleşimcilerin 13 yeni ileri karakol kurarak on yıllık artış eğilimini sürdürdüğünü belirtmiştir. UNHCR, "Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan," (A/HRC/49/85), 28 April 2022, para. 3, 9 <<https://digitallibrary.un.org/record/3985273?ln=en&v=pdf>> (4 Eylül 2024). Filistin topraklarında inşa edilen yerleşim birimleri ve ileri karakollar hakkında bilgi için bkz. Mehmet Özyürek, "İşgal, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları: İsrail Yerleşim Birimleri," içinde *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*, Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023) 283.

⁵¹ İsrail'in bölgede işgalci güç olarak varlığını sürdürdüğünü destekleyen görüşler için bkz. Report of the Panel of Experts in International Law, Panel of Experts in International Law (Convened by the Prosecutor of the International Criminal Court), 20 May 2024, para. 27; UNHRC, "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel," (A/HRC/56/26), 27 May 2024, para. 7 <<https://digitallibrary.un.org/record/4051243?ln=en&v=pdf>> (29 Temmuz 2024). Benzer yönde bkz. Topal, "27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı," 1094, dp. 4; Bothe, *Expert Opinion*, 2; Azarova, "Israel's Unlawfully Prolonged Occupation," 6. Divan'ın 2024 tarihli Doğu Kudüs dahil İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İsrail'in Politikaları ve Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuki Sonuçlar Danışma Görüşü de Divan'a yönelen talebin mahiyeti itibarıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bu yöndeki iradesini yansıtmakta, söz konusu toprakların İsrail işgali altında olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bkz. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, I.C.J.*, 19 July, 2024, para. 86 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf>> (26 Temmuz 2024).

⁵² Divan 2024 tarihli Danışma Görüşünde, İsrail'in bölge üzerinde sahip olduğu kontrol unsurlarının 7 Ekim 2023 itibarıyla daha belirgin hale geldiğine dikkat çekmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 93.

bölgede yaklaşık bir kilometre genişliğinde bir tampon bölge oluşturulması, yardım taşıyan araçların denetlenmesi, Filistinli otoritenin bölgedeki sivil kontrolünün ortadan kaldırılması, İsrail'in, Gazze Şeridi'nin en azından kuzeyi üzerinde etkin kontrol uyguladığını; 2024 Mart ayında Şifa Hastanesi'ne yapılan silahlı saldırı ve geri çekilme ise İsrail askeri kuvvetlerinin kısa bir süre içinde bölgenin fiziksel kontrolünü tamamen ele geçirme kapasitesine sahip olduğunu göstermektedir⁵³.

Uluslararası Adalet Divanı da 2024 tarihli Danışma Görüşünde, İsrail'in 1967'den beri Batı Şeria ve Kudüs'te işgalci güç olduğunu ve sonraki olayların, söz konusu bölgelerin işgal altındaki toprak veya İsrail'in işgalci güç statüsünü değiştirmedikçe kabul ettiği Duvar Danışma Görüşüne atıfla, Gazze Şeridi'nin 1967'de İsrail tarafından işgal edilen toprakların ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmiş⁵⁴; İsrail'in, -2005'te bölgeden askeri varlığını geri çekmesine rağmen- Gazze Şeridi üzerinde kara, deniz ve hava sınırlarının kontrol altına alınması, insan ve mal hareketlerine kısıtlamalar getirilmesi, ithalat ve ihracat vergilerinin toplanması ve tampon bölge üzerinde askeri kontrol sağlanması dahil olmak üzere belirli temel otorite unsurlarını kullanabildiğini ve kullanmaya devam ettiğini tespit ederek Gazze Şeridi üzerinde etkin kontrolü ölçüsünde işgal hukukundan doğan yükümlülüklerinin devam ettiğini belirtmiştir⁵⁵.

Divan'ın işgal altındaki Filistin topraklarının parçalanmış ayrı bölgeler değil, tek bir bölgesel birim olduğunu kabul etmesi ve sonrasında İsrail'in, Gazze Şeridi'nde de etkin kontrolü ölçüsünde işgal hukukundan doğan

⁵³ Orna Ben-Naftali, "Aayel Gross vd., Legal Opinion on the Status of Israel in the North of Gaza," (1 April 2024) para. 5-9 <<https://static.gisha.org/uploads/2024/04/Legal-Opinion-on-the-status-of-Israel-in-the-north-of-Gaza-EN.pdf>> (8 Ağustos 2024).

⁵⁴ Divan, 2024 tarihli Danışma Görüşünde işgal altındaki Filistin topraklarının parçalanmış ayrı bölgeler değil, tek bir bölgesel birim olduğunu teyit etmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 78, 87-8.

⁵⁵ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 93-4. Divan'ın "...etkin kontrol ölçüsünde" şeklindeki yorumunun, işgalin bir biçimde devam ettiği veya işgal sona erdikten sonra dahi devletin işgal hukukundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerinin sürdüğü şeklinde okunabileceği belirtilmektedir (Marko Milanovic, "The Occupation of Gaza in the ICJ Palestine Advisory Opinion," (EJIL Talk, 23 July 2024) <<https://www.ejiltalk.org/the-occupation-of-gaza-in-the-icj-palestine-advisory-opinion/>> (8 Ağustos 2024).

yükümlülüklerinin devam ettiğini belirtmesi, Duvar Danışma Görüşü'nden farklı olarak, Gazze Şeridi'nin de İsrail işgali altında olduğu kabulüne işaret etmesi bakımından önemlidir⁵⁶.

II. İSRAİL'İN İŞGAL HUKUKUNDAN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İsrail'in Filistin topraklarında işgalci statüsüne sahip olması, İsrail'in işgal hukuku olarak nitelendirilen 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi ve Buna Ekli Düzenlemeleri, IV. Cenevre Sözleşmesi'ni ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I Numaralı Protokol'ü⁵⁷ gündeme getirmektedir.

İsrail'in taraf olmadığı 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri ve Buna Ekli Düzenlemelerin günümüzde uluslararası teamül kuralı haline geldiği kabul edilmektedir⁵⁸. IV. Cenevre Sözleşmesi ise İsrail tarafından 12 Ağustos 1949 tarihinde imzalanmış, 6 Temmuz 1951 tarihinde onaylanmış, 6 Ocak 1952 tarihinde İsrail bakımından yürürlük kazanmıştır⁵⁹. Buna karşın İsrail, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol'e taraf değildir. Dolayısıyla

⁵⁶ Bu noktada belirtmek gerekir ki Divan'ın ilgili Danışma Görüşünde IV. Cenevre Sözleşmesi'nin, Sözleşme'ye taraf iki veya daha fazla arasında silahlı çatışma çıkması durumunda işgal altında herhangi bir toprakta uygulanacağını ifade ederek Danışma Görüşüne konu meselenin insancıl hukuk kapsamında hukuki çerçevesini, bu Sözleşme ve teamül hukuku olarak belirlemesi, söz konusu bölgelerin İsrail işgali altında bulunduğu ilişkin kabulünün bir diğer göstergesi olarak yorumlanabilir. Ki Divan kararın devamında da tek bir bölgesel birim olarak kabul ettiği Filistin topraklarında İsrail işgalinin 57 yıldan fazla sürdüğüne dikkat çekmektedir (*Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 96, 104).

⁵⁷ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125 (p.3).

⁵⁸ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 96; *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 89; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I), p. 226*, para. 75 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>> (9 Kasım 2024); Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, 30 September and 1 October 1946, s. 80 <<https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/>> (9 Kasım 2024).

⁵⁹ <<https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=0800000280158b1a>> (14 Haziran 2024).

işgal altında bulunan Filistin topraklarında IV. Cenevre Sözleşmesi ve teamül kuralına dönüştüğü kabul gören 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi ve Buna Ekli Düzenlemeler ve teamül kuralı niteliği arz ettiği ölçüde 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol, İsrail'in yükümlülüklerinin temel kaynağı teşkil etmektedir.

IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesinin⁶⁰ ilk fıkrasına göre, savaş hali tanınmış olsun veya olmasın, iki sözleşmeci taraf arasında silahlı bir çatışma var olduğunda⁶¹ ve ikinci fıkrasına göre ise sözleşmeci taraflardan birinin ülkesinin tamamen veya kısmen işgal edilmiş olması durumunda, bu işgal silahlı bir direnişle karşılaşmasa dahi Sözleşme uygulanacaktır. Sivillerin savaş sırasında korunmasının güvence altına alınması amacından hareketle Sözleşme'nin uygulama alanı, taraflardan birinin egemenliğinde olmayan toprakları hariç tutar şekilde sınırlandırılmayacaktır⁶². Maddenin üçüncü

⁶⁰ 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi md. 2, "1- Sulh zamanında yürürlüğe girecek olan hükümleri hariç, işbu Sözleşme harp ilânında yahut iki veya müteaddit Yüksek Akit Taraf arasında çıkabilecek silahlı anlaşmazlık halinde, harp hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi uygulanacaktır. 2- Sözleşme, aynı zamanda, Yüksek Akit Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde, bu işgal hiçbir askeri mukavemetle karşılaşmasa dahi uygulanacaktır. 3- Anlaşmazlık halinde Devletlerden biri işbu Sözleşmeye taraf teşkil etmiyorsa, buna taraf olan Devletler karşılıklı münasebetlerinden Sözleşmeye bağlı kalacaklardır. Bundan başka bu Devletler, taraf olmayan Devletçe Sözleşme hükümleri kabul ve tatbik edildiği takdirde, o Devlete karşı Sözleşme ile bağlı olacaklardır." şeklindedir.

⁶¹ Divan da Duvar Danışma Görüşünde bu hususu teyit etmiş; Sözleşme'nin uygulanması için öngörülen iki şartın yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 95.

⁶² Divan, Duvar Danışma Görüşünde Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına atıfla, Sözleşme ile sivillerin savaş sırasında korunmasının güvence altına alınmasının amaçladığını belirterek bu yönde yorumda bulunmuştur. Divan vardığı yargısını, IV. Cenevre Sözleşmesi'nin İsrail işgali altında olan topraklarda uygulanacağını belirten taraf devletlerin, 15 Temmuz 1999 ve 5 Aralık 2001 tarihli bildirileri; Kızılhaç Komitesi'nin 5 Aralık 2001 tarihli bir deklarasyonu ve Genel Kurul'un 10 Aralık 2001 tarih 56/60 sayılı ve 9 Aralık 2003 tarih, 58/97 sayılı kararlarıyla; Güvenlik Konseyi'nin 15 Eylül 1969 tarih 271(1969) sayılı, 22 Mart 1979 tarih 446 (1979) sayılı, 20 Aralık 1990 tarih 681 (1990) sayılı, 18 Aralık 1992 tarih 799(1992) sayılı, 18 Mart 1994 tarih 904(1994) sayılı kararlarıyla desteklemiştir. Bu bağlamda Divan, İsrail'in 6 Temmuz 1951'den, Ürdün'ün ise 29 Mayıs 1951'den beri herhangi bir çekince konulmaksızın Sözleşme'ye taraf olduğunu; Filistin'in ise 7 Haziran 1982 tarihli bildiri ile Sözleşme'yi uygulamak üzere tek taraflı bir taahhütte bulunduğu belirterek Sözleşme'nin çatışmadan önce Yeşil Hattın doğusunda kalan ve çatışma sırasında İsrail tarafından işgal edilen ve önceki açık ve net statüleri ile ilgili herhangi bir soruşturmaya gerek olmayan Filistin topraklarında uygulanabileceği sonucuna varmıştır.

fıkrasına göre ise taraf olmayan devlet hükümleri uygulamayı kabul ederse, bütün taraf devletler ona karşı da Sözleşme'yi uygulamakla yükümlüdür. Çatışmanın taraflarından biri Sözleşme'ye taraf olmasa bile, taraflar kendi aralarındaki ilişkilerde Sözleşme ile bağlıdır.

İşgal hukukunu teşkil eden bu kurallar sistemi kapsamında işgal ettiği toprakları, egemen niteliğine sahip olmaksızın, geçici süre ile idare etme yetkisine sahip kabul edilen işgalci devlete ait en temel yükümlülük ise bu topraklardaki yerel halkın menfaatini ve refahını gözetmektir. Lahey Sözleşmesi'ne Ekli Düzenlemeler'in 43. maddesi ve IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 47. ve 64. maddeleri gereğince işgalciye, mutlak surette engellenmediği sürece⁶³ işgal ettiği topraklardaki hukuki düzeni değiştirme yetkisi verilmemekte; işgalcinin, işgal altındaki topraklarda yürürlükte olan hukuka saygı gösterme gerekliliği çerçevesinde, bu topraklardaki mevcut durumun -insancıl hukuk temel ilkeleri olan askeri gereklilik, ayırım gözetme, gereksiz acıya sebep olmama, sadakat ilkeleri çerçevesinde- olabildiğince korunması öngörülmektedir⁶⁴.

Lahey Sözleşmesi'ne Ekli Düzenlemelerin 43. maddesine göre işgalci güç, işgal ettiği topraklarda yürürlükte olan hukuka saygı göstermekle yükümlüdür. İşgalci gücün yetki ve görevlerinin niteliği ve kapsamı, işgalin gerçekleştiği koşullara göre değişmemektedir⁶⁵. Cenevre Sözleşmesi'nin 64. maddesinin ikinci fıkrası da işgalci devlete verilen yetkinin sınırlarını, işgal altındaki toprakların halkını, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini, toprakların düzenli yönetimini sürdürmesini ve işgalci güçlerin veya yönetimin üyelerinin ve mallarının ve ayrıca bunlar tarafından kullanılan tesislerin ve iletişim hatlarının güvenliğini sağlamasını mümkün kılacak

Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 91, 95-9, 101.

⁶³ IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 64. maddesi, söz konusu istisnai hal bakımından Lahey Sözleşmesine Ek Düzenlemelerin 43. maddesinden daha belirgin ve açık bir düzenleme içermektedir. İki hükmün birbirini tamamlar nitelikte okunması gerektiği öngörülmektedir. Söz konusu hükümlere ilişkin detaylı analiz için bkz. Ünlü, *Filistin'de İşgal İdaresi*, 86-93.

⁶⁴ İşgal eden devletin hak ve yükümlülükleri hakkında detaylı analiz için bkz. Tütüncü, *İnsancıl Hukuk*, 142-155; Bothe, *Expert Opinion*, 3-4. Gökhan Albayrak, "Uluslararası İnsancıl Hukukta İşgale İlişkin Hukuki Meseleler," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, s. 2 (2020): 451-3, 459-464; Ünlü, *Filistin'de İşgal İdaresi*, 81-124.

⁶⁵ İşgal, askeri gerekliliğe cevap veren geçici bir durumdur. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 105.

gerekli hükümlere tabi tutulması şeklinde çizerek Lahey Sözleşmesi Ekli Düzenlemeler ile öngörülen yükümü tamamlamaktadır.

İşgalci gücün yetkilerini belirleyen normatif çerçeve, askeri gereklilik ile işgal edilen topraklardaki nüfusun korunması zorunluluğunu dengelemektedir⁶⁶. Çünkü nihayetinde işgal geçici bir rejimdir. Denetim altına alınan ülkenin tümü işgal altında olsa dahi, işgal devletinin ülkesini oluşturmamakta, diğer bir deyişle işgal edilen topraklar, bu rejim süresince işgalci devletin ülkesinin bir parçası olarak kabul edilmemektedir. İşgalin uzun süreli olması, devleti insancıl hukuktan doğan yükümlülüklerinden kurtarmadığı gibi bu hukuki rejim gereğince devlete verilen sınırlı yetkileri de genişletmemektedir⁶⁷.

A. İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarındaki Hukuk Dışı Yerleşimleri

1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri ve Buna Ekli Düzenlemeler ve IV. Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde işgalci devlet bakımından öngörülen temel yükümlülük, en basit haliyle, bölgenin demografik yapısını bozan yerleşim politikalarının uygulanmamasıdır. Bu kuralın en belirgin görünümü ise IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesidir⁶⁸. Maddeye göre, işgalci devlet, işgal

⁶⁶ Azarova, "Israel's Unlawfully Prolonged Occupation," 2.

⁶⁷ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 107-9.

⁶⁸ 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi md. 49, "1- Himaye gören şahısların, işgali altındaki topraklardan şağıl devletin kendi topraklarına veya işgal edilmiş olsun olmasın başka bir devletin topraklarına ferdi olarak veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri, her ne sebeple olursa olsun, yasaktır. 2- Mamañih, şamil devlet, halkın emniyeti veya mücbir askeri sebepler icap ettirirse, muayyen bir işgal mıntıkasının kısmen veya tamamen tahliyesine tevessül edebilir. Tahliyeler, himaye gören şahısların buna maddeten imkân olmadığı haller müstesna ancak işgal altındaki topraklarda yer değıştirmelerini intaç edebilir. Bu suretle tahliye edilen halk, bu mıntıkada muhasamat sona erer ermez tekrar yerlerine iade olunacaktır. 3- Şamil devlet, bu tahliye ve nakillere tevessül ederken, himaye gören şahısların imkân nispetinde münasip tesisata kabul edilmelerini, yer değıştirmelerin memnuniyeti mucip sıhhat, hıfzısıhha, emniyet ve iaşe şartları altında vukubulmasını ve aynı aile efradının birbirlerinden ayrılmamalarını temin edecek surette hareket eyleyecektir. 4- Hâmi devlet; nakillerden ve tahliyelerden, vuku bulur bulmaz, haberdar edilecektir. 5- Şamil devlet, halkın emniyeti ve mücbir askeri sebepler zaruri kılmadıkça, himaye edilen şahıslar harp tehlikelerine bilhassa maruz mıntikalarda alıkoyamaz. 6- Şamil devlet, işgal ettiği topraklara bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakledemez." şeklindedir.

ettiği topraklara bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakledemez. İşgal topraklarında yaşayan bireylerin, sivillerin güvenliği gerekli kılmadıkça veya zorunlu askeri gereklilikler⁶⁹ haricinde, başka bir devlet topraklarına ferdi veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri yasaktır. Dolayısıyla işgalci devletin halkının bölgeye; işgal topraklarında yaşayan bireylerin ise bölgeden tehcirini veya naklini engelleyen iki yönlü bir yasak vardır.

İsrail'in ise işgali altındaki Filistin topraklarında bu temel yüküme aykırı bir şekilde, bölgeye İsrailli vatandaşların yerleştirilmesi ve Filistinli vatandaşların bölgeden tahliye edilmesi üzerine ikili bir uygulama üzerinden bölgenin demografik yapısını bozmayı hedefleyen bir politika izlediği görülmektedir.

İşgal altında bulunan Filistin topraklarına İsrailli vatandaşların yerleştirilmesi, İsrail'in Sözleşmelerin söz konusu hükümlerine aykırı olarak işgal topraklarının demografik yapısını değiştiren yerleşim politikasının ilk ayağını teşkil etmektedir. İsrail yerleşimleri genel itibarıyla “*yerleşim yerleri (settlements)*” ve İsrail iç hukukuna aykırı olarak kurulan “*ileri karakollar (outposts)*” şeklinde gerçekleşmektedir. İleri karakollar, İsrail iç hukukuna aykırı olarak kurulsa da İsrail karakolları yasallaştırmak için düzenli olarak geriye dönük adımlar atmakta ve sürdürülebilmeleri için gerekli altyapıyı sağlamaktadır⁷⁰. Dolayısıyla yerleşim yerleri ve ileri karakollar arasındaki teknik ya da hukuki ayırım, söz konusu toplulukların İsrail'in yerleşim politikasının bir parçasını oluşturup oluşturmadığını tespit etmek açısından önemsiz kalmaktadır⁷¹.

İsrail Merkez İstatistik Bürosu tarafından raporlanan ve birçok İnsan Hakları Konseyi raporunda yer verilen İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki yerleşimci nüfusu, bu nüfusun artış hızı ve İsrailli yerleşimcilere verilen izin/ruhsat oranı ve devamında başlayan inşaa sayısı,

⁶⁹ Askeri gereklilik, insancıl hukuk kurallarına riayeti güvence altına alan, temel önemi haiz bir ilke olarak kabul görmekte; ilkenin uygulanması, ilgili insancıl hukuk düzenlemelerinde bu ilkeye atıf yapılmış olmasına bağlanmaktadır. İlke hakkında detaylı inceleme için bkz. Gökhan Güneysu, “Askeri Gereklilik İlkesi Ve Uluslararası İnsancıl Hukuk,” *Ankara Barosu Dergisi*, 2014 (4): 93-107.

⁷⁰ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 112, 116.

⁷¹ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 112.

hızla artan bir biçimde ileri karakollar kurulması⁷² İsrail'in işgal altında bulunan bu bölgeye uluslararası hukuk kural ve ilkelerine aykırı bir biçimde kendi nüfusunu naklettiğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

İsrail, işgal altındaki toprakları “devlet arazisi (*State land*)”, kapalı askeri bölgeler, milli parklar ve arkeolojik alanlar olarak belirleyerek kademeli olarak ele geçirmekte ve münhasıran İsrail'in kullanımına tahsis etmektedir⁷³. İsrail, yerleşim yerlerinin planlanmasında, altyapı çalışmalarında, imarında ve geliştirilmesinde doğrudan yer alarak, sosyo-ekonomik çeşitli politikalarla İsrail vatandaşı kimselerin bu yerlere yerleşimini teşvik etmektedir⁷⁴. Bunun en önemli göstergelerinden biri

⁷² İsrail Merkez İstatistik Bürosu, 31 Aralık 2021 itibariyle 455.700 olan Yahudi İsrailli sayısının, 31 Aralık 2022 itibariyle Doğu Kudüs hariç Batı Şeria'da 468.300 olduğunu bildirmiştir. 18 Mayıs 2023 tarihinde ise Maliye Bakanı olarak görev yapan Smotrich, 500.000 yerleşimcinin daha Batı Şeria'ya taşınması için iki yıllık bir plan sunduğu bildirmiştir. UNGA, “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights,” (A/HRC/55/72) 1 February 2024, para. 9-15 <<https://digitallibrary.un.org/record/4039853?ln=en&v=pdf>> (21 Ekim 2024). Ayrıca bkz. UNGA, “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights,” (A/HRC/52/76) 15 March 2023, para. 5-24 <<https://digitallibrary.un.org/record/4008132?ln=en&v=pdf>> (21 Ekim 2024).

⁷³ İsrail'in bu politikalarının sonucu olarak C bölgesi arazisinin yaklaşık yüzde 70'i Filistinlilerin inşaat ve gelişimine kapalı hale gelmiş ve Doğu Kudüs'teki durum ciddi ölçüde değişmiştir. UNHRC, “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan,” (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 14-7, 21-2 <<https://digitallibrary.un.org/record/1298033?ln=en&v=pdf>> (4 Ekim 2024). 1995 tarihli Batı Şeria ve Gazze Şeridi Hakkında İsrail- Filistin Geçici Anlaşması (Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Oslo II)) uyarınca Batı Şeria A, B ve C şeklinde 3 idari bölüme ayrılmaktadır (Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Oslo II)) <<https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-185434/>> (2 Temmuz 2024)). Uluslararası Bağımsız Araştırma Komisyonu'nun 2022 tarihli rapora göre, sadece Batı Şeria'da 750.000 dönümden fazla arazinin devlet arazisi olarak ilan edildiği tespit edilmiştir. UNGA, “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel- Note by the Secretary-General,” (A/77/328) 14 September 2022, para. 33 <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/591/34/pdf/n2259134.pdf>> (21 Ekim 2024).

⁷⁴ UNHRC, “Report of the independent international fact-finding mission to investigate the implications of the Israeli settlements on the civil, political, economic, social and cultural rights of the Palestinian people throughout the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem,” (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 20; UNHRC, (A/HRC/34/39) 13

bölgedeki yerleşim birimlerinin büyük bir kısmının İsrail tarafından “*ulusal öncelikli bölgeler (national priority areas)*” ilan edilmesi ve yerleşimcilere konut, eğitim hususunda devlet yardımı verilmesi ve sanayi ve turizm sektörlerine doğrudan teşvikler sunulmasıdır⁷⁵. İsrail, işgal topraklarına yerleşmek isteyen vatandaşlarına vergi indirimleri ve muafiyetleri sağlanması, yerleşimcilere enerji ve su kaynaklarına öncelikli erişim hakkı verilmesi, konut almak isteyenler için düşük kredi faizi ve uzun vade imkanı sunulması, bölgede istihdam edilen kamu personellerine daha yüksek maaş verilmesi, yerleşim birimlerinde tarım ve hayvancılık ile uğraşanlara ekonomik yardım ve eğitim programlarından oluşan çok yönlü destek sağlanması, yerleşimcilere hükümet tarafından finanse edilen yarı-sivil toplum kuruluşları aracılığıyla fon desteği verilmesi, özel işletmeler ve sanayi kuruluşları bakımından ise bazı vergi/harç indirimleri ve muafiyetleri tanınması⁷⁶ yoluyla⁷⁷ çok sayıda İsrail vatandaşının bölgeye yerleşmesini sağlamıştır. Öyle ki İsrail Merkez İstatistik Bürosu’nun 2012 tarihli verilerine göre son on yılda işgal

April 2017, para. 14, 23-31. UNESCO, “Economic and social repercussions of the Israeli occupation on the living conditions of the Palestinian people in the occupied Palestinian territory, including Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan,” (A/53/163-E/1998/79) 14 July 1998, para. 21 <<https://digitallibrary.un.org/record/256705?ln=en&v=pdf>> (4 Eylül 2024). Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşlerinde, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi de çeşitli kararlarında İsrail’in bölgenin demografik yapısını değiştirmeyi amaçlayan yerleşim politikası ve uygulamalarının insancıl hukuk kurallarına aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Bkz. *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 120; UNSC, Resolution 2334 (2016), 23.12.2016 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/2334>>; UNSC, Resolution 465 (1980) 01.03.1980 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/465>> (8 Temmuz 2024); *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 115-9.

⁷⁵ UNHRC, (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 22.

⁷⁶ İsrail tarafından bölgedeki özel işletmelere ve sanayi kuruluşlarına tanınan vergi/harç indirimleri ve muafiyetleri, Filistinliler arasında işsizliğin artmasına neden olduğu için yerleşim birimlerinde faaliyet gösteren işletmeler için ucuz iş gücü yaratmaktadır. Bu durumsa işçi maliyetleri düşürmek isteyen işletmeler için teşvik edici bir rol oynamakta, işgal toprakları ve yerleşim birimleri sadece İsrail merkezli şirketlerin değil çok uluslu şirketlerin de çekim merkezi haline gelmektedir (Özyürek, “İsrail Yerleşim Birimleri,” 284-5). Ayrıca 2013 tarihli rapora göre, bölgede faaliyet gösteren şirketler/işletmeler, Filistinli işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali ile sonuçlanan birçok uygulamayı gerçekleştirmekle birlikte; İsrail yerleşimlerin inşasını ve büyümesini doğrudan ve dolaylı olarak etkinleştirmekte ve kolaylaştırmaktadır (UNHRC, (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 96-9).

⁷⁷ UNHRC, (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 20-2.

bölgelerindeki yerleşimcilerin nüfusundaki artış, İsrail topraklarındaki nüfus artışından çok daha hızlıdır⁷⁸.

Bununla birlikte İsrail'in son yıllarda yerleşim yerleri ve toprak idaresi ile ilgili -yerleşimcilere yönelik hizmetlerin ve altyapının iyileştirilmesi de dahil- geniş idari yetkilerin askeri makamlardan, seçilmiş ve İsrail halkına karşı sorumlu olan İsrailli sivil yetkililere devredilmesini öngören yasal düzenlemeler yaptığı görülmektedir⁷⁹. Bu durumsa işgalci gücün, işgal ettiği ülkede kurduğu idarenin askeri nitelikte olması, bu topraklarda yapılan işlemlerin askeri emir ve talimatlardan teşekkül etmesi gerekliliğine aykırılık teşkil etmekte ve Filistin halkına karşı uzun süredir devam eden sistematik ayrımcılığı, baskıyı ve şiddeti kurumsallaştırmaktadır⁸⁰.

İsrail'in bu toprakların idaresine ilişkin söz konusu düzenlemeleri, teşvik uygulamaları, kamulaştırma eylemleri ve sonucunda şekillenen yerleşim politikası, bölgedeki Filistinlileri herhangi bir biçimde göçe zorlanmasa dahi tek başına IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesi ile üstlendiği yükümlülüklerin ihlalini teşkil etmektedir⁸¹. Zira Sözleşme gereğince işgalci gücün sivil nüfusunun, işgal edilen topraklara yerleştirilmesi, yerel nüfusun yerinden edilmesinden bağımsız bir biçimde yasaklanmaktadır⁸². Madde metninde “*sivillerin güvenliği gerekli kılmadıkça veya zorunlu askeri gereklilikler*” bakımından öngörülen istisnai düzenleme ise işgalci gücün bizzat kendi halkının işgal altında bulunan bölgelere tehcir veya naklini yasaklayan hüküm bakımından uygulama alanı bulmamaktadır⁸³.

⁷⁸ Yerleşimcilerin yıllık ortalama nüfus artış hızı (Doğu Kudüs hariç) %5,3 iken; İsrail'deki nüfus hızı % 1,8'dir. UNHRC, (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 28. İsrail'in Doğu Kudüs ve Batı Şeria'da sadece 1 Kasım 2020 ile 31 Ekim 2021 tarihleri arasındaki döneme ilişkin inşa ve ruhsat işlemlerine ve planlamalarına ilişkin tespit edilen istatistik veriler dahi İsrail'in uluslararası hukuk kuralları aykırı bir biçimde uyguladığı yerleşim politikasını ortaya koymaktadır. Bkz. UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para. 5-9.

⁷⁹ UNGA, (A/HRC/55/72) 1 February 2024, para. 5-8 <https://digitallibrary.un.org/record/4039853?ln=en&v=pdf> (21 Ekim 2024).

⁸⁰ Söz konusu yüküm işgalin, askeri gereklilikten doğan geçici bir rejim olması ile temellendirilmektedir. İşgal rejiminde erklerin duruma ilişkin bilgi için bkz. Ünlü, *Filistin'de İşgal İdaresi*, 80-102.

⁸¹ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 119.

⁸² *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 118.

⁸³ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 135.

Divan'ın İsrail'in, kendi halkının işgal edilen topraklara nakledilmesine/yerleştirilmesine ilişkin sistematik uygulamalarını ve bunun sonucunda şekillenen politikasını ilk olarak İsrail tarafından inşa edilen duvarın hukuki sonuçlarını ele aldığı 2004 tarihli Danışma Görüşünde değerlendirdiği görülmektedir. İsrail, duvarı, Batı Şeria'dan kaynaklanan terörist saldırılarla etkili bir şekilde mücadele etmek için yaptığını iddia etse de Divan duvarın, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayan yerleşimcilerin yaklaşık yüzde 80'inin dahil olduğu bir "kapalı alanı" kapsadığını ve İsrail Hükümeti tarafından planlanan güzergâhının, Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin bu alana nakledileceğine işaret ettiğini tespit etmiştir⁸⁴. Divan'a göre bu durum işgalci gücün, kendi nüfusunun bir kısmının işgal edilmiş topraklara transferini organize etmek veya teşvik etmek için alınan önlemleri de yasaklayan IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesinin ihlalini teşkil etmektedir⁸⁵.

İşgal altında bulunan Filistin topraklarında yaşayan yerel nüfusun bölgeden tehcirine, nakline sebep olan veya doğrudan ya da dolaylı biçimde göçe zorlayan uygulamalar ise İsrail'in Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işgal topraklarının demografik yapısını değiştiren yerleşim politikasının diğer ayağını teşkil etmektedir. Zira IV. Cenevre Sözleşme'nin 49. maddesi ile işgal topraklarında yaşayan bireylerin, sivillerin güvenliği gerekli kılmadıkça veya zorunlu askeri gereklilikler haricinde, işgalci devletin veya işgal edilmiş olsun olmasın başka bir devlet topraklarına ferdi veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri yasaklanmakta ve işgalci devletin, işgal ettiği topraklara bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakledemeyeceği belirtilerek işgalci devlet bakımından işgal ettiği toprakların demografik yapısını bozmama yükümlülüğü öngörülmektedir. Maddede işgalci devletin söz konusu yükümlülüğü bakımından öngörülen, sivillerin güvenliği ve zorunlu askeri gereklilikler istisnalarının uygulanması halinde ise söz konusu tehdit ve/veya gerekliliklerin ortadan kalkması halinde bu kimselerin geri dönebilecekleri belirtilerek istisnai düzenlemenin uygulama alanı sınırlandırılmakta ve dolaylı olarak aksi uygulamanın geçici önlem niteliği arz edeceği kabul

⁸⁴ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 119.

⁸⁵ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 120.

edilmektedir⁸⁶. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki bireylerin ferdi veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri hususunda öngörülen yasak, sadece fiziksel zorlamayı içermemekte, bu yönde uygulanan sosyo-ekonomik veya diğer nitelikli baskı/şiddet araçlarını da kapsamaktadır⁸⁷.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I Numaralı Protokol'ün 54. maddesi ise İsrail'in bölgenin demografik yapısını değiştirmeyi amaçlayan yerinden etme politikasını hayata geçirmek için başvurduğu şiddet araçlarıyla doğrudan ilgilidir. Protokol'ün 54. maddesinin, bu baskı araçlarını bir anlamda örneklemek yoluyla işgalci devletin yükümlülüklerine yer verdiği görülmektedir. Madde ile bir savaş yöntemi olarak sivilleri aç bırakmanın yasak olduğu belirtildikten sonra sivilleri aç bırakmak, sivillerin taşınmasına neden olmak ya da başka bir düşünceyle ya da başka hangi amaçla olursa olsun, taşıdıkları yaşamsal değer yüzünden düşman taraf ya da sivil halkı bunlardan mahrum bırakmak amacıyla, gıda maddeleri ve bu maddelerin üretimi için tahsis edilen tarım alanları, tarım ürünleri, sürü hayvanları, içme suyu tesisleri ve depoları ve sulama kanalları gibi halkın yaşamını sürdürmesi için vazgeçilmez olan mallara saldırmak, bunları yok etmek, ortadan kaldırmak ya da kullanılamaz hale getirmek yasaklanmaktadır⁸⁸. Protokol'ün bu hükmü IV. Cenevre Sözleşmesi'nin işgalci devleti, yerel halka gerekli gıda ve tıbbi malzeme sağlamakla yükümlü tutan 55. maddesi ile tamamlayıcı nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla Protokol'ün ilgili hükmüne aykırı uygulamalar, Sözleşme'nin de 55. maddesi ile üstlenilen yükümlülüklerin ihlali ile sonuçlanabilmektedir⁸⁹.

İsrail'in, Filistinlileri bölgeden göçe, nakle ve/veya tehciire zorlayan politikalarının en önemli ve görünür baskı aracı ise şüphesiz güvenlik önlemi gerekçesiyle 2002 yılında Batı Şeria'da inşa etmeye başladığı güvenlik

⁸⁶ Bu bağlamda kalıcı ve belirsiz nitelikte uygulamaların IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesinin ihlaliyle sonuçlanacağı kabul edilmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 146.

⁸⁷ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 145.

⁸⁸ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol, md. 54/1-2.

⁸⁹ Divan da 2024 tarihli Danışma Görüşünde Mahkeme, işgalci gücün yerel halkın su da dahil olmak üzere yeterli gıda maddesine ulaşma yükümlülüğünün devam ettiğini belirtmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 124.

duvarıdır. Divan, inşa edilen duvarın hukuki sonuçlarını ele aldığı Danışma Görüşü'nde duvar inşasının, Filistin halkının bu bölgelerden ayrılmasına neden olduğu ölçüde, işgal altındaki Filistin topraklarının demografik yapısının bozulmasına yol açtığını tespit etmiştir⁹⁰. Divan'a göre duvarın inşası ve bu inşanın ilişkili olduğu yıkım, tahrip gibi ilişkili eylemler, nihayetinde tarımsal üretimi olumsuz etkilemekte, halkın sağlık hizmetlerine, eğitim kurumlarına ve su kaynaklarına erişiminde zorlukların artmasına neden olmaktadır⁹¹. Zira özellikle Filistinlilerin geçim kaynaklarını teşkil eden seralar, zeytin ağaçları, su kuyuları, turuncgil ekinleri ve özel tarım arazileri gibi birçok mülke İsrail işgal güçlerince el konulduğu ve önemli tarım arazilerinin duvar inşasının ilk aşamasında yok edildiği ve bu yolla Filistinlilerin tarım arazileri, kuyular ve geçim kaynaklarıyla bağlantısının koparıldığı Birleşmiş Milletler bünyesinde yürütülen incelemeler sonucunda birçok raporda tespit edilmiştir⁹². 7 Ekim 2023'te başlayan silahlı çatışmalar sonrasında rapor edilen belgelerde ise Filistinlilerin, tarım arazilerine, mülklere ve doğal kaynaklara zaten sınırlı olan erişimine mevcut kısıtlamalara ek olarak yeni sınırlandırmalar getirildiği ayrıca belirtilmektedir⁹³.

Filistinlilere ait mülklerin, tarım arazilerinin tahrip edilmesi, hasatına izin verilmemesi, mahsullere zarar verilmesi, tarımla uğraşan Filistinlilerin kendi topraklarına girişinin engellenmesi⁹⁴, uygulanan yerleşim politikaları sonucu Filistinlilerin su kaynakları başta olmak üzere doğal kaynakları kullanmaktan

⁹⁰ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 122.

⁹¹ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 133.

⁹² Özel mülklerin yıkılması ya da mülklere el konulması askeri hareketin kati olarak zaruri kıldığı haller dahilinde olmadığından IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 53. ve özel mülklerin müsadere edilemeyeceği, yağmanın yasak olduğu belirten Lahey Düzenlemeleri'nin 46. ve 52. maddelerinin ihlaline neden olmaktadır. Bu sebeplerle duvar inşası Sözleşme'nin ilgili hükümlerine aykırılık teşkil etmekte; Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimleri uluslararası hukuku ihlal etmektedir. Ayrıca duvarın inşası ve ilişkili olduğu rejim, *fait accompli* bir duruma yol açabilecek; *de facto* ilhaka eş değer sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 121, 132-3, 135, 137.

⁹³ UNGA, (A/HRC/55/72) 1 February 2024, para. 42.

⁹⁴ UNGA, "Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, and the Occupied Syrian Golan," (A/67/375) 18 September 2012, para. 19 <<https://digitallibrary.un.org/record/737461?ln=en&v=pdf>> (11 Temmuz 2024).

mahrum bırakılması⁹⁵, Filistin halkının göç etmesine ve/veya tehcirine sebep olmaktadır⁹⁶. İsrail'in askeri bölgeler oluşturmak suretiyle, evlerine ve geçim kaynaklarına hukuki sürece riayet edilmeksizin gerçekleştirilen toplu yıkımlar ve el koyma işlemleriyle Filistinlileri, bölgeden göçe, nakle ve/veya tehcire zorlayan uygulamalarının en bilinen örneklerinden birini, Bedevi toplulukları ve hayvancılıkla uğraşanlar kimselerin yerlerinden edilmesi teşkil etmektedir⁹⁷.

İsrail'in, Filistinlilerin mülklerine karşı yaptığı hukuka aykırı müdahaleler ise Filistin halkını bölgeden göçe, nakle ve/veya tehcire zorlayan bir diğer baskı aracını teşkil etmektedir. İsrail Merkez İstatistik Bürosu tarafından raporlanan ve birçok İnsan Hakları Konseyi raporunda yer verilen Filistin mülklerinin yıkım sayıları, bu sayıların yıllar içerisindeki hızlı artışı, Filistinliler tarafından yapılan izin/ruhsat başvurularının kabul oranı⁹⁸, 7 Ekim 2023'de başlayan silahlı çatışmalarla artan Filistinlilere yönelik İsrailli

⁹⁵ UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 29; UNGA, (A/67/375) 18 September 2012, para. 14.

⁹⁶ Filistin tarafından Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yapılan 22 Mayıs 2018 tarihli başvuru da söz konusu hususlara dikkat çekilmiştir. Filistin başvurusunda Doğu Kudüs de dahil İsrail işgali altında bulunan Filistin topraklarında şiddet, zorlama ve baskı araçları kullanılarak insanlık dışı yaşam koşulları yaratıldığını, Filistinlilere ait doğal kaynakların, geçim kaynaklarının ve mülklerin tahrip edildiğini, bu mülklere hukuka aykırı biçimde el konulup Filistinli ailelerin zorla tahliye edildiğini ve bölgeye İsrailli yerleşimcilerin nakledildiğini belirterek bölgenin demografik yapısını değiştirmeyi amaçlayan bir yerinden etme politikası izlendiğini vurgulamıştır. Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute, 15 May 2024 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2018-05-22_ref-palestine.pdf> (7 Temmuz 2024).

⁹⁷ UNHRC, "Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem," (A/HRC/24/30) 22 August 2013, para. 27-8 <<https://digitallibrary.un.org/record/762782?ln=en&v=pdf>> (8 Temmuz 2024); UNHRC, "Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the Occupied Syrian Golan," (A/HRC/31/43) 20 January 2016, para. 56-60 <<https://digitallibrary.un.org/record/825529?ln=en&v=pdf>> (8 Temmuz 2024); UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 44; UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para. 28-9.

⁹⁸ Sivil İdare Altyapı Başkanı 20 Temmuz 2023 tarihli açıklamasında, Filistinlilerin inşaa izin/ruhsat taleplerinin %90-95 oranında reddedildiğini, İsrail tarafından yapılan başvuruların ise %60-70 oranında onaylandığını belirtmiştir (<<https://main.knesset.gov.il/en/news/pressreleases/pages/press20723r.aspx>>). UNGA, (A/HRC/55/72) 1 February 2024, para. 34-7. Ayrıca bkz. UNGA, (A/HRC/52/76) 15 March 2023, para. 25-35.

yerleşimci şiddetinin yoğunluğu ve şiddet olaylarının sayısındaki önemli artış, İsrail güvenlik güçlerinin önlemek için gerekli tedbirleri almamasının yanında şiddet olaylarına destek vermesi, gerekli soruşturma ve cezalandırma işlemlerini yapmaması⁹⁹ bu uygulamaların Filistinlilerin bölgeden ayrılmaya zorlayan baskı/şiddet aracı olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır. Zira İsrail tarafından, yıllar içinde artan bir biçimde, Filistinlilerin mülklerinin hukuka aykırı biçimde kamulaştırıldığı¹⁰⁰, istatistiksel olarak Filistinlilerin İsrail otoritelerinden herhangi bir sebeple inşa edecekleri mesken veya iş yerleri için ruhsat veya izin alabilmesi nerdeyse imkansız iken ruhsatsız olduğu gerekçesi öne sürülerek Doğu Kudüs dahil olmak üzere Batı Şeria’da bulunan Filistinlilere ait çok sayıda yapının yıkıldığı, insancıl hukuk kurallarına aykırı bir biçimde ve ayrımcı bir uygulama ile Filistin mülklerine cezai yıkım tedbirlerinin uygulandığı görülmektedir¹⁰¹.

Filistinlilerin ruhsat başvurularının kabulüne ilişkin istatistik değerler ve mülklerin yıkımına ilişkin sayısal veriler de bu gerçekliği ortaya koymaktadır. 2016-2018 yılları arasında Batı Şeria’da Filistinlilerin yaptığı bina yapım izni başvurularının %98’i reddedilmiştir¹⁰². İnsan Hakları Konseyi tarafından hazırlanan 2017 tarihli rapora göre, en yüksek sayıda yıkımın bulunduğu Batı Şeria’da 1988-2016 yılları arasında İsrail makamlarından izin alınmadan inşa edilen Filistinlilere ait yaklaşık 16.000 yapının yıkılması için 14.929 karar yayınlamıştır¹⁰³. Bununla birlikte Doğu Kudüs’teki yıkımların hızının da yıllar içerisinde dramatik bir artış gösterdiği kaydedilmiştir¹⁰⁴. Konsey’in, 1

⁹⁹ UNGA, (A/HRC/55/72) 1 February 2024, para. 16-33. Ayrıca bkz. UNGA, (A/HRC/52/76) 15 March 2023, para. 36-48.

¹⁰⁰ Uluslararası Bağımsız Araştırma Komisyonu (Independent International Commission of Inquiry) raporuna göre, 1967’den beri sadece C bölgesinde 2 milyon dönümden fazla arazi -ki Batı Şeria’nın üçte birinden fazladır-kamulaştırılmış ve nerdeyse tamamı İsraili yerleşimcilere tahsis edilmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 120.

¹⁰¹ UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 47-9; UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para. 24.

¹⁰² Hagar Shezaf, “Israel Rejects Over 98 Percent of Palestinian Building Permit Requests in West Bank’s Area C,” (Haaretz, 21 Ocak 2020) <<https://www.haaretz.com/israel-news/2020-01-21/ty-article/.premium/israel-rejects-98-of-palestinian-building-permit-requests-in-west-banks-area-c/0000017f-f7ce-d044-adff-f7f0b250000>> (3 Kasım 2024).

¹⁰³ UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 48.

¹⁰⁴ 2015 yılında 79 olan yıkım sayısı 1 Ocak- 31 Ekim 2016 tarihleri arasında 190’a ulaşmıştır (UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 49). 2012- 2021 tarihleri arasında ise Doğu

Kasım 2020 ile 31 Ekim 2021 tarihleri arasındaki dönem kapsamında, İsrail'in hukuk dışı yerleşimlerini konu alan 2022 tarihli raporunda ise Filistinlilere ait mülklerin yıkılması ve yerleşimci şiddeti olayları Birleşmiş Milletler tarafından şimdiye kadar kaydedilen en yüksek seviyelere ulaştığı belirtilmiştir¹⁰⁵.

Divan da 2024 tarihli Danışma Görüşünde İsrail'in, Filistinlilere ait mülklerin yıkılması/yok edilmesine ilişkin eylemlerini, ayrımcı hukuki düzenleme ve tedbirlerin uygulanması başlığı altında değerlendirmiştir. Divan, Birleşmiş Milletler İnsani Yardım Koordinasyon Ofisince hazırlanan rapora göre, sadece 2009'dan beri Batı Şeria ve Doğu Kudüs'te konut, tarımsal yapı ve altyapı tesisleri dahil yaklaşık 11.000 Filistin yapısının yıkıldığına dikkat çekerek¹⁰⁶ İsrail'in, Filistinlilere ait mülklerin yıkılması/yok edilmesine ilişkin eylemlerini, ayrımcı hukuki düzenleme ve tedbirlerin uygulanması başlığı altında, ruhsatsız yapılara yönelik işlemler ve cezai yıkım tedbiri uygulamaları şeklinde ikili bir sınıflandırmayla ele almıştır. Divan, inşaat ruhsatı verilmesinin ayrımcı politikalar çerçevesinde uzun, karmaşık, pahalı bir sürece bağlandığını, düşük bir onay oranı sonuçlandığını ve bu idari işlemlere karşı başvuru yollarının oldukça sınırlı olduğunu vurgulayarak söz konusu uygulamanın ruhsatsız yapıların hızla artmasına zemin hazırladığını, ruhsatsız inşaaya dayanan yıkımların makul ve nesnel ölçütlere dayanmadığını ve geniş ölçekte gerçekleşmesinin meşru amaca hizmet etmediğini belirtmiştir¹⁰⁷. Divan, cezai yıkım tedbiri uygulamalarının ise ayrımcı politikalarla gerçekleştirildiğini ve meşru kamusal bir amaç taşımadığını tespit ederek bu uygulamaların, IV. Cenevre Sözleşmesi'nin menkul ve gayrimenkul malların imhasını askeri hareketin kati olarak zaruri kıldığı

Kudüs de dahil olmak üzere Batı Şeria'da Filistinlilere ait yapıların yıkım sayısı 6.821'dir. UNGA, (A/HRC/52/76) 15 March 2023, para. 25.

¹⁰⁵ UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para 3.

¹⁰⁶ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 207.

¹⁰⁷ UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 47-9; UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para. 24. Divan 2024 tarihli Danışma Görüşünde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesi raporlanan sonuçlara atıfla, 2003-2013 tarihleri arasında Filistinliler tarafından yapılan izin başvuruların %94'ünün reddedildiğini, devam eden yıllarda bu oranın daha yükseldiğine buna karşın İsraililer tarafından sunulan taleplerin %60-70 oranlarında kabul edildiğine dikkat çekmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 214-222.

hallerle sınırlı tutan 53. maddesine doğrudan, Sözleşme ile koruma altına alınan kimsenin işlemediği bir suçtan dolayı cezalandırılmayacağını ve toplu cezalandırma yasağını düzenleyen 33. maddesine ise dolaylı sonuçları itibarıyla aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir¹⁰⁸.

Divan ayrıca konut ve işyerlerinin yanında ve tarım arazilerine el konulduğunu, bunların hasatına izin verilmediğini, mahsullere zarar verildiğini belirterek Filistinlilerin temel geçim kaynaklarından mahrum bırakılmasının, Filistinli sivil nüfusun bölgeye terk etmesi bağlamında bir baskı aracı olarak kullanıldığına dikkat çekmiştir¹⁰⁹. Bu uygulamalar bölge halkını göçe zorlaması dışında bir baskı aracı olması sebebiyle 49. maddenin ve I Numaralı Protokol hükümlerinin ihlaliyle sonuçlanmaktadır. Ancak söz konusu uygulamalar çerçevesinde ihlal edilen hükümler bunlarla sınırlı değildir. Söz konusu uygulamalar askeri hareketin kati olarak zaruri kıldığı haller dışında, ferden veya müştereken özel şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların imhasını yasaklayan Sözleşme'nin 53. maddesi ve işgal topraklarında yaşayan bireylerin şahıslarına ve mallarına karşı misilleme tedbirleri uygulanması ve yağmayı yasaklayan 33. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir¹¹⁰. Zira 53. madde işgale varan askeri operasyonların nihai olarak sona ermesi sonrasında da işgal altındaki topraklarda uygulanacaktır ve madde ile öngörülen yasağın tek istinası, askeri hareketin kati olarak zaruri kıldığı hallerdir¹¹¹.

Bunun yanında Lahey Sözleşmesi'ne Ekli Düzenlemeler'de de benzer şekilde özel mülklerin müsadere edilemeyeceği, yağmanın yasak olduğu belirtilmekte; işgalci devletin, vergilendirme yetkisi ve kamu mallarını kullanması bakımından birtakım sınırlandırılmalar öngörülmektedir. Bu

¹⁰⁸ Divan 2024 tarihli Danışma Görüşünde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesi raporlanan sonuçlara atıfla, cezai yıkım tedbirinin İsraili yerleşimcilere karşı kullanılmazken; İsrail işgalinin başlangıcından itibaren 2000'den fazla Filistin yapısının bu tedbir uygulamaları sonucu yıkıldığına dikkat çekmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 208-213.

¹⁰⁹ UNGA, (A/67/375) 18 September 2012, para. 19. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 142-3.

¹¹⁰ IV. Cenevre Sözleşmesi md. 33/2-3.

¹¹¹ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 135.

düzenlemelere göre işgalci devlet resmi binalar, gayri menkuller, ormanlar ve zirai işletmeler üzerinde sadece yönetme ve intifa hakkına sahiptir¹¹². Özellikle madenler gibi yenilenemeyen doğal kaynakların varlığı dikkate alındığında işgalci devletin, doğal kaynaklar üzerindeki bu yetkisini işgalin geçici niteliğine uygun biçimde kullanması gerekmektedir¹¹³. Dolayısıyla işgal altındaki topraklarda doğal kaynakların kullanımının sürdürülebilir olması aranmakta ve çevreye zarar vermekten kaçınılması öngörülmektedir¹¹⁴. Ancak İsrail tarafından uygulanan yerleşim politikaları sonucu Filistinlilerin su kaynakları başta olmak üzere doğal kaynakları kullanmaktan mahrum bırakıldığı görülmekte, yaşanan sorunlar Filistinlileri bölgeyi terk etmeye zorlamaktadır. İsrail mevcut Filistin kuyularına ve kaynaklarına el koyarak, yeraltı sularına erişmek için stratejik noktalara yerleşim yerleri inşa ederek ve uyguladığı yerleşim politikasının bir parçasını teşkil eden kuyu ve sulama sistemleri dahil su tesisi kurulmasına yönelik düzenlemeleri/emirleri¹¹⁵ ve su tedarikinde ayrımcı uygulamaları ile Filistinlilerin su kaynaklarına erişimini önemli ölçüde kısıtlamaktadır¹¹⁶. Bunun yanında İsrail, bölgedeki akiferlerden güvenli verimin çok üzerinde su çekimleri yaparak zamanla tükenmeye yol açabilecek kullanımlarla akiferlerin sürdürülebilir kullanımını olumsuz etkilemektedir¹¹⁷.

¹¹² 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ekli Düzenlemeler, md. 46-52, 55-6.

¹¹³ Bothe, *Expert Opinion*, 6. Birleşmiş Genel Kurulu da 2023 tarihli kararında işgalci devletin söz konusu yükümlülüklerine dikkat çekerek İsrail'in, Doğu Kudüs de dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarındaki doğal kaynakların sömürülmesine, zarar verilmesine, kaybına veya tükenmesine ve tehlikeye atılmasına son vermesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. UNGA, "Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources," (A/RES/78/170) 21 December 2023, para. 2 <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/416/69/pdf/n2341669.pdf?token=2cmJfyA9Aq9SF0YSI7&fe=true>> (19 Temmuz 2024).

¹¹⁴ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 124.

¹¹⁵ Filistinlilerin herhangi bir yeni kaynaktan su çıkarılması veya herhangi bir yeni su altyapısının geliştirilmesi, İsrail'den alınması neredeyse imkansız olan izinlere bağlanmıştır. Amnesty International, "The Occupation of Water" 2017 <<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2017/11/the-occupation-of-water/>> (19 Kasım 2024).

Bölgedeki su kaynakları ve tarafların bu kaynaklara erişimi hakkında ayrıntılı analiz için bkz. Sümeyra Tekin, "Uluslararası Hukuk Perspektifinden Su Sorunu Özelinde Filistin-İsrail İhtilafı," içinde *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*, Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023) 336-364.

¹¹⁷ Tekin, "Su Sorunu," 342-3.

Filistinlilerin su kaynaklarına erişimi, bu kaynakların İsrail ve Filistinliler arasında adil paylaşımı üzerinde olumsuz sonuç doğuran hususlardan biri de İsrail'in 2002'de inşa etmeye başladığı, 2022 itibarıyla %62'si tamamlanan Batı Şeria'yı çevreleyen duvardır¹¹⁸. Zira İsrail'in güvenlik gerekçesine dayandırdığı duvarın en önemli etkisi su kaynakları ve tarım arazileri üzerinde olmuştur¹¹⁹. Duvar'ın meydana getirdiği fiziksel ayırım, Filistinlilerin su kuyularına ve kaynaklarına ulaşımını önemli ölçüde engellemiş, su fiyatlarını yükseltmiş ve mevcut su ve sulama şebekelerine zarar vermiş¹²⁰, özellikle duvarın doğusunda ikamet eden çok sayıda Filistinli, çiftliklerden, otlaklardan ve su kaynaklarından tecrit edilmiş, söz konusu alana giriş-çıkış bakımından uygulanan geçiş rejimi kırsal geçim kaynaklarını olumsuz etkilemiştir¹²¹. Duvar inşasının henüz ilk aşamasında dahi su kuyuları, seralar, zeytinlikler, turuncgil ekinleri gibi verimli tarım arazileri yok edilmiştir¹²². Divan da Duvar Danışma Görüşü'nde, duvarın inşasının bölgede yarattığı tahribata ve duvarın inşasıyla İsrail'in, Batı Şeria'nın su ihtiyacının yüzde 51'ini karşılayan akifer

¹¹⁸ Tekin, "Su Sorunu," 354.

¹¹⁹ UNESCO, "Economic, Social and Cultural Rights: The Right to Food," Report by the Special Rapporteur, Jean Ziegler (E/CN.4/2004/10/Add.2) 31 October 2003, para. 49-51 <<https://digitallibrary.un.org/record/506617?ln=en&v=pdf>> (12 Kasım 2024). Julie Trottier, "A Wall, Water and Power: The Israeli 'Separation Fence'," *Review of International Studies* 33, s.1 (2007): 115-6.

¹²⁰ Tekin, "Su Sorunu," 355.

¹²¹ UN, "The Humanitarian Impact of the Barrier- Four years after the advisory Opinion of the International Court of Justice on the Barrier," July 2008 Update No. 8, s. 6 <https://www.ecoi.net/en/file/local/1314451/1504_1226326893_the-humanitarian-impact-of-the-barrier-august-2008.pdf> (14 Nisan 2023).

¹²² UNESCO, "Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and Other Arabs of the Occupied Territories," (A/58/311) 22 August 2003, para. 26 <<https://digitallibrary.un.org/record/504413?ln=en&v=pdf>> (9 Kasım 2024); UNESCO, "Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine," Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, John Dugard (E/CN.4/2004/6), 8 September 2003, para. 9 <<https://digitallibrary.un.org/record/504468?ln=en&v=pdf>> (9 Kasım 2024). Söz konusu duvar inşasının yanında İsrail ile Gazze arasında yeraltında inşa edilen 65 km'lik bir diğer yapının, suyun yerleşim bölgesine doğru akışını engelleyerek Gazze'yi milyonlarca metre küp olduğu tahmin edilen önemli bir su kaynağından mahrum bırakacağı öngörülmekte, duvarın inşa edilmesi sırasında yeraltı sularının kirletildiği iddia edilmektedir. Söz konusu yeraltı duvarı ve etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin, "Su Sorunu," 356.

sistemini büyük ölçüde ilhak edeceğine ilişkin Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan raporlara yer vererek bu hususa dikkat çekmiştir¹²³.

Divan 2024 tarihli Danışma Görüşü'nde, mülklere ve tarım arazilerine el konulması yoluyla temel geçim kaynaklarından mahrum bırakılmasının Filistinli sivil nüfusun bölgeye terk etmesi bağlamında bir baskı aracı olarak kullanıldığına dikkat çekmiştir¹²⁴. Divan, İsrail'in su, mineraller dahil doğal kaynakları kendi nüfusu lehine ancak yerel Filistinli nüfusun aleyhine hatta dışlanmasına sebep olacak şekilde kullandığını; Filistinlilerin su kaynaklarına erişiminin hem kalite hem miktar açısından oldukça düşük seviyede kaldığını tespit etmiştir¹²⁵. İsrail'in doğal kaynakların kullanımına ilişkin politikasının işgal altında bulunan Filistin topraklarında tarım yapılmasını önemli ölçüde kısıtladığını, ekonomik zorluklara ve çevresel zararlara sebep olduğunu belirterek¹²⁶ İsrail'in, doğal kaynakların kullanımı hususunda insancıl hukuk kuralları ile kendisine verilen yönetici ve intifa hakkı sahibi olarak hareket etme ve bölgede bulunan Filistinli nüfusunun suya erişimini ciddi şekilde kısıtlayarak bu kimselere yeterli miktarda ve kalitede su temin etme yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit etmiştir¹²⁷. Divan'a göre, İsrail yerleşim politikaları Filistin halkını, bu topraklardaki doğal kaynaklardan yararlanmaktan mahrum bırakmakta ve Filistin halkının ekonomik, sosyal, kültürel gelişimini sürdürme hakkına zarar vermektedir¹²⁸.

¹²³ *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 133.

¹²⁴ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 142-3.

¹²⁵ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 127-9. Benzer yönde tespitler için bkz. UNGA, (A/67/375) 18 September 2012, para. 14.

¹²⁶ Tarım arazileri, 1980 yılında 2.4 milyon dönüm iken, 2010 yılında 1 milyon dönüme düşmüştür. Tarımdan elde edilen gelirin, gayrisafi yurtiçi hasıladaki payı ise 1972'de %35, 1995'te %12 iken 2020'de %4'ün altına inmiştir. Yerleşim yerlerinin ve sanayi bölgelerinin genişlemesi tatlı su ve akiferlerin kirlenmesine katkıda bulunmuş, azalan su kaynakları ve buna bağlı olarak ortaya çıkan çevresel bozulma tarım sektörünü olumsuz etkilemiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 130.

¹²⁷ Divan İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki doğal kaynakları işletme politikasının, Filistin halkının doğal kaynaklar üzerindeki daimi egemenlik hakkına saygı gösterme yükümlülüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 126-133. Benzer yönde tespitler için bkz. UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 29; UNGA, (A/67/375) 18 September 2012, para. 14.

¹²⁸ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 256.

Bununla birlikte, Filistinlilerin mülklerine İsrail vatandaşları -hatta kimi zaman İsrail kolluk kuvvetleri- tarafından yapılan saldırılara göz yumularak ve gerekli etkin soruşturma başlatılmayarak söz konusu eylemlerin dolaylı olarak desteklenmesi¹²⁹, bölgede düzenlenen askeri operasyonlar ve keyfi tutuklamaların yarattığı güvensizlik ortamı hem münferiden hem de birleşik etkileri dahilinde Filistinliler üzerinde sosyo-ekonomik bir takım sonuçlar doğurarak yaşam hakkı başta olmak üzere birçok temel ve özgürlüğün ihlaline, Filistin halkının göç etmesine ve/veya tehcirine sebep olmaktadır¹³⁰. İsrail tarafından Filistinlilere ilişkin uygulanan ayrımcı politika¹³¹, Filistinlilere yönelik saldırıların önlenmemesi, cezalandırılmaması ve İsrail kolluk kuvvetleri tarafından Filistinli nüfusa karşı aşırı güç kullanılması araçlarıyla kolluk kuvvetleri tarafından desteklenmekte ve nihayetinde kurumsallaşmış bir ayrımcılığı işaret etmektedir¹³².

Divan da Danışma Görüşü'nde İsrail'in, sivil nüfusa yönelen şiddeti önlemek ve cezalandırmak hususunda yetersiz kaldığına dikkat çekerek; söz konusu uygulamalarla işgal altındaki topraklarda bulunan kimselerin, en genel tabiriyle temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını öngören IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 27. maddesinin ve Lahey Sözleşmesi'ne Ekli Düzenlemeler'in 46. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir¹³³.

B. İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarındaki Yerleşim Politikası Sonucu: İlhak ve Üçüncü Devletlerin Yükümlülükleri

İşgal hukuku, işgalci gücün işgal ettiği topraklarda mevcut durumu koruması gerektiği ilkesine dayanmaktadır¹³⁴. İşgal hukuku kapsamında işgalci devlete verilen sınırlı yetkiler de bunu kanıtlar niteliktedir. İşgal,

¹²⁹ UNHRC, (A/HRC/24/30) 22 August 2013, para. 24 <<https://digitallibrary.un.org/record/762782?ln=en&v=pdf>> (8 Temmuz 2024). Benzer yönde bkz. UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para. 17-23.

¹³⁰ UNHRC, (A/HRC/34/39) 13 April 2017, para. 18-20, 52-3.

¹³¹ Bu yönde tespitler için bkz. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 192-7.

¹³² UNHRC, (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 103, 107.

¹³³ UNHRC, (A/HRC/24/30) 22 August 2013, para. 24-6. Benzer yönde bkz. UNHRC, (A/HRC/49/85) 28 April 2022, para. 17-23. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 149-154.

¹³⁴ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para 159.

gerçekleştiği koşullar ne olursa olsun, tek başına işgal eden güce “egemen” sıfatı vermemektedir¹³⁵. Bu sebeple işgalci güç tarafından işgal edilen topraklar üzerinde kalıcı kontrol sağlama niyetini gösteren tasarruflar, ilhak¹³⁶ eylemi olarak değerlendirilebilmektedir. İlhak, işgalci güç tarafından işgal edilen topraklar üzerinde egemenliğin resmi olarak ilan edilmesi yoluyla “*de jure*” biçimde; resmi bir bildirinin dışında kalan, sahada “*fait accompli (oldu bitti)*” yaratan ve işgalci gücün işgal altındaki topraklar üzerindeki kalıcı kontrolünü pekiştiren eylemler aracılığıyla “*de facto*” biçimde gerçekleşebilmektedir¹³⁷. Gerçekleştirildiği araçlar bakımından farklılık gösterse de her iki ilhak türü de nihayetinde işgal edilen topraklar üzerinde kalıcı kontrolün sağlanmasını amaçlamaktadır.

Bu minvalde İsrail’in işgal altında bulunan Filistin topraklarındaki izlediği yerleşim politikasının da süresiz olarak yürürlükte kalacak ve geri dönüşü olmayan etkiler yaratacak şekilde tasarlandığı¹³⁸ dolayısıyla söz konusu topraklarda kalıcı kontrolün sağlanmasına hizmet ettiği görülmektedir. İsrail tarafından yerleşimler ve ileri karakollar kurulması, bunların genişletilmesi, sürdürülmesi için duvar¹³⁹ da dahil olmak üzere altyapı tesislerin inşası, doğal kaynaklar dahil arazi ve mülklere el konulması, kamulaştırılması, cezai yıkım tedbirlerinin uygulanması, inşaat izin ve ruhsatlarının verilmesinde Filistinlilerin inşasını sınırlayan ayrımcı bir rejim uygulanması, Doğu Kudüs’te yürürlükteki kurallara saygı gösterilmemesi ve özellikle sistematik biçimde Filistinlilerin mülklerinin tahrip edilmesi, yok edilmesi, Filistinlilerin göçe zorlanması veya nakli yoluyla Filistinlilerin

¹³⁵ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para 159.

¹³⁶ İlhak (annexation), işgalci devletin işgal ettiği ülkeyi kendi ülkesine katmasıdır. İlhak eden devlet söz konusu topraklarda egemenlik tesis etmekte bu toprakları kendi ülkesinin bir parçası olarak kabul etmektedir. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri- 4. Kitap* (3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 212.

¹³⁷ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 160.

¹³⁸ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 173.

¹³⁹ Divan, Duvar Danışma Görüşünde, duvarın inşasının ilhak anlamına gelmediği ve duvarın geçici nitelikte olduğu konusunda İsrail tarafından verilen güvenceyi not etmekle birlikte, duvarın inşasının ve bununla bağlantılı rejimin, sahada kalıcı hale gelebilecek bir “*fait accompli- oldu bitti*” yarattığını ve bu durumda, İsrail’in duvarı resmi olarak nitelendirmesine bakılmaksızın, bunun *de facto* ilhakla eşdeğer olacağını ifade etmektedir. *Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 121.

yerinden edilmesi ve bölgeye İsrail vatandaşlarının yerleştirilmesi aracılığıyla uygulanan yerleşim politikası, ülke halkının haklarını etkileyen kurumsal değişikliklere eş değer sonuçlar doğurmaktadır. Zira Doğu Kudüs de dahil olmak üzere Batı Şeria’da izlenen yerleşim politikası, Filistin Devleti’nin kurulmasını engelleyen ve Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını baltalayan *de facto* ilhakla sonuçlanan bir inşaat ve altyapı örgüsüdür¹⁴⁰. 1980’de bir Temel Yasa (Basic Law) ile Kudüs’ün bir bütün olarak başkent ilan edilmesi de 1967’den beri ilhak saiki ile hareket edildiğinin bir başka göstergesini teşkil etmektedir¹⁴¹.

Bu sonuçlar IV. Cenevre Sözleşmesi’nin işgal altında bulunan ülkede bulunan kimselerin, kurum veya kuruluşlarda veya hükümette vuku bulacak herhangi bir değişiklik, işgal eden ile edilen devlet arasında yapılacak bir andlaşma veya işgal edilen ülkenin kısmen ya da tamamen ilhakı sebebiyle her ne suretle olursa olsun Sözleşme ile öngörülen korumadan mahrum bırakılmayacağını öngören 47. maddesine aykırılık oluşturabilecek niteliktedir¹⁴². 47. madde, işgal altındaki toprakların işgalci güç tarafından ilhakının ve tabii *de facto* olarak eş değer etkiye sahip tedbirlerin hukuka aykırı olduğu önermesine dayanmaktadır¹⁴³. Zira ülkenin statüsünde kalıcı değişikliğe yol açan tedbirler/uygulamalar, çatışmanın çözümünü sistematik bir biçimde engellediği, işgalin ve/veya işgalci güç tarafından uygulanan kontrolün geçici niteliğine aykırılık oluşturduğu gibi kalıcı etkileri sebebiyle *de facto* biçimde de ilhakın ortaya çıkmasına dönük sonuçlar doğurabilmektedir¹⁴⁴. Divan da 2024 tarihli Danışma görüşünde, işgalci gücün işgal altındaki toprakları kalıcı olarak kontrolü altına almaya yönelik yerleşim politikalarının veya diğer tedbirlerin ilhak eylemlerini teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Divan’a göre, İsrail’in izlediği yerleşim politikası, başta Batı Şeria ve Doğu Kudüs olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarının karakterinde, hukuki statüsünde, demografik yapısında ve toprak bütünlüğünde değişikliğe yol açmaktadır¹⁴⁵. Bu bağlamda işgal edilen Filistin

¹⁴⁰ UNHRC, (A/HRC/22/63) 7 February 2013, para. 101.

¹⁴¹ John Quigley, “The Legal Status of Jerusalem,” *Turkish Yearbook* 24, (1994): 16-18.

¹⁴² Bothe, *Expert Opinion*, 9.

¹⁴³ Bothe, *Expert Opinion*, 9.

¹⁴⁴ Bothe, *Expert Opinion*, 5, 9, 12-4. Ayrıca belirtmek gerekir ki demografik yapıda değişikliğe neden olan yerleşim politikasına uluslararası hukuk tabanında yapılacak bir değerlendirme, halkların kendi kaderini tayin hakkını da gündeme getirmekte ve böyle bir politikanın kendi kaderini tayin hakkının kullanımını ciddi bir biçimde engellediğine dikkat çekilmektedir. (*Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, para. 122).

¹⁴⁵ Divan, söz konusu değişimlerin işgal altındaki Filistin topraklarında kalıcı ve geri dönüşü olmayan bir İsrail varlığı yaratma niyetini ortaya koyduğunu belirtmiştir. *Legal*

topraklarında uygulanan yerleşim politikası, doğal kaynakların insancıl hukuk ile belirlenen kural ve ilkelere aykırı olarak kullanılması ve bunların yanı sıra Kudüs'ün İsrail'in başkenti olarak ilan edilmesi ve bölgede uygulanan hukuki rejim, söz konusu Filistin topraklarının büyük bir kısmının ilhakı niteliğindedir¹⁴⁶.

Divan'ın Filistin topraklarının ilhakı ile sonuçlanan İsrail yerleşim politikasının, İsrail'in bölgedeki varlığını/işgalini hukuka aykırı hale getirdiğine de ayrıca değindiği görülmektedir. İsrail'in bölge üzerinde egemenlik iddiasında bulunması ve bölgenin belirli kısımlarını ilhak etmesi kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı yasağını¹⁴⁷ ihlal etmekte, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını¹⁴⁸ kullanmasını engellemektedir¹⁴⁹. Bu ihlaller ise İsrail'in işgalci güç olarak Filistin topraklarında devam eden varlığının hukukiliği üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Bu doğrultuda

Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, para. 252.

¹⁴⁶ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 172-3, 179.

¹⁴⁷ Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı yasaklanmıştır; kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi sonucu gerçekleşen hiçbir toprak kazanımının hukuka uygun kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. UNGA, "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations," 2625 (XXV) of 24 October 1970, 123 <<https://digitallibrary.un.org/record/202170?v=pdf>> (24 Kasım 2024); UNGA, "Declaration on the Strengthening of International Security," 2734 (XXV) of 16 December 1970, para. 5 <<https://digitallibrary.un.org/record/201717?v=pdf>> (9 Aralık 2024). 1974 tarihli Saldırının Tanımı Kararında da saldırıdan kaynaklanan hiçbir ülkesel kazanım ve özel durumun hukuki olarak tanınmayacağı öngörülmüştür. Bkz. UNGA, "3314 (XXIX). Definition of Aggression" (1974), md. 5, para. 3 <<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/739/16/pdf/nr073916.pdf>> (27 Aralık 2024). Güvenlik Konseyi de birçok kararında bu hususu vurgulamaktadır. Divan da Duvar Danışma Görüşünde, kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma sonucundaki toprak kazanımlarının hukuka aykırı olduğunun bir teamül kuralı olduğunu tespit etmiştir (*Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, para. 87). Divan 2024 tarihli Danışma Görüşünde ise kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı yasağından doğan yükümlülüğün *erga omnes* nitelik arz ettiğini açık bir biçimde kabul etmiştir (*Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 274).

¹⁴⁸ Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkı ve hakkın uluslararası hukukta devlet olmak için aranan kriterler bağlamında değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Kerem Kayhan, "Uluslararası Hukuk Açısından Filistin Devleti: Montevideo Kriterleri ve Ötesi," içinde *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*, Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023): 91-8.

¹⁴⁹ İsrail'in güvenlik kaygıları bu ilkeleri geçersiz kılmaz. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 252-8.

sonuç olarak Divan, İsrail'in işgalci güç statüsünü, ilhak ve işgal altındaki Filistin toprakları üzerinde kalıcı kontrol iddiası yoluyla sürekli olarak kötüye kullanmasının ve Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkının sürekli olarak engellenmesinin, uluslararası hukukun temel ilkelerini ihlal ettiğini ve İsrail'in bölgedeki varlığını hukuka aykırı hale getirdiğini tespit etmiştir¹⁵⁰. Divan, İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki varlığının hukuka aykırı olduğu tespitinin, İsrail'i varlığı sona erinceye kadar toprakla ilgili yetkilerini kullanması bakımından Filistin halkına ve diğer devletlere karşı uluslararası hukuk, özellikle de işgal hukuku kapsamındaki yükümlülük ve sorumluluklarından kurtarmadığını vurgulamıştır¹⁵¹. Zira Divan'a göre, uluslararası hukukça statüsü ne olursa olsun, bir devletin bölge halkını veya diğer devletleri etkileyen eylemlerinden dolayı sorumluluğunun temeli, bölge üzerinde uyguladığı etkin kontroldür¹⁵².

Divan işgal ya da işgalci devlet bakımından kararda yer verdiği 'hukuka aykırılık' nitelendirmesinin mahiyetini açıklamasa¹⁵³ da sonucunu belirtmiş; İsrail'in izlediği yerleşim politikalarının, kuvvet kullanarak ülke kazanma yasağını ve Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını ihlal etmesinin süreklilik arz eden ve uluslararası sorumluluğunu gerektiren hukuka bir eylem teşkil ettiğini vurgulamış ve İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarındaki varlığına mümkün olan en kısa sürede son verme yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁴.

Bununla birlikte İsrail'in Filistin topraklarındaki hukuka aykırı varlığı ve Filistin topraklarının ilhaki temelinde ele alınan ve emredici kural (*jus*

¹⁵⁰ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 259-263.

¹⁵¹ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 264.

¹⁵² *Ibid.* Divan'ın yorumu, insan hakları ve insancıl hukuk sözleşmelerinin ülke dışında uygulanmasında, devletin yükümlülüklerinin varlığının tespitinde belirli bölge üzerinde uygulanan denetim ve otorite bakımından etkin kontrol ölçütünün esas alındığını teyit etmesi bakımından ayrıca önem arz etmektedir.

¹⁵³ Marko Milanovic, "ICJ Delivers Advisory Opinion on the Legality of Israel's Occupation of Palestinian Territories," (EJIL Talk, 20 July 2024) (Çevrimiçi) <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/>, (28 Temmuz 2024). Divan'ın bu yorumu İsrail'in insancıl ve insan hakları dahil uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığının vurgulanması bağlamında önem arz edebilir.

¹⁵⁴ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 267.

cogens)¹⁵⁵ niteliği haiz kabul edilen¹⁵⁶ kuvvet kullanma yasağının ve Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkının ihlali, uluslararası hukuka aykırı eylemlerden devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar rejimi çerçevesinde üçüncü devletler bakımından da sonuç doğurmakta; bu devletler bakımından söz konusu ilhakin tanınmasını hukuka aykırı hale getirmektedir¹⁵⁷. 2001 tarihli Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in¹⁵⁸ 41. maddesi de bu hususu destekler niteliktedir. Maddenin ikinci fıkrasına göre; her devlet, uluslararası hukukun emredici kurallarının ağır ihlali sonucu ortaya çıkan durumu meşru olarak tanımama¹⁵⁹,

¹⁵⁵ Uluslararası hukukta emredici kurallar (*jus cogens*) kavramının tanımı ve genel çerçevesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Başkaracaoğlu, “Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” (Emredici Kurallar),” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2011.

¹⁵⁶ Uluslararası Hukuk Komisyonu 2022 tarihli “Genel Uluslararası Hukukun Emredici Kuralların (*Jus Cogens*) Tanımlanması ve Hukuki Sonuçlarına İlişkin Taslak Sonuçlar”ın Ek’inde tüketici olmayan biçimde sunduğu emredici kurallar listesinde saldırı yasağı ve kendi kaderini tayin hakkına yer vermiştir. Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), Adopted by the International Law Commission at its seventy-third session, in 2022, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (A/77/10, para. 43). The report will appear in Yearbook of the International Law Commission, 2022, Vol. II, Part Two. Ayrıca bkz. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, md. 40, para. 4-5.

¹⁵⁷ Bothe, *Expert Opinion*, 5, 9, 17. Azarova, “Israel’s Unlawfully Prolonged Occupation,” 14. Benzer yönde bkz. *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 179.

¹⁵⁸ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

¹⁵⁹ Tanımama, bir uluslararası hukuk kişinin kendi dışında gelişen bir olayı, bir durumu, bir belgeyi, bir olguyu bir iddiayı veya bir ilişkiyi hukuka aykırı kabul ettiğini bildiren ve ilişkilerini bu kabul temelinde yürüteceğini beyan eden tek taraflı işlem olarak ifade edilmekte; yalnızca hukuki değil, siyasi bir tavrın da tezahürü olarak yorumlanmaktadır (Ceren Zeynep Pirim, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 90, 98). Tanımama yükümü, *ex injuria ius non oritur* (haksızlık/hukuka aykırılık, bundan yararlanmaya imkan veren hak doğurmaz) ilkesi ile temellendirilmektedir (Martin Dawidowicz, “The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation,” içinde *The Law of International Responsibility*, Ed. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett (Oxford: Oxford University Press, 2010): 677). 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin (Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331) ve 1986 tarihli Viyana

bu durumun sürdürülmesi için yardım veya destek sağlamama yükümü altındadır¹⁶⁰. Söz konusu hükmün uygulanması, kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı ve halkların kendi kaderini tayin hakkının ihlali üzerinden örneklenmekte ve öngörülen tanıma yasağının, resmi işlemlerle birlikte tanıma anlamına gelecek eylemleri de kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶¹.

Devletlerle Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütlerle Uluslararası Örgütler Arasındaki Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, *Treaty Series*, Doc. A/CONF.129/15) emredici kurallarla çatışan andlaşmaların geçersizliğini öngören 53. maddeleri, Taslak Maddelerle öngörülen söz konusu tanımama yükümünü destekler niteliktedir. Hatta Sözleşmelerin tarihi esas alındığında maddelerin, söz konusu yükümün normatif temelde başlangıç noktasını teşkil ettiği söylenebilir.

¹⁶⁰ Uluslararası emredici nitelikli hükümlerden doğan yükümlülüklerin ağır biçimde ihlali halinde çok taraflı bir sorumluluk ilişkisi tesis edilmekte, ihlale doğrudan maruz kalmayan devletler de sorumluluk ilişkisine dahil edilerek üçüncü devletler, bazı yükümlülükler altına sokulmakta ve ağırlaştırılmış sorumluluğu doğan devlete karşı birtakım haklara sahip kılınmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pirim, *Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, 79-146; Gülsüm Kaya, "Uluslararası Hukukta Tanımama ve Güncel Sorunlar," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, s. 2 (2022): 505-510.

¹⁶¹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, s. 114, para. 5-6. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki maddeyle öngörülen tanımama yükümü, emredici kurallar bağlamında geniş uygulama alanına sahiptir; sadece kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı ve halkın kendi kaderini tayin hakkının ihlaline hasredilemez. Ayrıca öğretilde, uluslararası hukukun öngördüğü geleneksel tanımama yükümlülüğü ile Taslak Maddelerin ilgili hükmü bağlamında ayırım yapıldığı; uluslararası hukuka aykırı ülke kazanımlarının veya bağımsızlık ilanlarının tanınmaması yükümlülüğünün, bir statünün tanınmamasına ilişkin olduğu ve bu yüküme aykırı davranan devletlerin hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirmiş olacaklarının; ancak emredici kuralların ihlalleri sonucu oluşmuş durumların tanınmaması yükümlülüğünün, bu ihlallerin doğurduğu etkilere bağlı olarak ortaya çıktığı ve herhangi bir statüye ilişkin olmayan durumlara ilişkin olduğunun ve bunların tanınmamasının her zaman hukuka aykırı eylem ile sonuçlanmayacağına belirtildiğine dikkat çekmek gerekmektedir. Bkz. Helmut Philipp Aust, *Complicity and The Law of State Responsibility* (New York: Cambridge University Press, 2011), 331-2. Bu görüş, Divan'ın 2024 tarihli Danışma Görüşü'nde üçüncü devletler bakımından öngörülen, İsrail'in Filistin topraklarındaki hukuka aykırı varlığından kaynaklanan tanımama yükümü çerçevesinde yapılan yorumlarda, uluslararası hukuk çerçevesinde tanımama yükümünün bir hak iddiası/yasal statü (a claim of legal title) bakımından kabul edildiği; İsrail'in Filistin topraklarındaki işgalinin ise olay/olgu (fact) olduğunu ifade eden (Yael Ronen, "The Obligation of Non-recognition, Occupation and the OPT Advisory Opinion," (Verfassungsblog, 14 October 2024) <<https://verfassungsblog.de/the-obligation-of-non-recognition-occupation-and-the-opt-advisory-opinion/>> (18 Aralık 2024)) eleştirileri de karşılar niteliktedir. Zira her emredici kuralların ihlali, hukuki bir statü veya hak talebiyle (a legal claim to status or rights) sonuçlanmayabilir (Dawidowicz, "The Obligation of Non-Recognition," 683).

Maddenin ilk fıkrasında ise uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır ihlali halinde, devletlerin böyle bir ihlale son vermek için meşru araçlarla iş birliği yapmaları gereği öngörülmektedir.

Emredici kuralların ağır ihlali ise Taslak Maddeler'in 40. maddesinde düzenlenmekte; ağır ihlalin varlığı, sorumlu devletin aşikâr veya sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmasına bağlanmaktadır¹⁶². İhlalin aşikâr olması, ihlalin ve etkilerinin yoğunluğu ve aleniliğini vurgularken kural tarafından korunan değerlere doğrudan ve açık bir saldırıya varan aleni nitelikli eylemleri; sistematik olması ise eylemlerin önceden tasarlanmış, organize ve kasıtlı bir biçimde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir¹⁶³.

İsrail'in işgali altında bulunan Filistin topraklarını *de facto* ve/veya *de jure* ilhakının, emredici kural niteliğine haiz olduğu kabul edilen kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı yasağının ve halkların kendi kaderini tayin hakkının aşikâr ve sistematik ihlalinin sonucu olduğu açıktır¹⁶⁴. Bu sebeple devletin uluslararası sorumluluğu rejimi çerçevesinde devletler, İsrail'in, işgali altında olan Filistin topraklarında izlediği yerleşim politikası ve bu politikayı hayata geçirmek için araçsallaştırdığı uygulamaları meşru olarak tanınamama ve bu durumun sürdürülmesi için yardım veya destek sağlamama ve söz konusu ihlallere son vermek için meşru araçlarla işbirliği yapma yükümü altındadır.

İşgalin taraflarından biri olmayan üçüncü devletlerin yükümlülükleri, insancıl hukuk düzenlemeleri çerçevesinde ise “*Yüksek Akit Taraflar işbu Sözleşme’ye her halükârda riayet etmeyi ve ettirmeyi taahhüt ederler*”

¹⁶² Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, md. 40/1-2. Uluslararası hukukun emredici bir kuralının ağır ihlali hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Pirim, *Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, 56-76; Yeşim Yıldız, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda İştirak* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 118-133. Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 220-249.

¹⁶³ Pirim, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, 75; Yıldız, *İştirak Rejimleri*, 120-1.

¹⁶⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki uluslararası hukukun emredici kurallarının ihlalinin, çoğu zaman ağır ihlal koşulunu karşıladığı diğer bir deyişle bu ihlallerin, kendi başına, ağır ihlalden söz edebilmek için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Pirim, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, 76-7.

hükmüne yer vererek taraf devletlerin Sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini, “saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama” şeklinde ifade eden 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 1. maddesi ile temellendirilmektedir¹⁶⁵. Maddede “her halükarda” ifadesine yer verilmesi ile devletlerin insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından kabul edilmektedir¹⁶⁶. Bu noktada insancıl hukuk ilkelerine evrensel uyumun sağlanması çabası kapsamında¹⁶⁷ devletin, diğer taraf devletlerin insancıl hukuk kurallarına saygı göstermesini sağlamak amacıyla gerekli tüm önlemleri alması gereği kabul edilmekte; bu hususta diplomatik görüşmelerin durdurulması, diplomatik baskı uygulanması, karşı önlemlere veya uluslararası örgütlerle iş birliğine gidilmesi gibi zorlayıcı önlemlere başvurulabileceği öngörülmektedir¹⁶⁸.

Divan’ın 2024 tarihli Danışma Görüşünde, işgal altında bulunan Filistin topraklarında İsrail tarafından gerçekleştirilen ihlaller çerçevesinde yaptığı değerlendirmelerinde, üçüncü devletler bakımından öngörülen söz konusu yükümlülükleri İsrail’in uyguladığı yerleşim politikaları üzerinden bir nevi somutlaştırdığı görülmektedir. Divan Danışma Görüşünde Taslak Maddeler’in 41. maddesine açıkça atıfta bulunulmamış, ancak İsrail’in *erga omnes*¹⁶⁹ nitelik

¹⁶⁵ 1929 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde taraf devletlerin yükümlülükleri uluslararası hukuka saygı göstermeye ilişkin genel yükümün bir parçası kabul edilerek “saygı gösterme” şeklinde ifade edilmiştir (1929 tarihli Hasta ve Yaralıların Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi md. 25; Savaş Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi md. 82). 1977 tarihli Ek I Numaralı Protokol ve 2005 tarihli III Numaralı Protokol’de ise 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine benzer bir düzenlemeye yer verilerek devletin insancıl hukuktan doğan yükümlülükleri geniş bir biçimde ele alınmıştır.

¹⁶⁶ Madde, 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesi ile birlikte yorumlanmaktadır. Laurence Boisson de Chazournes/Luigi Condorelli, “Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting Collective Interests,” *International Review of the Red Cross* 82, no. 837 (2000): 69-70.

¹⁶⁷ Commentary Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Ed. Jean S. Pictet, ICRC, Cenevre, 1958, s. 16.

¹⁶⁸ Umesh Palwankar, “Measures Available to States For Fulfilling Their Obligation to Ensure Respect For International Humanitarian Law,” *International Review of the Red Cross* LXXV, no. 298 (1994): 9-24.

¹⁶⁹ *Erga omnes* yükümlülükler, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren temel normlara riayet edilmesini sağlama amacı taşıyan, dolayısıyla bir bütün olarak uluslararası toplumun ve ayrı ayrı uluslararası toplumun her bir üyesinin hukuki menfaatini korumayı amaçlayan çok taraflı hak ve yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır (Pirim, *Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, 70-1).

taşıyan uluslararası hukuk normlarını ihlal etmesi nedeniyle üçüncü devletler nezdinde doğan yükümlülüklerden söz ederken ilgili maddenin lafzına sadık kalmıştır.

Divan, IV. Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan tüm devletlerin, Birleşmiş Milletler Şartı'na ve uluslararası hukuka saygı çerçevesinde, İsrail'in bu Sözleşme'de yer alan insancıl hukuk kurallarına uymasını sağlamakla yükümlü olduğunu vurgulayarak, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararları doğrultusunda devletlerin, Doğu Kudüs de dahil olmak üzere 1967'de İsrail tarafından işgal edilen toprakların fiziksel karakterinde veya demografik ve kurumsal yapısında veya statüsünde, taraflarca müzakereler yoluyla kararlaştırılan durumlar haricinde herhangi bir değişikliği tanımama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir¹⁷⁰. Bunun yanında devletlerin, İsrail ile ilişkilerinde İsrail Devleti toprakları ile 1967'den beri işgal altında olan Filistin toprakları arasında ayırım yapma yükümlülüğü altında olduğunu; bu kapsamda İsrail'in, işgal altındaki Filistin toprakları veya topraklarının bir kısmı ile ilgili konularda, bu topraklar veya toprakların bir kısmı adına hareket ettiği tüm durumlarda andlaşma ilişkisi kurmaktan; İsrail'de diplomatik misyonların kurulması ve sürdürülmesinde, İsrail'in bölgedeki hukuka aykırı varlığını tanımaktan; İsrail'in bölgedeki hukuka aykırı varlığını pekiştirebilecek, işgal altındaki Filistin toprakları ya da bunları bir bölümü ile ilgili ekonomik veya ticari ilişkiler kurmaktan kaçınmak ve hatta bu hukuka aykırı durumun sürdürülmesine yardımcı olan ticaret veya yatırım ilişkilerini önlemek için adımlar atmak ile yükümlü olduğunu ifade etmiştir¹⁷¹. Devletlerin, İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuka aykırı

¹⁷⁰ Divan'a göre ihlal edilen bazı yükümlülükler *erga omnes* nitelik arz etmekte ve bu durum üçüncü devletler bakımından birtakım yükümlülüklerin varlığı ile sonuçlanmaktadır (*Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 273-9). Divan Duvar Danışma görüşünde de benzer şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ortak 1. maddesi ile Sözleşme'ye taraf her devletin, belirli bir ihtilafın tarafı olsun veya olmasın, söz konusu belgelerin gereklerine uyulmasını sağlayacağını taahhüt ettiğini belirterek tüm devletlerin Doğu Kudüs ve çevresi dahil işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının yol açtığı hukuka aykırılıkları tanımamak ve söz konusu inşa sebebiyle oluşan durumun sürdürülmesine ya da devamına herhangi bir katkı sağlamamak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir (*Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 155-9).

¹⁷¹ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 278.

varlığını tanımamak, İsrail'in bu statüsünü sürdürmesine yardım veya destek sunmamak ve Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanmasına yönelik her türlü engelin kaldırılmasını sağlamak ile yükümlü olduğunu belirtmiştir¹⁷².

Divan ayrıca İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuka aykırı varlığından kaynaklanan durumu tanımama ve İsrail ile ilişkilerinde İsrail toprakları ile işgal altındaki Filistin toprakları arasında ayırım yapma yükümlülüğünün, Birleşmiş Milletler için de geçerli olduğunu vurgulamıştır¹⁷³. Divan, söz konusu yükümlülüklerin Birleşmiş Milletler nezdinde nasıl tezahür edeceğine ilişkin bir açıklamada bulunmamış olsa da Birleşmiş Milletler organlarının kendi yetki alanları dahilinde İsrail'in bölgedeki hukuka aykırı varlığına son vermek için gereken adımları atması gereğini ifade etmiştir¹⁷⁴.

SONUÇ

İsrail'in Filistin topraklarında izlediği yerleşim politikası temel olarak insancıl hukuk kuralları çerçevesinde bir değerlendirme gerektirmektedir. Bu değerlendirme ise İsrail'in bu topraklarda “işgalci devlet” olma statüsü ile doğrudan bağlantılıdır. Zira İsrail'in bu kurallar çerçevesinde ortaya çıkan yükümlerinin kaynağını “işgalci” statüsü teşkil etmektedir. İsrail'in bu topraklardaki “işgalci” statüsünün ise Taksim Kararı sonrasında bölgede yaşanan silahlı çatışmalarla birlikte 1948'den; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi kararlarında, İnsan Hakları Konseyi ve bağımsız uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan raporlarda ve yargı kararlarında ise -Altı Gün Savaşını takiben- 1967'den günümüze değin var olduğu açık bir biçimde tespit edilmektedir. İsrail'in Filistin topraklarındaki işgalinin uzun süreli olması ve dahi kalıcı nitelik göstermesinde en önemli pay ise bu

¹⁷² *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 279.

¹⁷³ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 280. Divan'ın İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuka aykırı varlığını, kuvvet kullanma yasağı ve halkın kendi kaderini tayin hakkının ihlali çerçevesinde ele aldığı göz önüne alındığında, yapılan bu vurgu da Taslak Maddeler ile öngörülen uluslararası hukukun emredici kurallarından doğan yükümlülüklerin ihlaline hukuka uygun yollarla son vermek için iş birliği yükümünün bir görünümü olarak okunabilir.

¹⁷⁴ *Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, para. 281.

topraklarda izlediği yerleşim politikası ve bu politikanın yürütülmesinde araçsallaştırdığı uygulamalardır.

İsrail, alt yapı çalışmaları, sosyo-ekonomik destek programları, teşvik uygulamaları ile kendi vatandaşlarının işgal altındaki Filistin topraklarına nakledilmesi veya tehcir edilmesini sağlayarak; Filistin topraklarında yaşayan bireylerin bölgeden tehciri, nakli veya göç etmesi amacıyla bu kimselere ait mülklerin kamulaştırılması, tahrip edilmesi, ayrımcı politikalarla bunlara yönelik cezai yıkım tedbirlerinin uygulanması ve Filistin halkının, tarım arazilerine, doğal kaynaklara erişiminin sınırlandırılması, bunların işletilmesinin engellenmesi yoluyla çeşitli baskı araçlarına başvurarak, yerleşimci şiddetine karşı gerekli soruşturma ve cezalandırılma işlemlerinin yapılmaması suretiyle bu kişiler için güvensiz bir ortamı yaratarak insancıl hukuk kurallarından doğan yükümlülüklerini ağır bir biçimde ihlal etmektedir. Zira, işgal, askeri gereklilikten doğan geçici nitelikte bir hukuki rejimdir. İşgalci devletin işgal edilen bölgede kullandığı otorite, idari niteliktedir. Dolayısıyla işgalci gücün, işgal altında bulunan toprakların fiziksel karakterinde veya demografik ve kurumsal yapısında veya statüsünde değişikliğe sebep olan uygulamaları hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

İsrail'in işgal altında bulunan Filistin topraklarındaki izlediği yerleşim politikasını teşkil eden uygulamalar/düzenlemeler, çatışmanın çözümünü sistematik olarak engellemekte, söz konusu toprakların statüsünde kalıcı değişikliğe yol açmakta; işgal süresinin uzamasına sebep olarak işgalin ve/veya işgalci güç tarafından uygulanan kontrolün geçici niteliğine aykırılık oluşturduğu gibi işgali altında bulunan Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanmasını, bölgenin kontrolünü tekrar ele geçirme yetisini engelleyerek kalıcı etkileri sebebiyle *de facto* bir ilhak ile sonuçlanmaktadır. Söz konusu yerleşim politikasının ilhakla sonuçlanması ise emredici kural niteliğini haiz kabul edilen kuvvet kullanma yasağını ve halkların kendi kaderini tayin hakkını gündeme getirmekte, kuvvet kullanma yoluyla ülke kazanımı ve kendi kaderini tayin hakkının ihlali böyle bir ilhakin ve ilhak sonucunda ortaya çıkan durumların tanınmasını, ilhak teşkil eden hukuk dışı yerleşim politikası, bu politikanın hayata geçirilmesine vesile olan uygulamaları hukuka aykırı hale getirmektedir. Bu hukuka aykırılığın uluslararası hukuk tabanındaki sonucu olarak İsrail, söz konusu işgale son verme; işgalin taraflarından biri olmayan üçüncü devletler -Divan kararlarıyla yargısal tespit niteliğine kavuşan- İsrail'in Filistin topraklarındaki hukuka

aykırı varlığının güçlendirilmesinden kaçınma ve daha ötesinde sona erdirilmesi için gerekli çabayı gösterme yükümü altındadır. Bu bağlamda üçüncü devletler, İsrail tarafından işgal edilen toprakların fiziksel karakterinde veya demografik ve kurumsal yapısında veya statüsünde, taraflarca müzakereler yoluyla kararlaştırılan durumlar haricinde herhangi bir değişikliği tanımamak ve bunu pekiştirecek andlaşma ve/veya ticari ve ekonomik ve diplomatik ilişki kurmaktan kaçınmak ile yükümlüdür. Bu durum devletlerin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ile üstlendiği ‘Sözleşme hükümlerine saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama’ temel yükümünün ve kuvvet kullanma yasağı ihlal edilerek ülke kazanımı ve halkların kendi kaderini tayin hakkının ihlali bağlamında emredici kuralların ağır ihlali sebebiyle uluslararası hukuka aykırı eylemlerden devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar rejiminin bir gereğidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki üçüncü taraf devletlerin söz konusu yükümlülükleri, her türlü ağır ihlale son vermek için meşru araçlarla -Birleşmiş Milletler mekanizmaları ya da ad hoc nitelikli iş birliği andlaşmaları ile kurumsal olmayan vasıtalarla- iş birliği yapılması gereğini de bünyesinde barındırmaktadır. Zira uluslararası hukuk kurallarının başat yaratıcıları ve uygulayıcıları devletlerdir. Uluslararası hukuk kurallarına uygun devlet uygulamaları, söz konusu kurallar sisteminin varlığını güçlendirirken, aksi uygulamalar sistemin varlığını tehdit etmektedir.

KAYNAKÇA***Kitaplar Makaleler***

- Albayrak, Gökhan. “Uluslararası İnsancıl Hukukta İşgale İlişkin Hukuki Meseleler.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, s. 2 (2020): 445-471.
- Aral, Berdal. “Uluslararası Hukuk Bağlamında Birleşmiş Milletler’in Batı ve Doğu Kudüs’ün İsrail Tarafından İşgaline Yönelik Tutumu.” *Journal of IslamicJerusalem Studies* 23, (2023):1-18.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*. 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*. 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aust, Helmut Philipp. *Complicity and The Law of State Responsibility*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Azarova, Valentina. “Israel’s Unlawfully Prolonged Occupation: Consequences Under An Integrated Legal Framework.” *European Council On Foreign Relations* 217 (June, 2017): 1-17.
- Başkaracaoğlu, Elif. “Uluslararası Hukukta “Jus Cogens” (Emredici Kurallar).” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (*Yayınlanmamış Doktora Tezi*), 2011.
- Ben-Naftali Orna, Gross Aayel vd.. Legal Opinion on the Status of Israel in the North of Gaza (1 April 2024) <<https://static.gisha.org/uploads/2024/04/Legal-Opinion-on-the-status-of-Israel-in-the-north-of-Gaza-EN.pdf>> (8 Ağustos 2024).
- Benvenisti, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Bothe, Michael. *Expert Opinion Relating to the Conduct of Prolonged Occupation in the Occupied Palestinian Territory*. 2017.
- Boisson de Chazournes, Laurence/ Condorelli, Luigi. “Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting Collective Interests.” *International Review of the Red Cross* 82, no. 837 (2000): 67-86.
- Dawidowicz, Martin. “The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation.” *The Law of International Responsibility*. Ed. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Kate Parlett, 677-686. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Denk, Erdem. “Uluslararası Adalet Divanı’nın İsrail’in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı.” *Uluslararası İlişkiler* 1, s. 3 (2004): 151-173.

- Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Ferraro, Tristan. "Determining The Beginning and End of an Occupation Under International Humanitarian Law." *International Review of the Red Cross* 94, no. 885 (2012): 133-163.
- Güneysu, Gökhan. "Askeri Gerekliklik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk." *Ankara Barosu Dergisi*, (2014): 91-108.
- Hayyar, M. Emre. "Kudüs'ün Statüsü ve Egemenlik Sorunu." *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*. Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu, 115-144. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Heinsch, Robert/ Pinzauti, Giulia. "To Be (a State) or Not to Be? The Relevance of the Law of Belligerent Occupation with regard to Palestine's Statehood before the ICC." *Journal of International Criminal Justice* 18, Iss. 4 (2020): 927-945.
- Karagözoğlu, Ceren. "İnsan Hakları Sözleşmelerinin Uluslararası Silahlı Çatışmalar Sırasında Uygulanması: Rusya-Ukrayna Örneği." *Rusya- Ukrayna Krizi ve Uluslararası Hukuk*. Ed. Cüneyt Yüksel/Ceren Karagözoğlu, 83-141. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Karaoğlu, Ali Osman. "Towards a Tale of Two Cities West Jerusalem and International Law in 21st Century." *Law & Justice Review*, C. 12, (2021): 229-248.
- Karaoğlu, Ali Osman. "Uluslararası Hukuk Açısından Altı Gün Savaşı'nın Etkileri ve Barış Müzakereleri." *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*. Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu, 45- 70. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Kaya, Gülsüm. "Uluslararası Hukukta Tanımama ve Güncel Sorunlar." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12(2), (2022): 499-525.
- Kayhan, Ali Kerem. "Uluslararası Hukuk Açısından Filistin Devleti: Montevideo Kriterleri ve Ötesi." *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*. Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu, 71-114. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Kurtuluş, Ersun N.. "The Notion of a 'Pre-Emptive War': the Six Day War Revisited." *Middle East Journal* 61, No. 2 (2007): 220-238.
- Milanovic, Marko. "ICJ Delivers Advisory Opinion on the Legality of Israel's Occupation of Palestinian Territories." (EJIL Talk, 20 July 2024) (Çevrimiçi) <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-advisory-opinion-on-the-legality-of-israels-occupation-of-palestinian-territories/>, (28 Temmuz 2024).
- Milanovic, Marko. "The Occupation of Gaza in the ICJ Palestine Advisory Opinion." (EJIL Talk, 23 July 2024) <<https://www.ejiltalk.org/the-occupation-of-gaza-in-the-icj-palestine-advisory-opinion/>> (8 Ağustos 2024).

- Özyürek, Mehmet. “İşgal, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları: İsrail Yerleşim Birimleri.” *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*. (Eds) Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu, 279- 298. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri- 4. Kitap*. 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Palwankar, Umesh. “Measures Available to States For Fulfilling Their Obligation to Ensure Respect For International Humanitarian Law.” *International Review of the Red Cross* LXXV, no. 298 (1994): 9-25.
- Pirim, Ceren Zeynep. *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlandırılmış Sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Ronen, Yael. “The Obligation of Non-recognition, Occupation and the OPT Advisory Opinion.” (Verfassungsblog, 14 October 2024) <<https://verfassungsblog.de/the-obligation-of-non-recognition-occupation-and-the-opt-advisory-opinion/>> (18 Aralık 2024).
- Quigley, John. “The Legal Status of Jerusalem.” *Turkish Yearbook* 24, (1994): 11-23.
- Sak, Yıldırım. “İşgal Altındaki Filistin Topraklarında (Ülkesinde) Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 2 (2020): 383-445.
- Şentop, Seniha Begüm. *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Perspektifinden İşgal ve İnsan Hakları*. İstanbul: Kadim Yayınları, 2022.
- Tekin, Sümeyra. “Uluslararası Hukuk Perspektifinden Su Sorunu Özelinde Filistin-İsrail İhtilafı.” *Uluslararası Hukukta Filistin Meselesi*. Ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu, 333- 380. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Topal, Ahmet Hamdi. “27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, s. 1-2, (2008): 1091-1112.
- Trottier, Julie. “A Wall, Water and Power: The Israeli ‘Separation Fence’.” *Review of International Studies* 33, s.1, (2007): 105-127.
- Tütüncü, Ayşe Nur. *İnsancıl Hukuka Giriş*. Güncellenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta Yayın Dağıtım, 2019.
- Ünlü, Ömer. *Uluslararası İşgal Hukuku Temelinde Filistin’de İsrail İşgal İdaresi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yıldız, Yeşim. *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda İştirak*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Yoram, Dinstein. *The International Law of Belligerent Occupation*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009.

“12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.” Ed. Melike Batur Yamaner vd. (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42).

Uluslararası Belgeler ve Mahkeme Kararları

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

Commentary Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Ed. Jean S. Pictet, ICRC, Cenevre, 1958.

Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war. United Nations. *Treaty Series*, vol. 75 (p.287).

Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I). United Nations. *Treaty Series*, vol. 1125 (p.3).

Vienna Convention on the Law of Treaties. United Nations. *Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331.

Vienna Convention on Treaties between States and International Organizations or between International Organizations. *Treaty Series*, Doc. A/CONF.129/15.

Israel-Jordan Armistice Agreement. 3 April 1949 <<https://www.gov.il/en/pages/israel-jordan-armistice-agreement>> (7 Kasım 2024).

Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Oslo II). <<https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-185434/>> (2 Temmuz 2024).

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>> (11 Temmuz 2024).

Legal Consequences the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>> (19 Temmuz 2024).

Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, I.C.J., 19 July, 2024 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf>> (26 Temmuz 2024).

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996 (I), p. 226 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>> (9 Kasım 2024).

Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel In The Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, I.C.J., 19 July, 2024 <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf>> (26 Temmuz 2024).

Eritrea-Ethiopia Claims Commission. Central Front, Ethiopia's Claim, Partial Award, 28 April 2004 <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-eritrea-ethiopia-claims-commission-partial-award-central-front-ethiopia-claim-2-wednesday-28th-april-2004#decision_2355> (3 Ağustos 2024).

Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg. 30 September and 1 October 1946 <<https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/pdf/>> (9 Kasım 2024).

ICC. Pre-Trial Chamber I Decision, Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine, No. ICC-01/18, 5 February 2021 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_01165.PDF> (2 Temmuz 2024).

Statement of ICC Prosecutor Bensouda on the Conclusion of the Preliminary Examination of the Situation in Palestine, and Seeking a Ruling on the Scope of the Court's Territorial Jurisdiction <<https://www.un.org/unispal/document/statement-of-icc-prosecutor-bensouda-on-the-conclusion-of-the-preliminary-examination-of-the-situation-in-palestine-and-seeking-a-ruling-on-the-scope-of-the-courts-territorial-jurisdiction/>> (30 Haziran 2024).

Amnesty International. "The Occupation of Water." 2017 <<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2017/11/the-occupation-of-water/>> (19 Kasım 2024).

Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens) (A/77/10, para. 43), Yearbook of the International Law Commission, 2022, vol. II, Part Two.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries International Law Commission, Fifty- third session, 2001, (A/56/10), Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

A/RES/181(II). Resolution Adopted on The Report of The Ad Hoc Committee on The Palestinian Question <<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/038/88/pdf/nr003888.pdf>> (17 Ekim 2024).

- S/RES/242(1967) <<https://digitallibrary.un.org/record/90717?v=pdf>> (2 Kasım 2024).
- S/RES/298(1971) <<https://digitallibrary.un.org/record/90795?v=pdf>> (2 Kasım 2024).
- S/RES/478(1980) <<https://digitallibrary.un.org/record/25618?v=pdf>> (4 Kasım 2024).
- S/RES/904(1994) <<https://digitallibrary.un.org/record/184518?v=pdf>> (7 Kasım 2024).
- S/RES/1322(2000) <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n00/679/37/pdf/n0067937.pdf>> (7 Kasım 2024).
- Israel: Basic Law of 1980. Jerusalem, Capital of Israel- 5 August 1980 <<https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1980/en/5809>> (4 Kasım 2024).
- UNGA. “3314 (XXIX). Definition of Aggression.” <<https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/739/16/pdf/nr073916.pdf>> (27 Aralık 2024).
- UNGA. “Declaration on the Strengthening of International Security.” 2734 (XXV) of 16 December 1970, para. 5 <<https://digitallibrary.un.org/record/201717?v=pdf>> (9 Aralık 2024).
- UNGA. “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory.” (A/RES/ES-10/10) 7 May 2002 <<https://digitallibrary.un.org/record/464228?ln=en&v=pdf>> (7 Kasım 2024).
- UNGA. “Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory.” (A/ES-10/L.16) 3 December 2003 <<https://digitallibrary.un.org/record/507586?ln=en&v=pdf>> (7 Kasım 2024).
- UNGA. “Resolution adopted by the General Assembly on 21 December 2017.” (A/RES/ES-10/19) 22 December 2017 <<https://digitallibrary.un.org/record/1468436?v=pdf>> (7 Kasım 2024).
- UNGA. “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel- Note by the Secretary-General.” (A/77/328) 14 September 2022, <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/591/34/pdf/n2259134.pdf>> (21 Ekim 2024).
- UNGA. “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights.” (A/HRC/52/76) 15 March 2023 <<https://digitallibrary.un.org/record/4008132?ln=en&v=pdf>> (21 Ekim 2024).
- UNGA. “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan Report of the United Nations High

- Commissioner for Human Rights.” (A/HRC/55/72) 1 February 2024 <<https://digitallibrary.un.org/record/4039853?ln=en&v=pdf>> (21 Ekim 2024).
- UNGA. “Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, and the Occupied Syrian Golan.” (A/67/375) 18 September 2012 <<https://digitallibrary.un.org/record/737461?ln=en&v=pdf>> (11 Temmuz 2024).
- UNGA. “Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.” 2625 (XXV) of 24 October 1970 <<https://digitallibrary.un.org/record/202170?v=pdf>> (24 Kasım 2024).
- UNGA. “Permanent sovereignty of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan over their natural resources.” (A/RES/78/170) 21 December 2023 <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/416/69/pdf/n2341669.pdf?token=2cmJfyA9Aq9SF0YSI7&fe=true>> (19 Temmuz 2024).
- UNHRC. “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan.” (A/HRC/49/85), 28 April 2022 <<https://digitallibrary.un.org/record/3985273?ln=en&v=pdf>> (4 Eylül 2024).
- UNHRC. “Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel.” (A/HRC/56/26) 27 May 2024 <<https://digitallibrary.un.org/record/4051243?ln=en&v=pdf>> (29 Temmuz 2024).
- UNHRC. “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the occupied Syrian Golan.” (A/HRC/34/39) 13 April 2017, <<https://digitallibrary.un.org/record/1298033?ln=en&v=pdf>> (4 Ekim 2024).
- UNHRC. “Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem.” (A/HRC/24/30) 22 August 2013 <<https://digitallibrary.un.org/record/762782?ln=en&v=pdf>> (8 Temmuz 2024).
- UNHRC. “Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the Occupied Syrian Golan.” (A/HRC/31/43) 20 January 2016 <<https://digitallibrary.un.org/record/825529?ln=en&v=pdf>> (7 Temmuz 2024).
- UNESCO. “Economic and social repercussions of the Israeli occupation on the living conditions of the Palestinian people in the occupied Palestinian territory, including Jerusalem, and of the Arab population in the occupied Syrian Golan.” (A/53/163- E/1998/79) 14 July 1998 <<https://digitallibrary.un.org/record/256705?ln=en&v=pdf>> (4 Eylül 2024).

- UNESCO. “Economic, Social and Cultural Rihts:The Right to Food.” Report by the Special Rapporteur, Jean Ziegler (E/CN.4/2004/10/Add.2) 31 October 2003 <<https://digitallibrary.un.org/record/506617?ln=en&v=pdf>> (12 Kasım 2024).
- UNESCO. “Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Palestinian People and Other Arabs of the Occupied Territories.” (A/58/311) 22 August 2003 <<https://digitallibrary.un.org/record/504413?ln=en&v=pdf>> (9 Kasım 2024).
- UNESCO. “Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine.” Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, John Dugard (E/CN.4/2004/6), 8 September 2003 <<https://digitallibrary.un.org/record/504468?ln=en&v=pdf>> (9 Kasım 2024).
- UNSC. Resolution 2334 (2016) 23.12.2016 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/2334>> (8 Temmuz 2024).
- UNSC. Resolution 465 (1980) 01.03.1980 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/465>> (8 Temmuz 2024).
- UN. “The Humanitarian Impact of the Barrier- Four years after the advisory Opinion of the International Court of Justice on the Barrier.” July 2008 Update No. 8 <https://www.ecoi.net/en/file/local/1314451/1504_1226326893_the-humanitarian-impact-of-the-barrier-august-2008.pdf> (14 Nisan 2023).

KASTEN YARALAMA SONUCU ÖLÜME NEDEN OLMA SUÇUNDA NEDENSELLİK VE OBJEKTİF İSNADİYET

Causation and Objective Imputation in the Offence of Aggravated Battery Causing Death

Feruzan ŞENOL*

ÖZ

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunda, ölüm neticesinin faile isnat edilebilmesi için nedensellik bağlantısı ile objektif isnat edilebilirliğin tespit edilmesi gerekmektedir. Şart teorisinin oluşturduğu sorumluluk alanının sınırsızlığı, kusur incelemesine geçilmeden önce tipikliğin objektif unsurları yönünden bir sınırlama yapılmasını gerekli kılmaktadır. Normatif kurallara dayanan bu sınırlama, objektif isnadiyet teorisi aracılığıyla gerçekleştirilir. Bununla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların, diğer suç tiplerine nazaran önemli ölçüde ağırlaştırılmış cezalar ile yaptırım altına alınmış olması nedeniyle bu suçlardan doğan sorumluluğun, temel suç tipine bağlı olarak daha katı bir biçimde sınırlandırılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Buna yönelik olarak Alman Federal Mahkemesi tarafından suç tipine özgü tehlike bağlantısı kuralı ortaya atılmış; ancak bu kuralın amaca uygun biçimde uygulanması konusunda tutarlı bir yaklaşım sergilenememiştir. Çalışmada öncelikle şart teorisine göre nedensellik kavramı incelenmiş; ardından suç tipine özgü tehlike bağlantısı, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara özgü bir isnat edilebilirlik unsuru olarak objektif isnadiyet teorisinin ilke ve esasları çerçevesinde ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nedensellik, Şart teorisi, Objektif isnadiyet, Suç tipine özgü tehlike bağlantısı, İhmali hareket

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 03.11.2024.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 14.04.2025.

* Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi; E-posta: feruzansenol@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7110-075X>.

ABSTRACT

In the crime of aggravated battery causing death, in order for the result of death to be imputed to the perpetrator, the causal link and objective imputation must be determined. The unlimited area of responsibility created by the theory of conditions necessitates a limitation in terms of the objective elements of typicality before proceeding to the examination of fault. This limitation based on normative rules is realised through the theory of objective imputation. However, since aggravated crimes are sanctioned with significantly aggravated penalties, there is a consensus that the liability arising from these crimes should be limited more strictly. To this end, the German Federal Court has introduced the rule of danger connection specific to the type of offence; however, a consistent approach has not been demonstrated in the application of this rule in accordance with the purpose. In this study, firstly, the concept of causation according to the theory of conditions has been analysed; then, the danger connection specific to the type of offence has been discussed within the framework of the basics and principles of the objective imputation theory as an element of imputability specific to crimes aggravated by the consequences.

Keywords: Causation, The theory of conditions, Objective imputation, Danger connection specific to the type of offence, Omission

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 87/4 ve Alman Ceza Kanunu'nun (Alm. CK) 227'nci maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu ölüme neden olma (*Körperverletzung mit Todesfolge*) suçu, kasten yaralama ve taksirle öldürme suçlarının birleşmesinden oluşan neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipidir. Yaralama kastıyla hareket eden failin, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için TCK md. 23 (Alm. CK md. 18) gereğince en azından taksirle ölüme neden olması gerekmektedir.

Tipikliğin objektif unsurlarından birisi olarak neticeli suçlarda bulunması gereken nedensellik bağlantısı ile objektif isnat edilebilirliğin TCK md. 87/4 yönünden de araştırılması gerekmektedir. Ancak TCK md. 87/4'te failin kastının özel neticeye (ölüm) yönelik olmaması ve bu maddede öngörülen cezanın, aynı eylem ile hem kasten yaralama hem taksirle öldürme suçlarının

işlenmesi durumunda fikri içtima kurallarına göre belirlenecek cezaya nazaran önemli ölçüde artırılmış olması, bu suçtan doğan sorumluluğun kısıtlayıcı bir yoruma tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Her ne kadar TCK md. 23 ile objektif sorumluluk kaldırılmış olsa da, temel suçun (yaralama) kasten işlenmesi zorunluluğu, subjektif isnadiyetin kapsamını sadece öngörülebilirlik ile sınırlamaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç ile özel netice arasında temel suç tipine özgü tehlike bağlantısının (doğrudan bağlantı) bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu tehlike bağlantısının hangi kriterlere göre belirleneceği konusunda görüş birliği yoktur.

Bu itibarla, TCK md. 87/4'de düzenlenen suçun objektif unsurlarının gerçekleşmiş sayılabilmesi için ölüm neticesine kasten yaralamanın neden olmasının (nedensellik) yanı sıra failin yaralama suç tipine özgü bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin ölüm neticesi olarak ortaya çıkması (objektif isnadiyet) gerekmektedir.

Alman öğretisindeki görüşlere ve Alman Federal Mahkemesinin (Federal Mahkeme) kararlarına da yer verdiğimiz çalışma dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun objektif ve subjektif unsurları hakkında kısa bir açıklama yapılmıştır. İkinci bölümde TCK md. 87/4 özelinde ve şart teorisi kapsamında nedensellik kavramı açıklanmıştır. Üçüncü bölümde şart teorisine göre belirlenen nedenselliğin, objektif isnadiyet ve onun bir parçası olarak kabul ettiğimiz suç tipine özgü tehlike bağlantısı ile sınırlandırılmasına yönelik kurallara yer verilmiştir. Son bölümde ise suçun ihmali hareket ile işlendiği durumlarda tartışmalı olan nedenselliğin ve objektif isnadiyetin tespiti ile ilgili görüşler ele alınmıştır.

I. KASTEN YARALAMA SONUCU ÖLÜME NEDEN OLMA SUÇU HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma, TCK md. 87/4'de kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Kasten yaralamanın sonucunda ölüm meydana gelmesi durumunda failin ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için TCK md. 23 gereği ölüm neticesi yönünden en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir¹. Esasen bu suç, kasten yaralama ve taksirle öldürme suçlarının

¹ TCK md. 87/4'ün karşılığı olan suç, 765 sayılı TCK md. 452/1'de objektif sorumluluk esasına dayanan bağımsız bir öldürme şekli olarak düzenlenmekte ve kastin aşılması

birleşmesinden oluşmaktadır². TCK md. 87/4’de öngörülen cezanın alt ve üst sınırı, kasten yaralama ve taksirle öldürme suçlarına göre daha yüksektir. Cezanın bu şekilde ağırlaştırılmasının gerekçesi, ölüm neticesinin, baştan itibaren ölüm tehlikesi taşıyan bir yaralama suçunun kasten işlenmesinden kaynaklanmasıdır. Dolayısıyla kasten yaralama suçunda içkin bu özel tehlike, ölüm neticesi olarak ortaya çıktığında taksirle öldürme suçuna göre daha yoğun bir haksızlık oluşturmaktadır³. TCK md. 87/4, aynı maddenin diğer üç fıkrasında düzenlenen ve vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğindeki diğer özel neticelerden farklı olarak yaşam hakkını ihlal etmektedir.

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bir suç tipidir⁴. Temel suç olan kasten yaralama, TCK md. 86/1’de düzenlenen vücuda acı verme, sağlığı bozma ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma seçimlik hareketlerinden bir veya birden fazlasının gerçekleşmesi ile oluşur. TCK md. 87/4’te sadece 86/1 ve 86/3’e atıf yapılmış

suretiyle adam öldürme olarak adlandırılmaktaydı. Bu hükme göre, öldürme kastı olmaksızın gerçekleştirilen yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde failin ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için nedensellik bağının varlığı yeterli görülmekte, ayrıca ölüm neticesi yönünden kusuru aranmamaktaydı. Objektif sorumluluğa yol açan bu hüküm, 5237 sayılı TCK md. 23’te kusur ilkesine uygun şekilde yeniden düzenlenmiştir. Veli Özer Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar,” *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 4 (2007): 225; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 400; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 487.

² Claus Roxin ve Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil I* (München: C. H. Beck, 2020), 430 kn. 108; Jörg Eisele, *Strafrecht - Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit* (Stuttgart: W. Kohlhammer, 2017), § 14 kn. 367; Volker Krey, Manfred Heinrich ve Uwe Hellmann, *Strafrecht Besonderer Teil I, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte* (Stuttgart: W. Kohlhammer, 2015), § 3 kn. 291.

³ Eisele, *Besonderer Teil I*, § 14, kn. 367; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 122 kn. 350. Haksızlık içeriğindeki bu artış, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların, kasten işlenen temel suç ile neticede ortaya çıkan taksirli suç arasında fikri içtima kuralları uygulandığı takdirde verilecek cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasının meşru dayanağını oluşturmaktadır. Bkz. Detlev Sternberg-Lieben, “§ 18”, içinde *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (München: C. H. Beck, 2010), 354 kn. 1; Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar,” 226.

⁴ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda “temel suç” ve “kastedilenden başka ya da daha ağır neticeyi içeren suç” olmak üzere iki ayrı suç meydana gelir. Bu kapsamda TCK md. 87/1, 2, 3’de “daha ağır netice”; TCK md. 87/4’te ise “başka netice” (ölüm) meydana gelmektedir. Bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 219; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 526-527.

olsa da, 87/4'teki suç, 86/1'deki kasten yaralama suç tipine uyan herhangi bir hareket ile işlenebileceğinden, 86/1'deki yaralamanın temel şeklini zaten içermekte olan 87/1, 2, 3 kapsamındaki yaralamaların da 87/4'teki suç tipinin objektif unsurunu oluşturabileceği kabul edilmelidir⁵. Örneğin, failin attığı yumruk nedeniyle mağdurda kemik kırığı oluşması ve ölümün bu kemik kırığına bağlı olarak meydana gelmesi durumunda, failin TCK md. 87/3 kapsamına giren eylemi, TCK md. 87/4'ün, 86/1'e atıf yapan cümlesi kapsamında cezalandırılabilir⁶.

Kasten yaralama suçunun ağır neticeleri (TCK md. 87/1, 2, 3) bakımından taksirle ya da kasten hareket edilmesi mümkündür; zira fail bu ağır neticeleri kasten işlemiş olsa da bağımsız bir suç tipi oluşmamaktadır⁷. Diğer taraftan neticenin ölüm olarak ortaya çıktığı durumlarda, failin netice yönünden ancak taksir ya da bilinçli taksiri söz konusu olabilir⁸. Başka bir deyişle, ölüm neticesinin öngörülebilir olması ve failin özen yükümlülüğüne

⁵ TCK md. 87/1-2-3 fıkralarını kapsar şekilde gerçekleştirilen yaralama sonucu ölümün meydana gelmesi halinde, 87/4'deki suçun tipikliğinin oluştuğu yönünde bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, "Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (TCK m. 87/4)," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 1, (2013): 802. Aynı yönde Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 179 dn. 208.

⁶ Sanık ile maktulün camide tartışmaları sonucu sanık maktulü itekleyerek yere düşürmüş, yere düşmesi üzerine fenalaşan maktul hastaneye kaldırılmış, taburcu edildikten sonra hayatını kaybetmiştir. Adli Tıp Kurumunun raporuna göre, maktulde tespit edilen sağ femur boynu kırığının hayat fonksiyonlarını ağır (4.) derecede etkileyecek nitelikte olduğu, kişinin ölümünün uyluk kemiği kırığı ve gelişen komplikasyonları sonucu meydana gelmiş olduğu, darp olayına bağlı yaralanma ile ölüm arasında illiyet bağı olduğu, ancak ölümde darp olayına bağlı yaralanmadan önce mevcut olan osteoporoz ve kalp damar hastalığının da etkisi ve katkısının bulunduğu tespit edilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi "...sanığın eyleminin somut haliyle 5237 sayılı Kanun'un 87/3 ve 87/4 maddeleri kapsamında kaldığı...sanığın sabit olan eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nin 87/3. maddesi delaletiyle 87/4-2. cümle maddesi gereğince cezalandırılmasına..." karar vermiş ise de Yargıtay, "...sanığın itekleme olarak gerçekleşen eylemi neticesinde kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan 5237 sayılı Kanun'un 86 ncı maddesinin birinci fıkrası delaletiyle 87 nci maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği..." gerekçesiyle Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. Y. 1. CD, E. 2022/6614, K. 2024/1956, 21.03.2024, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

⁷ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 247; Seydi Kaymaz, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 141.

⁸ Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 234-235; İlhan Üzülmüş, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 73.

aykırı davranması nedeniyle ölümün meydana gelmesi gerekmektedir⁹. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suçun kasten işlenmesi ile özen yükümlülüğü ihlal edilmiş durumdadır; çünkü failin eylemi, her şekilde izin verilen risk sınırını aşmaktadır¹⁰. Bu yüzden taksirin bulunup bulunmadığı, sadece neticenin objektif ve subjektif öngörülebilirliğine göre belirlenir¹¹. Ölüm neticesi yönünden kasten ya da olası kast ile hareket edilen durumlarda ise, kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu değil; kasten öldürme suçu oluşur¹².

II. KASTEN YARALAMA SONUCU ÖLÜME NEDEN OLMA SUÇUNDA NEDENSELLİĞİN TESPİTİ

A. Genel Açıklamalar

Ceza hukuku anlamında nedensellik, suç tipinde belirtilen netice ile bu neticeyi meydana getiren eylem arasındaki bağlantıyı ifade eder ve tipikliğin objektif unsurlarından birisini oluşturur. Nedensellik sadece neticeli suçlar bakımından önem arz etmektedir¹³. Failin eylemi sonucunda dış dünyada bir zarar veya tehlike doğmuş ise, bu zarar veya tehlike neticesi ile failin eylemi arasındaki bağlantının tespit edilmesi gerekir. O nedenle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, görünüşte ihmali suçlarda ve somut tehlike suçlarında nedenselliğin araştırılması gerekmektedir. Sırf hareket suçlarında, gerçek

⁹ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 522.

¹⁰ Hans Kudlich, “§ 18,” içinde *StGB: Strafgesetzbuch Kommentar*, ed. Bernd von Heintschel-Heinegg (München: C. H. Beck, 2015), 144 kn. 9.

¹¹ Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 221. Federal Mahkemenin kararları da aynı yöndedir: BGH, 20.06.2012 - 5 StR 536/11, § 22; BGH, 16.03.2006 - 4 StR 536/05, § 10, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

¹² Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87),” *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no. 2 (2015): 395; Kaymaz, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, 142; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 247; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 527; Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 236-238. Özellikle TCK md. 87/1-2-3 kapsamına giren hallerde ölüm meydana gelmiş ise, olası kastla öldürme suçunun oluşması muhtemeldir. Nur Centel, “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi,” *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Hukukunun Güncel Sorunları* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008), 191.

¹³ Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, çev. Salih Oktar (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 85 kn. 24; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 226.

ihmali suçlarda ve soyut tehlike suçlarında ise nedensellik bağının tespitine gerek yoktur¹⁴.

Nedensellik, öncelikle doğa kanunlarına göre açıklanabilen neden-sonuç ilişkisini ifade eder. Özellikle öldürme ve yaralama suçlarında bir ilacın, zehrin ya da bir bıçak darbesinin zarar verici etkisinin bilirkşi ya da uzman görüşüyle tespit edilerek eylem ile netice arasındaki fiziksel bağlantının bilimsel kurallara göre ortaya konulması gerekmektedir¹⁵. Bunun yanı sıra çoklu nedensellik durumlarında hukukçular, failin eylemini esas alarak yok sayma yöntemiyle ulaştıkları varsayımsal bir olguyu, somut netice ile karşılaştırdıkları mantıksal bir analiz metodu kullanırlar. Hukuk alanında hakim görüş olan ve şart teorisi olarak adlandırılan bu mantıksal analiz metodu, sınırsız bir sorumluluk alanı oluşturmakla birlikte hukukçuların nedensellik alanında karşılaştıkları sorunların çözümü için en ideal yöntem olarak geniş çapta kabul görmüş durumdadır.

Ancak doğa kanunlarına veya şart teorisine göre tespit edilen nedensellik, ceza sorumluluğunun belirlenebilmesi için zorunlu olmakla birlikte yeterli değildir. Örneğin, fail tarafından ölümcül şekilde bıçaklanan mağdur, hastaneye yetiştirilirken ambulansın trafik kazası yapması nedeniyle ölürse, nedensellik mevcut olmasına karşın failin ölümden sorumlu tutulup

¹⁴ Berrin Akbulut, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı,” *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Hukukunun Güncel Sorunları* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008), 211, 213.

¹⁵ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch* (Bielefeld: Ernst ve Werner Gieseking, 2021), 163 kn. 10; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: Franz Vahlen, 2008), 19 kn. 6; Akbulut, “Nedensellik Bağı,” 218. “Yaralama ile ölüm arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı ise tıbbi bir konudur. İlliyet bağının varlığı ancak uzman görüşüyle çözüme kavuşturulabilir...”, YCGK, E. 2021/130, K. 2022/780, 08.12.2022, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>). Diğer taraftan ölüm nedeninin tıbben belirlenememiş olması, her durumda nedensellik bağının reddini gerektirmez. Örneğin, sanığın maktule yumrukla vurup onu su dolu havuza düşürdüğü olayda Yargıtay, “...maktulün kesin ölüm sebebi belirlenememiş olsa da, ölümün sanığın eylemi sonucu havuza düşmekten kaynaklandığı hususunda kuşku yoktur. Bu durumda; maktul ister başını çarpmış olsun, ister asfiksi sonucu ölmüş olsun, ister kalp krizi geçirmiş olsun, isterse şu an belirlenemeyen başka bir nedenle ölmüş olsun, sonucun değişmeyeceği, ... Adli Tıp Kurumu tarafından tıbbi açıdan ölüm nedeninin kesin olarak belirlenememiş olmasının, illiyet bağının adli soruşturma ile ispatlanmasına engel teşkil etmediği...” gerekçesiyle faili kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan sorumlu tutmuştur. YCGK, E. 2007/1-37, K. 2007/68, 20.03.2007, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

tutulamayacağı normatif kriterlere göre belirlenmek zorundadır. Bu yüzden failin eylemi ile netice arasında tespit edilen nedensellik ilişkisi, bu normatif kriterler aracılığıyla bir değerlendirmeye tabi tutulur ve neticenin faile objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği konusunda bir yargıya varılır¹⁶. Dolayısıyla failin ceza sorumluluğunun belirlenebilmesi için öncelikle eylemi ile netice arasındaki nedensellik bağlantısının tespit edilmesi, ardından bu neticenin failin eseri olarak ona isnat edilip edilemeyeceğine karar verilmesi gerekmektedir¹⁷. Federal Mahkeme tarafından, kasten işlenen suçlarda genel olarak uygulanmasından kaçınılan, ancak Alman öğretisinde hakim görüş haline gelen objektif isnadiyet teorisi¹⁸, şart teorisine göre belirlenen nedensellik bağlantısını, kusur incelemesinden önce normatif yönden sınırlandırma işlevini yerine getirmektedir; bu itibarla objektif isnadiyet, nedensellik ile birlikte tipikliğin objektif unsurlarından birisini oluşturur¹⁹. Yargıtay, objektif isnat edilebilirlik ile ilgili sorunları, genel olarak nedensellik kapsamında ele aldığı için TCK md. 87/4'ün uygulanabilmesi açısından da failin eylemi ile mağdurun ölümü arasında nedensellik bağlantısı bulunmasını yeterli görmektedir²⁰.

¹⁶ Doğal nedensellik ile hukuki nedensellik arasındaki ayrıma ve tipikliğin, hukuki sonuçların nedeni olarak tanımlanmasına ilişkin bkz. Selâhattin Keyman, "Tipiklik ve Ceza Hukuku," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, no. 1 (Mayıs 1980): 61-69.

¹⁷ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 18 kn. 4; Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau. Lehrbuch & Entscheidungen* (Heidelberg: C. F. Müller, 2023), § 6 kn. 223, 224; Zehra Başer, *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlı ve Objektif Isnadiyet* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 151-152, 172; Murat Volkan Dülger, Merve Bakdur ve Onur Özkan, "Ceza Hukukunda Objektif Isnadiyet," *Ceza Hukuku Dergisi* 15, no. 44 (Aralık 2020): 750; Veli Özer Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi," *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 5 (Ağustos 2007): 47; R. Honig, "İllyet Nazariyesine Dair," çev. Yavuz Abadan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2, (1936): 180.

¹⁸ Objektif isnadiyet teorisinin taksirli suçlar alanında uygulanması konusunda öğretilde büyük ölçüde mutabakat bulunmakla birlikte kasten işlenen suçlarda uygulanabilirliği tartışmalıdır. Federal Mahkeme kasten işlenen suçlarda objektif isnadiyet teorisine başvurmamakta, genel olarak nedensellik bağında hatanın varlığına göre inceleme yapmaktadır. Bkz. Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 255, 260; Volker Krey ve Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart: W. Kohlhammer, 2016), § 11 kn. 326; Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 92 kn. 45.

¹⁹ Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 325; Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 255; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 282.

²⁰ "Kasten yaralama sonucu mağdurun ölmesine ilişkin TCK'nın 87. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması için; a- Failin yaralama kastı ile hareket etmesi, b- Mağdurun TCK'nın 86.

Türk Ceza Kanunu'nda nedensellik ile ilgili açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte öğretide ağırlıklı görüş, şart teorisinden yanadır²¹. Federal Mahkeme 1880 tarihli kararından²² bu yana nedensellik bağının tespitinde şart teorisini esas almaktadır²³. Aynı şekilde Anglo-Amerikan

maddesinin birinci fıkrası kapsamında yaralanmış olması veya 86. maddenin birinci fıkrası kapsamındaki yaralama fiilinin üçüncü fıkra da ihlal edilmek suretiyle gerçekleştirilmesi, c- Failin eylemi ile arasında illiyet bağı bulunacak şekilde mağdurun ölmesi, d- Failin meydana gelen ölüm sonucuna ilişkin en az taksir derecesinde bir kusurunun bulunması, Şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.” YCGK, E. 2022/347, K. 2023/381, 05.07.2023, (https://mevzuat.sinerjias.com.tr). Ancak Yargıtay'ın objektif isnat edilebilirliğe değindiği kararları da mevcuttur. 75 yaşındaki maktulün olaydan yarım saat sonra evde yere yığılarak öldüğü olayda Yargıtay, adli tıp raporunda yer alan “ölümün kendinden mevcut kronik kalp damar hastalığının karıştığı olayın (travma) efor ve stresi ile aktif hale geçmesine bağlı dolaşım ve solunum durmasından ileri geldiği” yönündeki tespiti dikkate almamış ve “Adli Tıp Kurumu ... raporunda bahsedilen darp olayıyla ölüm sonucu arasındaki nedenselliğin kanunda öngörülen tipik fiilin gerçekleştiğinin kabulüne yetecek hukuki anlamda bir nedensellik ilişkisini ifade etmediği, ...sanığın ölenin kalp rahatsızlığını bildiğine dair bir delil bulunmaması; ayrıca, otopside haricen tarif edilen travmatik bulguların ölüm meydana getirecek nitelikte olmayıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte...” olduğu gerekçesiyle sanığın TCK md. 86/2'ye göre cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Y. 12. CD, E. 2012/4070, K. 2014/13874, 05.06.2014, (https://legalbank.net/).

²¹ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket – Netice – Sebebiyet Alâkası)* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954), 179; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 179; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 295; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 367; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 282; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 226; Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 253; Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998), 221, 223, 237. Diğer taraftan şart teorisi dışında farklı teorileri benimseyen yazarlar da mevcuttur. *Dönmezer ve Erman, Alacakaptan, İçel*, karma uygun neden teorisini; *Erem, Hafizoğulları ve Özen, Toroslu ve Toroslu* ise beşerî (insanî) nedensellik teorisini savunmaktadırlar. Bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II* (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 222-229; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 88; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 299-300; Faruk Erem, “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 3 (1968): 16-17; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Us-a Yayıncılık, 2021), 181, 183; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 154-158. *Önder*, şart teorisini savunmakla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların da dahil olduğu objektif sorumluluk hallerinde uygun neden teorisinin uygulanmasından yanadır. Bkz. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 204.

²² RG, 12.04.1880 - 570/80, (dejure.org).

²³ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 454 kn. 8; Gerhard O. W. Mueller, “Causing Criminal Harm,” içinde *Essays in Criminal Science*, ed. Gerhard O. W. Mueller (New York: New York University, 1961), 189.

mahkemeleri de şart teorisini²⁴ uygulamakta ve sorumluluk alanını isnadiyet kriterleri²⁵ ile sınırlandırmaktadırlar. Yargıtay’ın ise genel olarak uygun neden teorisine başvurduğunu söylemek mümkündür²⁶. Bireyselleştirici ve genelleştirici bir çok nedensellik teorisi²⁷ mevcut olmakla birlikte bu

²⁴ Şart teorisinin Anglo-Amerikan hukukundaki karşılığı “*but for*” (olmasaydı) kuralıdır. Anglo-Amerikan hukukunda failin eylemi ile netice arasındaki bağlantı, “fiili neden” (*actual cause*) ve “yakın neden/hukuki neden” (*proximate cause/legal cause*) olmak üzere iki aşamada incelenir. Fiili nedenin tespitinde şart teorisi (“*but for*” kuralı) esas alınır. Amerikan Model Ceza Kanunu’nda fiili neden, “varolmasaydı neticenin gerçekleşmeyeceği öncül” olarak tanımlanmıştır (Model Penal Code § 2.03(1)(a)). Başka bir deyişle, “failin davranışı olmasaydı, netice ortaya çıkmazdı” denilebiliyorsa, fiili nedensellik *prima facie* kurulmuş kabul edilmektedir. Bkz. Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (New York, San Francisco, Charlottesville: Lexis Publishing, 2001), 182; Andrew P. Simester, J. R. Spencer, Findlay Stark, G.R. Sullivan ve G.J. Virgo, *Simester and Sullivan’s Criminal Law: Theory and Doctrine* (Oxford - Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016), 89; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (London: Stevens & Sons, 1983), 379.

²⁵ Fiili nedensellik (“*but for*”) incelemesi, neticeye yol açan ve uzun bir zaman dilimine yayılan tüm şartların belirlenmesini sağlar. Anglo-Amerikan mahkemeleri, “*but for*” kuralı ile belirlenen fiili nedenler arasından, toplumsal adalet anlayışı ve kamu politikası mülahazaları çerçevesinde mantık ve sağduyu (*common sense*) aracılığıyla hukuki nedeni belirlerler. Hukuki nedensellik, Alman hukukunda olduğu gibi “kusur” incelemesinden önce gelir ve objektif isnadiyetin karşılığıdır. Objektif isnadiyet teorisinde olduğu gibi Anglo-Amerikan hukukunda da belli başlı temel kurallar çerçevesinde uygulanır. Örneğin, objektif isnadiyet teorisinin sorumluluk alanlarının belirlenmesine ilişkin “sorumluluk ilkesi”, Anglo-Amerikan hukukunda “*novus actus interveniens*” (araya giren neden) kuralı vasıtasıyla uygulanır ve kişisel özerklik (otonomi) ilkesi gereğince “iradi, bilinçli ve bilgi sahibi” mağdur veya üçüncü kişinin davranışı ile meydana gelen neticenin faile isnat edilemeyeceği kabul edilir. Yine tesadüfi/anormal nedensellik akışı içinde meydana gelen neticelerin faile isnat edilmemesi ve “öngörülebilirlik” (*foreseeability*) kuralı, nedensellik öğretisinin temel ilkelerindedir. Bkz. Dressler, *Understanding Criminal Law*, 188-194; Simester, Spencer, Stark, Sullivan ve Virgo, *Criminal Law*, 94-104; Williams, *Textbook of Criminal Law*, 382-384. Hart ve Honoré, hukukta nedensellik kavramını *David Hume* ve *John Stuart Mill*’in nedensellik modelleri ile felsefi açıdan temellendirerek nedensellik analizine “yeterli şart” ve “sağduyu” (*common sense*) ilkelerini dahil etmişlerdir. Bkz. H. L. A Hart ve Tony Honoré, *Causation in the Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002), 32-44, 325-351.

²⁶ “Karşı oy: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.5.1974 - 8/131-282, 16.6.1980 -9/176-235, 22.4.1985-9/410-228, 21.9.1987 - 9/20-359 tarih ve sayılı kararlarından da anlaşılacağı üzere hareketle sonuç arasında doğrudan illiyet bağına arayan uygun sebep teorisini benimsediği görülmektedir...” Y. 9. CD, E. 2005/5448, K. 2005/8714, 10.11.2005, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>); Akbulut, “Nedensellik Bağı,” 231.

²⁷ Özellikle 19. yüzyılın sonlarından itibaren şart teorisine getirilen eleştiriler, *Ortmann*, *Binding*, *Birkmeyer* ve *Mayer* gibi yazarlar tarafından bireyselleştirici nedensellik teorilerine ağırlık verilmesini sağlamıştır. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mueller, “Causing Criminal Harm,” 191; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun*

çalışmada sadece Türk hukukunda geçerliliğini koruyan şart teorisi ile uygun neden teorisi üzerinde durulacaktır.

B. Şart Teorisi

İlk defa Avusturyalı hukukçu *Julius Glaser* tarafından dile getirilen ve *von Buri* tarafından geliştirilen şart teorisine göre, yok sayılması durumunda neticenin somut haliyle gerçekleşmeyeceği her şart, nedenseldir²⁸; başka bir deyişle, “hareket yapılmasaydı, somut haliyle netice gerçekleşmeyecekti” denilebiliyor ise, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunduğu kabul edilir²⁹. Bu formülden anlaşılacağı üzere, şart teorisi, varsayımsal bir eleme yöntemi kullanır ve en etkili, üstün ya da uygun şart gibi ayrımlar yapmaksızın, neticeye yol açan tüm şartları eşdeğer kabul eder³⁰. Dolayısıyla neticenin somut haliyle ortaya çıkması için “olmazsa olmaz şart”ların (*conditio sine qua non*) her biri, neticenin nedenidir. Failin, mağdurun yüzüne eliyle sert bir şekilde vurarak beyin kanaması sonucu ölümüne yol açtığı olayda Federal Mahkeme, netice öngörülebilir olmasa bile, yaralamanın ölümüne neden olup olmadığı sorusunun şart teorisine göre cevaplanması gerektiğini ifade etmiş ve uygun neden teorisinin uygulanması gerektiği yönündeki itirazı reddetmiştir. Sonuç olarak faili ölümle sonuçlanan yaralama suçundan sorumlu tutmuştur³¹. Yargıtay’ın da açıkça belirtmemekle birlikte şart teorisinin formülüne atıf yaptığı kararlarına rastlamak mümkündür³².

İllyet Bağı Teorisi (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 35-47; Ludwig Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1904), 38-166; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 188-229; Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, 146-198; Erem, “Nedensellik Bağı,” 4-18.

²⁸ RG, 20.01.1930 - II 230/29; BGH, 30.03.1993 - 5 StR 720/92, (dejure.org). Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 226; Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 279; Karl Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931), 7; Kühl, *Allgemeiner Teil*, 22 kn. 9; Mueller, “Causing Criminal Harm,” 189.

²⁹ Erem, “Nedensellik Bağı,” 5; Ünver, *İzin Verilen Risk*, 239; Özbek, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı,” 48.

³⁰ Traeger, *Kausalbegriff*, 39; Jescheck ve Weigend, *Allgemeiner Teil*, 280; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 163 kn. 12; Ömer Ömeroğlu, “Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 1565.

³¹ BGH, 28.09.1951 - 2 StR 391/51, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

³² “...ölüm neticesi failin taksirli hareketine bağlı olarak gerçekleşmiş ise diğer bir deyişle failin taksirli hareketi olmasaydı ölümün gerçekleşmeyeceği sonucuna varılıyorsa başka

Şart teorisi, her biri tek başına neticeyi meydana getirebilecek birden fazla şartın eş zamanlı olarak bir araya geldiği *alternatif (çifte) nedensellik* durumlarında yetersiz kalmaktadır. Örneğin, bir kavga esnasında (C), birbirinden bağımsız hareket eden (yan yana fail olan) (A) ve (B) tarafından bıçaklanarak öldürülür. Her birinin açtığı yara, tek başına öldürücü niteliktedir. Şart teorisine göre (A)'nın yaralama eylemi olmasaydı, (B)'nin yaralama eylemi nedeniyle (C) ölecekti. Aynı durum (B)'nin eylemi için de geçerlidir. Bu nedenle şart teorisine göre her ikisinin eylemi de ölüm neticesi yönünden nedensel değildir. Bu sorunu aşmak için alternatif nedensellik durumunda şu kural uygulanır: Birbirine alternatif olarak yok sayılabilen ve kümülatif olmayan her şart, netice bakımından nedenseldir³³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, alternatif nedenlerin her birinin diğeri olmaksızın neticeyi meydana getirebileceği somut olayda tespit edilmiş durumdadır. Birden fazla şartın hangisinin tek başına nedensel olduğu tespit edilemiyorsa bu durumda alternatif nedensellik söz konusu değildir. Bu tür olaylarda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine başvurulur. Örneğin, (A) ve (B), birbirlerinden habersiz olarak (C)'ye peş peşe ateş ederler. Kurşunlardan birisi (C)'yi başından, diğeri ise kalbinden vurur. Her iki atış da ölümcüldür; ancak kimin hangi atışı yaptığı ve ilk kimin ateş ettiği belli değildir. Hangi silahtan çıkan kurşunun (C)'nin ölümüne neden olduğu ispatlanamadığından ve müşterek faillik de söz konusu olmadığından şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her bir fail yönünden, diğerinin kurşununun ölümüne yol açtığı varsayılır ve (A) ve (B) sadece kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılır³⁴.

bir ifadeyle ölüm failin eseriye bu takdirde failin fiili ile netice arasında nedensellik bağının var olduğu kabul edilecektir...” YCGK, E. 2013/653, K. 2015/430, 01.12.2015, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

³³ Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart: W. Kohlhammer, 2016), § 10 kn. 229; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 166 kn. 25; Traeger, *Kausalbegriff*, 46.

³⁴ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 10 kn. 230; Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 246. Benzer bir durumda Yargıtay sanıkları kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan sorumlu tutmuş, ancak şüphe nedeniyle cezada indirim uygulamıştır: “Maktul ve sanıkların aynı yerde birlikte içki aldıkları sırada tartışmaya başladıkları ve maktulün küfredmesi üzerine sanık M'nin tabakla başına vurduğu, bir süre daha maktul oturduktan sonra kalkıp çıktığında dışarıda bu defa diğer sanık C ile aynı nedenle kavga ettiği, sanık C'nin de kafa vurması üzerine yere düşüp başını çarptığı, maktulün daha sonra fenalaşıp öldüğü... Adli tıp raporlarına göre, her bir yaranın ayrı ayrı ölümü meydana getiren beyin harabiyeti ve komalara neden olabileceği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Bu oluş çerçevesinde her bir

Birbirinden bağımsız olan ve tek başına neticeyi meydana getiremeyen birden fazla şartın birleşerek neticeyi doğurması durumunda ise *kümülatif nedensellik* söz konusudur³⁵. Alternatif nedensellikten farklı olarak kümülatif nedensellikte faillerden birisinin eylemi yok sayıldığında netice meydana gelmeyeceği için her bir failin eylemi nedenseldir. Bu tip olaylarda sorun, nedensellik yönünden değil, objektif isnat edilebilirlik yönünden ortaya çıkmaktadır³⁶. Federal Mahkemenin kararına konu bir olayda, sanık (F), aile içi şiddet uygulayan üvey babası (V)'nin kafasına ağır bir kızartma tavaıyla üç kez vurmuştur. (F) polisi aramaya gittiğinde, durumdan habersiz olan diğer sanık anne (M) eve gelmiş ve yerde yatan eşi (V)'yi görerek tavayı almış ve kafasına bir kez vurmuştur. (F) döndüğünde, hala soluk almakta olan üvey babasının yüzüne bir kez daha tavayla vurmuş ve (V) ölmüştür³⁷. Olayda hangi darbenin ölüme yol açtığı tespit edilememiş ve (M) ile (F)'nin müşterek fail olarak hareket etmedikleri kabul edilmiştir. Federal Mahkeme, (M)'nin tek darbesinin ölüme neden olduğu ispatlanamadığı için kasten öldürme suçundan cezalandırılmayacağına karar vermiş; (F) yönünden de şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayarak (M)'nin darbesinin ölümü hızlandırdığını kabul etmiş ve (F)'nin ilk üç darbe ve son darbe olmak üzere iki defa *kasten öldürmeye teşebbüsten* cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak bu olayda, Federal Mahkemenin kabul ettiğinin aksine, şart teorisine göre (F)'nin eylemleri olmasaydı, ölüm de gerçekleşmeyeceği için (F) ölüme neden olmuştur. (F)'nin eylemlerinin tek başına ölüm için yeterli olmadığı kabul edilse bile, (M)'nin darbesiyle birleşerek kümülatif nedensellik oluşturmuştur³⁸. (M)'nin eylemine yol açan ise (F)'nin eylemleridir. (M)'nin eylemini gerçekleştirdiği sırada (F)'nin başlattığı nedensel seri kesintiye uğramadığı için (M)'nin ölümü hızlandırdığı kabul edilse dahi (F)'nin eylemleri ile ölüm arasındaki nedensellik bağı varlığını korumaktadır³⁹.

sanığın eylemi ölümü meydana getirebilir nitelikte ise de birbirlerine eklenerek ölümü meydana getirmesi mümkün ve muhtemel olduğundan şüphenin lehe kabulü ile sanıkların ayrı ayrı TCK 452/2'den dolayı cezalandırılması gerekmektedir." Y. 1. CD, 10.06.1998, 2051, aktaran Hakeri, *Genel Hükümler*, 182.

³⁵ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 10 kn. 231.

³⁶ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 10 kn. 232.

³⁷ BGH, 12.07.1966 - 1 StR 291/66, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

³⁸ Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2015), 141 kn. 66.

³⁹ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 243.

Failin eylemi neticeyi gerçekleştirmeden önce ondan bağımsız başka bir nedenin neticeyi gerçekleştirmesi durumunda *öne geçen nedensellik* söz konusudur. Bu durumda ikinci neden, failin eyleminin nedenselliğini kesintiye uğratır⁴⁰. Ancak nedenselliğin kesilmesi için failin başlattığı ilk nedensel serinin, ikinci nedensel seri üzerinde etkisinin olmaması gerekir. Örneğin, İngiliz Temyiz Mahkemesinin kararına konu bir olayda⁴¹ (A), annesi (B)'yi zehirlmek için şarap kadehine bir miktar potasyum siyanür karıştırır ve (B) ertesi gün ölü bulunur. Yapılan otopsi ve tıbbi incelemede, (B)'nin ölümünün tesadüfen gerçekleşen kalp krizi nedeniyle meydana geldiği tespit edilir. Başka bir deyişle, kalp krizi, zehirlleme eyleminin önüne geçmiştir. (A)'nın eyleminin (B)'nin ölümüne nedensel bir katkısı olmadığı için (A) ancak kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılabilir. Diğer taraftan (B) şarabı içip kötüleşmeye başladıktan sonra hastaneye gitmek için yola çıksaydı ve kötüleşmesi nedeniyle direksiyon hakimiyetini kaybederek kazada ölseydi, (A)'nın şaraba koyduğu zehirin (B)'nin ölümü üzerinde etkisi olduğundan (A)'nın başlattığı nedensel seri kesilmiş olmayacaktı. Nedensellik bağlantısı, ancak sonraki olayın, önceki olayın devam eden etkisini tamamen ortadan kaldırması durumunda kesilir⁴². (B)'nin kaza yaptığı ikinci örnekte nedensellik bağlantısı kesilmemekle birlikte (A)'nın ölüm neticesinden sorumlu olup olmayacağı nedensellik kurallarına göre değil, objektif isnadiyet kurallarına göre belirlenecektir⁴³.

Şart teorisinin uygulanmasında *varsayımsal (hipotetik) nedenler*; yani failin eylemi olmasaydı, neticeyi meydana getirebilecek *gerçekleşmemiş* başka nedenler dikkate alınmaz. Belirleyici olan, sadece fiilen gerçekleşmiş nedenlerdir⁴⁴. Dolayısıyla (A), (X)'i döverek öldürmemiş olsaydı, silahıyla pusuda bekleyen (B)'nin (X)'i öldürecek olması, (A)'nın eyleminin nedenselliğini ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde ölmek üzere olan mağdura acıyarak kurtulması için aşırı dozda morfin vermek suretiyle mağdurun

⁴⁰ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 250; Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 10 kn. 235.

⁴¹ *Rex v. White* [1910]. Karar metni için bkz. Justice of The Peace 74, (1910): 318-320, <https://heinonline.org/>.

⁴² Jescheck ve Weigend, *Allgemeiner Teil*, 281; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 171 kn. 45.

⁴³ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 468 kn. 30.

⁴⁴ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 23 kn. 12.

ölümünü hızlandıran (yaşam süresini kısaltan) failin eylemi de ölüm neticesi yönünden nedensel kabul edilir⁴⁵.

C. Uygun Neden Teorisi

Uygun neden teorisi, fizyolojik psikoloji ve mantık üzerine çalışmaları ile tanınan Freiburg kökenli *Johannes Adolph von Kries* tarafından ortaya atılmıştır. *Von Kries*, 1888 yılında objektif olanaklılık (*objektiven Möglichkeit*) ve olasılık (*wahrscheinlichkeit*) üzerine yaptığı çalışmaları yayımladığı makalesi⁴⁶ ile bireyselleştirici teorilerin tatmin edici bir açıklama getiremediği nedensellik kavramını tanımlayan “uygun neden” kavramını açıklamıştır⁴⁷. *Von Kries*, Büyük Sayılar Yasası’nın ortaya koyduğu düzenliliğin, sosyal olaylara da uygulanabileceği fikrinden yola çıkmıştır. Bu bağlamda isnadiyet için yeterli bir temel oluşturamayan ve adalet duygusunu tatmin etmeyen şart teorisinin, hukuka aykırı davranış ile netice arasında varolan genel bağlantıyı dikkate alan uygun nedensellik ile tamamlanması gerekmektedir⁴⁸. Uygun neden teorisi, failin davranışı ile netice arasındaki ilişkiyi bir olasılık değerlendirmesine tabi tutmakta ve olasılık kriterleri bağlamında failin davranışının neticeyi ortaya çıkarmaya uygun (elverişli) olmasını, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilirliğinin bir ön şartı olarak kabul etmektedir⁴⁹. Teoriye göre, (X)’in (Y)’ye yol açtığı durumlarda, (X) genel anlamda (Y) için elverişli (uygun) bir durum yaratıyorsa; (X), (Y)’nin uygun nedeni ve (Y) de (X)’in uygun sonucu olarak adlandırılır; aksi durumda sadece tesadüfi bir nedensellik ve sonuç söz konusudur⁵⁰. Örneğin, (A)’nın hemofili hastası (B)’yi kolunu çizerek yaralaması ve bunun sonucunda ölümüne neden olması durumunda bir kişinin kolunu çizmek, normal şartlarda ölümü meydana getirmeye elverişli, uygun bir neden

⁴⁵ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 24 kn. 13-14; Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 307; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 168-169 kn. 35-37.

⁴⁶ Johannes Adolph von Kries, “Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben,” *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12, (1888): 179-240, 287-323, 393-428.

⁴⁷ Engisch, *Kausalität*, 41.

⁴⁸ Johannes Adolph von Kries, “Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 9, (1889): 530, 532.

⁴⁹ Jescheck ve Weigend, *Allgemeiner Teil*, 286.

⁵⁰ von Kries, “Objectiven Möglichkeit,” 202.

olmadığından (A)'nın ölüm neticesinden sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır⁵¹.

Şart teorisi ile bir şartın netice için nedensel olduğu tespit edildikten sonra, bu şartın netice ile olan bağlantısının genel bir bağlantı mı, yoksa mevcut olaya özgü bir bağlantı mı olduğu; bu şartın, bu tür bir neticeyi meydana getirmeye gerçekten *uygun* mu olduğu, yoksa sadece *tesadüfen* mi neden olarak ortaya çıktığı araştırılmalıdır⁵². Örneğin, bir yolcuyu taşıyan arabacı, sarhoş ya da uykulu ise ve bu nedenle yanlış yola saparsa ve akabinde yolcuya yıldırım çarparsa, arabacının uykulu ya da sarhoş olmasının, yolcunun ölümüne neden olduğu söylenecektir. Nitekim arabacı düzgün bir şekilde araba kullanıyor olsaydı, fırtına sırasında araba farklı bir yerde olacak ve yolcu zarar görmeyecekti. Bu tür durumlarda, nedensel olduğu düşünülen şart ile netice arasında genel bir bağlantının bulunmadığı varsayılır; zira genel anlamda yolcuya arabacı uyanırken de uyurken olduğu şekilde yıldırım çarpabilir. Dolayısıyla arabacının uykulu ya da sarhoş olması, yıldırım nedeniyle ölüm olasılığını artırmadığından ve genel anlamda böyle bir ölüm neticesini meydana getirmeye uygun olmadığından ölüm neticesi arabacıya isnat edilemeyecektir⁵³. Ancak bu örnekte araba devrilmiş ve yolcu bu yüzden ölmüş olsaydı, durum farklı olacaktı. Bu durumda, arabacının uyuması veya sarhoşluğu ile kaza arasında sadece bireysel değil, genel bir nedensel bağlantı olduğu varsayılacaktı; çünkü arabacının dikkat ve özensizliğinin, arabanın devrilmesi gibi bir kazaya neden olacağı mutlak olmasa bile, genel anlamda böyle bir kazaya neden olma eğilimine sahip olduğu ve bu yöndeki bir olasılığı arttırdığı kabul edilir⁵⁴. Bu nedenle bir eylemin neticeyi ortaya çıkarmaya uygun olması, neticenin meydana gelme olasılığını artırması olarak anlaşılmalıdır⁵⁵. Bazı durumlarda düşük bir olasılık derecesi de netice için uygun olabilir. Örneğin, çok uzak mesafeden hedef gözetilerek yapılan bir silah atışı, hedefe isabet olasılığı düşük olsa bile öldürme ve yaralama suçlarının tipik neticesini meydana getirmeye uygun bir eylemdir⁵⁶.

⁵¹ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 174, kn. 59.

⁵² von Kries, "Objectiven Möglichkeit," 200.

⁵³ von Kries, "Wahrscheinlichkeit," 532.

⁵⁴ von Kries, "Objectiven Möglichkeit," 201.

⁵⁵ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 250; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 474 kn. 39; Traeger, *Kausalbegriff*, 159.

⁵⁶ Engisch, *Kausalität*, 45.

Görüldüğü gibi uygun neden teorisi, şart teorisinin eş değer kabul ettiği şartlar arasından, neticeyi ortaya çıkarmaya genel anlamda elverişli (uygun) olan şartı, neden olarak kabul etmekte ve tesadüfi şartlar (atipik sonuçlar) ile uygun şartları birbirinden ayırmaktadır⁵⁷. Böylece teori, *haksızlık* ile öngörülebilir olmayan *talihsizlik* arasında ayırım yapma avantajına sahiptir⁵⁸. Dolayısıyla (A)'nın (B)'yi yaralaması, ancak (B)'nin ambulansa taşınırken boynunun kırılarak ölmesi ya da hastanede çıkan bir yangında ölmesi durumlarında ölüm neticesi, (A)'ya isnat edilemeyecektir⁵⁹.

Bir hareketin netice yönünden uygunluğunun hangi kriterlere göre değerlendirilmesi gerektiği öğretide tartışmalara konu olmuştur. Genel olarak kabul edilen görüş, “objektif olarak sonradan tahmin” (*objektiv nachträgliche Prognose*)⁶⁰ olarak nitelendirilen görüştür. Bu görüşe göre hakim, değerlendirmeyi yaptığı sırada kendisini objektif bir gözlemcinin yerine koyar ve failin *özel bilgisini* de dikkate alarak, eylemin gerçekleştirildiği esnada (*ex ante*) mevcut koşullar itibarıyla, gerçekleşen nedensellik akışının tahmin edilip edilemeyeceğini değerlendirir⁶¹. Fail, sahip olduğu bilgi dahilinde

⁵⁷ Jescheck ve Weigend, *Allgemeiner Teil*, 285; Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 330; Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, 156; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 204; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 287; Ömeroğlu, “Nedensellik İlişkisi Üzerine,” 1566-1567; Gropp, *Allgemeiner Teil*, 143 kn. 80.

⁵⁸ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 143 kn. 80.

⁵⁹ von Kries, “Objectiven Möglichkeit,” 224; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 474 kn. 39.

⁶⁰ Olasılık değerlendirmesine tabi tutulacak olay, geçmişte kaldığı için ve eylem anına geri dönülerek eylemin gerçekleştirildiği anda henüz bilinmeyen ve daha sonraki nedensel süreçte ortaya çıkan tüm koşullar hariç tutularak değerlendirme yapıldığı için “sonradan tahmin” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht Band 2* (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 1971), 148, dn. 1.

⁶¹ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 174 kn. 60; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 475 kn. 40; Jescheck ve Weigend, *Allgemeiner Teil*, 286. Objektif ve subjektif değerlendirmenin bir arada yapılması, Türk öğretisinde *karma uygun neden teorisi* olarak adlandırılmıştır. Buna göre, karar verecek olan kişi, öncelikle olay anına giderek üçüncü kişinin bilgi ve tecrübesine göre, o anın koşulları içerisinde hareketin neticeyi gerçekleştirmeye uygun olup olmadığını değerlendirecek; ardından failin kişisel bilgi ve tecrübesini dikkate alarak, failin olay anında bildiği koşullara göre neticeyi tahmin edip edemeyeceğini inceleyecektir. Objektif ve subjektif değerlendirme birbirine uyuyorsa hem nedensellik hem de kusur sorunu çözülmüş olacaktır. Bkz. İçel, *Genel Hükümler*, 300; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 223-224. Belirtelim ki, objektif olarak sonradan tahmin görüşünde failin özel bilgisinin dikkate alınması, tehlike (risk) yaratma şartı bakımından objektif isnadiyet teorisi de benimsemiştir. Bu durum, objektif isnadiyet teorisinin,

tehlike yaratan davranışının belli bir neticeyi gerçekleştirmesini beklemiş ve netice beklediği şekilde gerçekleşmişse, böyle bir durumda eylemi her zaman uygun neden kabul edilir⁶². (A)'nın hemofili hastası (B)'yi kolunu çizerek yaraladığı ve bunun sonucunda ölümüne neden olduğu olayda, (A)'nın eylemi, normal şartlarda ölümü meydana getirmeye elverişli bir neden olmadığı halde, (A) bu eylemi gerçekleştirdiği esnada (B)'nin hemofili hastası olduğunu biliyor ise, eylemi ölüm neticesinin uygun nedeni haline gelecektir⁶³.

Failin öngörülebilir olmayan tesadüfi şartların meydana gelmesinden sorumlu tutulmaması, nedensellik bağlantısını ortadan kaldıran bir durum olmadığı için öğretide uygun neden teorisi, bir nedensellik teorisi değil, normatif karakterli bir isnadiyet teorisi olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Başka bir deyişle teori, hangi şartların nedensel olduğunu tespit etmemekte; hangi nedensel şartların hukuken önemli olduğunu ve faile isnat edilebileceğini tespit etmektedir⁶⁵. Alman ceza hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda objektif sorumluluğun kabul edildiği dönemde şart teorisinin uygulanması adil olmayan sonuçlara yol açtığı için sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla uygun neden teorisine başvurulmuştur⁶⁶. Benzer şekilde Türk hukukunda da şart teorisini savunan yazarlar, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda objektif sorumluluğun kusur ilkesiyle bağdaşmayan olumsuz yönlerini bertaraf edebilmek için uygun neden teorisinin gerekliliğini ileri sürmüşlerdir⁶⁷. Ancak bugün itibarıyla Türk Ceza Kanunu'nda da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar için en azından taksir şartının aranıyor olması ve uygun neden teorisinin kapsamının atipik neticelerin isnat edilebilirliğini önlemek ile sınırlı olması ve objektif isnadiyet teorisinin bu işlevi zaten yerine

suçun “kast” unsuruna ilişkin sorunları, tipikliğin objektif unsurları kapsamında çözmeye çalıştığı yönündeki eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bkz. Dülger, Bakdur ve Özkan, “Ceza Hukukunda Objektif Isnadiyet,” 761 dn. 56; Karl Heinz Gössel, “Objektif Isnadiyet ve Nedensellik,” çev. Zehra Başer Doğan, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 167-168 (2018): 242-246. Bu eleştirilere yanıt için bkz. Luis Greco, “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117, no. 3 (2005): 521, 523 vd.

⁶² von Kries, “Objectiven Möglichkeit,” 229.

⁶³ Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 86.

⁶⁴ Gropp, *Allgemeiner Teil*, 143 kn. 81; Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 330.

⁶⁵ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 475 kn. 41.

⁶⁶ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 474 kn. 39; Traeger, *Kausalbegriff*, 173.

⁶⁷ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 357-358.

getiriyor olması, uygun neden teorisine duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmış durumdadır⁶⁸.

III. KASTEN YARALAMA SONUCU ÖLÜME NEDEN OLMA SUÇUNDA SORUMLULUĞUN OBJEKTİF İSNADİYET İLE SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Açıklamalar

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kasten işlenen temel suçun içerdiği tipik tehlikenin özel neticede gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durum, neticeye sadece taksirle neden olan failin eyleminden daha yoğun bir haksızlık ortaya koymaktadır. Bu suçlarda ceza aralığının yüksek tutulması, özellikle ölümle sonuçlanan suç tiplerinden doğan sorumluluğun etkili bir şekilde sınırlandırılmasını gerektirmektedir⁶⁹. Bu nedenle Alman hukukunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç tipi ile özel netice arasında daha yakın ve kısıtlayıcı bir bağlantının bulunması gerektiği konusunda görüş birliği vardır⁷⁰.

Her ne kadar Alm. CK md. 18 (TCK md. 23) gereğince failin ölüm neticesi yönünden en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmekte ise de,

⁶⁸ Georg Küpper, *Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt* (Berlin: Duncker & Humblot, 1982), 67; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 475 kn. 42; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 295 dn. 197.

⁶⁹ Sternberg-Lieben, "§ 18," 354 kn. 1; Fedor Strasser, *Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht* (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 295.

⁷⁰ Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II - Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit* (München: C.H. Beck, 2012), § 16 kn. 5; Christian Köhler, *Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB)* (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2000), 39; Johannes Wessels, Michael Hettinger ve Armin Engländer, *Strafrecht Besonderer Teil 1: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit* (Heidelberg: C. F. Müller, 2023), kn. 261; Engisch, *Kausalität*, 69; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte* (Berlin: De Gruyter, 2005), 85 kn. 1; Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 8 kn. 181; Lukas Staffler, *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik - Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien* (Berlin: Duncker & Humblot, 2015), 39; Anette Grünwald, "§ 227," içinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, §§ 211-231, Band 11*, ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier (Berlin: Walter de Gruyter, 2023), 709 kn. 5; Kudlich, "§ 18," 145 kn. 14.

buradaki taksirin, ölüm neticesinin öngörülebilirliğinden ibaret olması, subjektif isnadiyetin sınırlama işlevini önemli ölçüde azaltmaktadır⁷¹; bu nedenle objektif isnadiyet sorununun çözümü için “doğrudan bağlantı” (*unmittelbare Zusammenhang*) kriteri geliştirilmiştir. Doğrudan bağlantı, yaralama suç tipinde içkin özel tehlikenin, ölüm neticesi şeklinde ortaya çıkmasını gerektirmektedir⁷².

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunda ölüm neticesinin faile objektif olarak isnat edilebilmesi için 1) yaralama suç tipine özgü bir tehlike yaratılmış olması ve 2) bu tehlikenin ölüm neticesinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, objektif isnadiyet teorisinin hukuken onaylanmayan (izin verilmeyen)/kılanan bir tehlike (risk) yaratılması ve bu tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi şeklinde ifade edilen temel formülüyle⁷³ paralellik arz etmekte ve benzer vakıa gruplarını içermektedir⁷⁴. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda tipik tehlike bağlantısının, objektif isnadiyet teorisi kapsamında bir isnat edilebilirlik şartı olarak ele alınması gerektiğini düşündüğümüzden, bu konu objektif isnadiyet kuralları ile birlikte

⁷¹ Joachim Vogel ve Jens Bülte, “§ 18,” içinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1 bis 18, Band 1*, ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier (Berlin: Walter de Gruyter, 2020), 1329 kn. 32. “Koşulları hafifletilmiş taksir” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 258.

⁷² Köhler, *Beteiligung und Unterlassen*, 38, Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil I*, kn. 261; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre* (Berlin: De Gruyter, 2004), 203 kn. 9. “Nedensellik bağının, meydana gelen netice açısından varlığı zorunlu ise de bu durum tek başına yeterli olmayıp neticenin ayrıca faile yüklenip yüklenemeyeceği de değerlendirilmelidir. Bu kapsamda ağır neticenin objektif olarak faile yüklenebilirliği, bu ağır ve başka neticenin temel suç tipinin işlenmesine bağlı, ona bitişik, ona özgü olan özel tehlikenin gerçekleşmesi ve doğrudan sonucu olması halinde mümkündür.” Y. 3. CD, E. 2020/14780, K. 2020/14421, 22.10.2020; Y. 12. CD, 2023/4426, K. 2023/4605, 31.10.2023, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

⁷³ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 478 kn. 47; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 176 kn. 66; Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 93 kn. 46.

⁷⁴ Köhl, *Allgemeiner Teil*, 552 kn. 16; Kudlich, “§ 18,” 146 kn. 16; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 493 kn. 81.

incelenmiştir⁷⁵. Objektif isnadiyet teorisinin özellikle “öngörülebilirlik” ve “sorumluluk ilkesi”, TCK md. 87/4 yönünden önem arz etmektedir⁷⁶.

B. Suç Tipine Özgü Bir Tehlikenin Yaratılması

1. Kavram

Objektif isnadiyet teorisine göre suç tipindeki neticenin faile isnat edilebilmesi için failin hukuken onaylanmayan/kınanan bir tehlike yaratması gerekmektedir⁷⁷. TCK md. 87/4 açısından bakıldığında, kasten yaralama suçunun işlenmesi, başlıbaşına hukuken onaylanmayan bir tehlike oluşturmaktadır. Ancak ölüm neticesinin isnat edilebilirliği için herhangi bir tehlike yaratılması yeterli değildir; neticeye yansıyan tehlikenin, yaralamanın tipik tehlikesi olması gerekmektedir⁷⁸.

Kanun koyucu ağır ya da başka bir neticeye yol açma eğilimine sahip olan belli suç tiplerini⁷⁹ neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak düzenlemiştir; o nedenle bu suçlara ilişkin hükümlerin uygulanması, ancak temel suç tipine özgü tehlikenin gerçekleştiği durumlarda mümkündür⁸⁰. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların ayırt edici özelliği, temel suçun, tipe uygun özel tehlikeyi içinde barındırmasıdır. Dolayısıyla bu suçlarda objektif isnat edilebilirlik, ancak bu özel tehlikenin fail tarafından neticeye yansıtılması halinde söz konusu olabilir⁸¹.

⁷⁵ Alman öğretisinde de ölümle sonuçlanan yaralama suçunda özel neticenin objektif tipikliğinin; nedensellik, objektif isnat edilebilirlik ve suç tipine özgü tehlike bağlantısından oluştuğunu kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Eisele, *Besonderer Teil I*, § 14 kn. 368-369; Rengier, *Besonderer Teil II*, § 16 kn. 3. Suç tipine özgü tehlike bağlantısının, objektif isnadiyetin özel bir şekli olduğu ve isnat edilebilirliğin kapsamını daralttığına dair bkz. Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 276 kn. 16

⁷⁶ Rengier, *Besonderer Teil II*, § 16 kn. 5. Doğrudan bağlantı kriteri ile ulaşılmak istenen sorumluluğun sınırlandırılması amacına objektif isnadiyet kriterleri ile de ulaşılabileceği; bu nedenle nedensellik bağı ve objektif isnadiyetin varlığının sorumluluk için yeterli olduğuna dair bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 491.

⁷⁷ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 39 kn. 46

⁷⁸ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 276 kn. 16

⁷⁹ Örneğin, işkence (TCK md. 95/4), terk (TCK md. 97/2), çocuk düşürme (TCK md. 99/3), cinsel saldırı (TCK md. 102/5) suçlarının ölümle sonuçlanması, daha ağır cezaya tabi tutulmuştur.

⁸⁰ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 434 kn. 114; Engisch, *Kausalität*, 70.

⁸¹ Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 258.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ceza sorumluluğunu sınırlandırmak için başvuru özel tehlike bağlantısı kriteri, Federal Mahkemenin eski kararlarında “doğrudan bağlantı” olarak adlandırılmaktaydı⁸². Doğrudan bağlantının bir tanımını vermemekle birlikte içtihatlar, Federal Mahkemenin bu terime olumsuz bir anlam yüklediğini ve yaralanan kişinin ölümüne, üçüncü bir kişinin ya da yaralanan kişinin kendi davranışının neden olmaması gerektiği şeklinde yorumladığını göstermektedir. Ölümle sonuçlanan kasten yaralama suçunun düzenlendiği Alm. CK md. 227’nin amacı, ölüm neticesini meydana getiren yaralama suçunda içkin özel tehlikeyi önlemek olduğundan ölüm, araya giren üçüncü kişinin ya da mağdurun davranışı sonucunda ortaya çıkmış ise, özel tehlikenin neticeye yansımadağı ve doğrudan bağlantının kesintiye uğradığı kabul edilmekteydi⁸³.

Doğrudan bağlantı kriterinin ilk defa dile getirildiği karar, “Rötzel”⁸⁴ kararıdır⁸⁵. Bu karara konu olayda sanık, annesinin evinde hizmetçi olarak çalışan Resi (G)’yi darp ederek kolunda derin bir yara açmış ve burnunu kırmıştır. Saldırının devam edeceği endişesiyle kaçmaya çalışan mağdur, odanın penceresinden balkona geçmeye çalışırken aşağıya düşerek ölmüştür. Federal Mahkemeye göre Alm. CK md. 227’de belirtilen ceza miktarı, kısıtlayıcı bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle ölüm neticesi, araya giren üçüncü kişinin ya da mağdurun kendi davranışı ile meydana gelmiş ise, kasten yaralama suçunun doğasında varolan tehlikenin ölüm neticesinde ortaya çıktığını artık söylemek mümkün değildir. Mağdurun kendi davranışı (devam eden saldırıdan kaçma) doğrudan ölüme yol açtığı için kasten yaralama eylemi ile ölüm neticesi arasındaki bağlantı ortadan kalkmıştır⁸⁶.

⁸² Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçuna ilişkin Federal Mahkeme içtihatlarının tarihsel gelişimine ilişkin bkz. Gülsün Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, “Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif İsnâdiyet,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no. 1 (2015): 43-74.

⁸³ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 431 kn. 111; Georg Küpper, “Unmittelbarkeit und Letalität - Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge,” içinde *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, ed. Thomas Weigend ve Georg Küpper (Berlin: Walter de Gruyter, 1999), 619.

⁸⁴ BGH, 30.09.1970 - 3 StR 119/70, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

⁸⁵ Strasser, *Zurechnung*, 295.

⁸⁶ Michael Kahlo, “Überlegungen zum objektiven Zusammenhang zwischen Grunddelikt und qualifizierender Folge bei den tateserfolgsqualifizierten Delikten,” içinde *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag - Strafrechtswissenschaft als Analyse und*

Doğrudan bağlantı, Federal Mahkemenin sonraki içtihatlarında ve öğretide “özel tehlikeyi gerçekleştirme bağlantısı”⁸⁷, “suç tipine özgü tehlike bağlantısı”⁸⁸ veya “tipik tehlike bağlantısı”⁸⁹ olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Zira ölüm neticesinin, üçüncü bir kişinin ya da mağdurun kendi davranışının sonucu olarak ortaya çıktığı durumlarda, başka bir deyişle failin eylemi ile netice arasında dolaylı bir ilişki söz konusu olduğunda “doğrudan bağlantı” kriteri uygun bir çözüm sunmamaktadır⁹⁰.

Federal Mahkemenin yakın tarihli kararlarında doğrudan bağlantının, mağdurun ya da üçüncü kişinin araya giren davranışının bulunmaması anlamına geldiği yönündeki önceki yaklaşım terkedilmiştir⁹¹. Şu an kabul edilen görüş, suç tipine özgü tehlike bağlantısının, neticesi sebebiyle ağırlaşmış tüm suçlar için genel bir formül sunmadığı; aksine suç tipindeki tehlikeye vurgu yaparak her suç tipinin anlam ve amacına uygun şekilde farklı bir değerlendirmeye olanak tanınması gerektiği yönündedir⁹².

2. Suç Tipine Özgü Tehlikenin Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Suç tipine özgü tehlike bağlantısının, failin kasten yaralamaya yönelik eylemi ile ölüm neticesi arasında mı bulunması gerektiği, yoksa kasten yaralamanın neticesi ile ölüm arasında mı olması gerektiği tartışmalıdır⁹³. Bu

Konstruktion, ed. Hans-Ullrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel ve Rainer Zaczyk (Berlin: Duncker & Humblot, 2011), 586.

⁸⁷ Rengier, *Besonderer Teil II*, § 16 kn. 5; BGH, 12.02.1992 - 3 StR 481/91, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

⁸⁸ Kudlich, “§ 18,” 145 kn. 13.

⁸⁹ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 551 kn. 16.

⁹⁰ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 203 kn. 7-8.

⁹¹ Sternberg-Lieben, “§ 18,” 355 kn. 4; Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 203 kn. 9.

⁹² Vogel ve Bülte, “§ 18,” 1329 kn. 32; Kühl, *Allgemeiner Teil*, 551 kn. 16, 17; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 434 Rn. 114; Staffler, *Zurechnungsdogmatik*, 138-139; Strasser, *Zurechnung*, 297; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 250.

⁹³ Bir kısım yazarlar, TCK md. 87/4’deki suçun, kanun metninde “Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse...” şeklinde ifade edilmiş olması nedeniyle tehlike bağlantısının, ölüm ile yaralamanın neticesi arasında araştırılması gerektiğini düşünmektedirler. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 237; Kaymaz, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, 88; Seydi Kaymaz ve Ali Emrah Bozbayındır, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı

soruya verilecek yanıt, aynı zamanda, kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kaldığı veya TCK md. 86/2 kapsamındaki yaralamaya bağlı olarak ölümün meydana geldiği durumlarda TCK md. 87/4'ün uygulanıp uygulanamayacağı ile de ilgilidir.

Failin ateş ederek mağduru yaraladığı ve mağdurun kaldırıldığı hastanede ateşli silah yaralanmasına bağlı iç kanama nedeniyle öldüğü bir olayda ölüm, araya başka bir neden girmeksizin doğrudan yaralamanın *neticesine* bağlı olarak gerçekleştiği için nedensellik ve objektif isnadiyet yönünden herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Ancak (A)'nın elindeki silahla (B)'yi kovaladığı, (B)'nin sığınmak için bir apartmanın kapısını tekmelediği ve kapının kırılan camının, atardamarını keserek kanama nedeniyle (B)'nin ölümüne neden olduğu bir olayda⁹⁴, ölüm neticesi yaralama suçuna teşebbüs⁹⁵ nedeniyle gerçekleşmiştir. Burada neticenin esas alınması

Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 68, no. 1-2 (2010): 86. Doğan, TCK md. 23'te “fiil” ibaresinin kullanılması ve final hareket teorisini kabul etmeleri nedeniyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda nedensellik bağının eylem ile özel netice arasında bulunması gerektiğini; ancak TCK md. 87/4'te olduğu gibi, temel suç tipi *sonucunda* ölümün gerçekleşmesi şartının arandığı suçlarda temel suç tipinin tamamlanmış olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 112, 122. “Yaralama hareketiyle ölüm sonucu arasında nedensellik ilişkisinin varlığı, ölümün yaralama hareketinin kendisinden kaynaklanmış olmasına bağlı tutulmamalıdır. Ölümün yaralama hareketi sonucunda meydana geldiği hallerde de sonucun rastlantısal olmaması, öngörülebilir olması mümkündür”, bkz. Centel, *Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm*, 193. TCK md. 87/4'ün uygulanması yönünden, failin kasten yapmış olduğu yaralama hareketinin, neticeye özgü tehlikeyi artırıp artırmadığı ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerektiği yönünde bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 233. Kişi üzerinde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir etki (netice) bırakan yaralama eyleminin illi ve objektif isnat edilebilir olabileceği, bu nedenle netice yerine eylemin esas alınmasının adil olacağı yönünde bkz. Mehmet Emin Artuk ve Erkam Yılmaz, “Basit Tıbbi Müdahalelik (BTM'lik) Yaramalar ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (2022): 299. Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamanın da ölümle sonuçlanabileceği, bu nedenle yaralama hareketinin esas alınması gerektiğine dair bkz. Uğurlubay, *Nedensellik ve Objektif Isnadiyet*, 69-70.

⁹⁴ BGH, 09.10.2002 - 5 StR 42/02 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>)

⁹⁵ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 22 kn. 692; Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil* 1, kn. 274; Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 254. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda teşebbüs iki şekilde gerçekleşebilir. Temel suç tipi tamamlanır, ancak özel netice gerçekleşmez ya da temel suç tipi teşebbüs aşamasında kalır, ancak özel netice gerçekleşir. Birinci durum “ağırlaşmış neticeye teşebbüs” (*versuchte Erfolgsqualifizierung*), ikinci durum “neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs” (*erfolgsqualifizierte Versuch*) olarak

halinde yaralama suçunun neticesi gerçekleşmediği için TCK md. 87/4'ün uygulanması mümkün olmayacaktır. Teşebbüs kapsamındaki eylemin esas alınması halinde ise TCK md. 87/4 uygulanabilecektir⁹⁶.

Federal Mahkeme içtihatlarının şu an geldiği aşamada, ölüm neticesinde gerçekleşen kasten yaralama suçuna özgü tehlikenin, neticeden kaynaklanması gerekliliği aranmamakta; yaralamaya neden olan eylem de dahil olmak üzere tüm süreç göz önünde bulundurulmaktadır⁹⁷. Alman öğretisinde ise hakim görüş, yaralamanın neticesini esas alan öldürücülük teorisinden⁹⁸ yana olmakla birlikte, suç tipine özgü tehlikenin sadece yaralama neticesinin niteliği ya da ağırlığından değil; yaralama suçunun işleniş biçiminden de kaynaklanabileceği gerekçesiyle öldürücülük teorisini normun koruma amacına uygun düşmeyen bir görüş olarak değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır⁹⁹.

b. Yaralama Eylemini Esas Alan Görüş

Bu görüşe göre ölüm neticesinin faile isnat edilebilmesi için ölümün, yaralama eyleminin tipik tehlikesine bağlı olarak gerçekleşmesi gerekir¹⁰⁰.

adlandırılır. Teşebbüsün varlığı için netice bakımından kasten hareket edilmesi gerektiğinden ve kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunda failin ölüm neticesi yönünden kasten hareket etmesi mümkün olmadığından, yaralama suçunun tamamlandığı, ancak ölümün gerçekleşmediği hallerde TCK md. 87/4'ün uygulanması mümkün değildir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 733; Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 87.

⁹⁶ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 22 kn. 696. (A)'nın (B)'yi dövmek için kovaladığı ve (B)'nin kaçarken düşüp öldüğü olayda, özel tehlike bağlantısının gerçekleşmediği, neticenin tesadüf eseri olması nedeniyle isnat edilemeyeceği yönünde bkz. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 258-259.

⁹⁷ Krey, Heinrich ve Hellmann, *Besonderer Teil I*, § 3 kn. 294; Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil I*, kn. 262.

⁹⁸ Krey, Heinrich ve Hellmann, *Besonderer Teil I*, § 3 kn. 298, 299; Georg Küpper ve René Börner, *Strafrecht Besonderer Teil I, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft* (Berlin: Springer-Verlag, 2017), 74 kn. 32; Hans Joachim Hirsch, “§ 227,” içinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, §§ 223 bis 263a, Band 6*, ed. Burkhard Jähne, Heinrich Wilhelm Laufhütte ve Walter Odersky (Berlin: Walter de Gruyter, 2005), 127-128 kn. 4-5; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 435 kn. 115.

⁹⁹ Eisele, *Besonderer Teil I*, § 14 kn. 372; Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 202 kn. 6; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 277 kn. 20; Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil I*, kn. 263.

¹⁰⁰ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 22 kn. 696. Kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak ölüm neticesinin gerçekleştiği hallerde TCK md. 87/4'ün uygulanabileceği yönünde bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 732.

Bunun gerekçesi, tek başına yaralama eyleminin de ölüme yol açabilecek kadar ağır bir tehlike içerebilmesidir. Eylemin tehlikesi; kullanılan silah, çevresel koşullar (örneğin yaralamanın evin dördüncü katındaki balkonda gerçekleştirilmesi) veya mağdurun tepkisi (yumruktan kaçmaya çalışan mağdurun aracın altında kalması) gibi farklı koşullardan kaynaklanabilir ve bu koşullar arasında bir ayırım yapılmamalıdır¹⁰¹. Önemli olan, neticede gerçekleşen tehlikenin, failin eyleminin tehlikesi mi, yoksa başka bir tehlike mi olduğunun belirlenmesidir. Örneğin, sanık, işaret parmağını tetikte tutarak yerde yatan mağdurun başına silahıyla vurur; bu sırada silah ateş alarak mağdurun ölümüne neden olur¹⁰² (*Pistolenschlag-Fall - Tabanca Darbesi Olayı*). Bu olayda yaralamanın neticesi esas alınırsa TCK md. 87/4 uygulanamayacaktır; çünkü ölüm, yaralama neticesinde (başa vurulan darbe ile meydana gelen yaralanma) ortaya çıkmamıştır. Ancak emniyeti açık ve dolu bir silahın mağdura vurmak için kullanılması (yaralama eylemi), her an ateş alma olasılığı göz önünde bulundurulduğunda hayati tehlike arz eden bir eylemdir ve ölüm tehlikesini içinde barındırmaktadır. O nedenle eylemin esas alınması durumunda kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun oluştuğuna karar verilebilecektir¹⁰³. Yargıtay, “*sanığın, tabancanın kabzası ile yanından eğilmiş vaziyette koşarak geçmekte olan ve karşı gruptan olduğunu düşündüğü maktulün boynuna doğru yaralama kastıyla vurmak için hamle yaptığı, tabancanın ateş alması nedeniyle maktulün oksipital orta bölgeden yaralanıp kafatası kırığıyla birlikte beyin kanaması ve beyin doku harabiyetinden öldüğü*” benzer bir olayda yaralama eylemini esas alarak sanığın TCK md. 87/4’e göre cezalandırılması gerektiği kanaatine varmış ve bilinçli taksirle öldürme suçundan verilen mahkumiyet hükmünü bozmuştur¹⁰⁴.

¹⁰¹ Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 203 kn. 10.

¹⁰² BGH, 02.02.1960 - 1 StR 14/60, (dejure.org); Kühl, *Allgemeiner Teil*, 554 kn. 22; Krey, Heinrich ve Hellmann, *Besonderer Teil I*, § 3 kn. 292, 293. Bu olayda Federal Mahkeme, ölümle sonuçlanan yaralama suçundan (Alm. CK md. 227) verilen mahkumiyet kararını onamıştır. Federal Mahkemeye göre, yaralama, sanığın tabancayı kasıtlı olarak mağdurun başına vurmak için silah olarak kullanmasından, bunun sonucunda meydana gelen yaralanmaya kadar olan tüm süreci kapsamaktadır. Bu itibarla, 227’nci maddenin uygulanması, yaralama eyleminin mağdurun ölümüne yol açıp açmadığına, başka bir deyişle, mağduru yaralama kastıyla gerçekleştirilen ve yaralanma ile sonuçlanan hareketin, aynı zamanda mağdurun ölümüne de neden olup olmadığına bağlıdır.

¹⁰³ Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil I*, kn. 264; Grünewald, “§ 227,” 714 kn. 11.

¹⁰⁴ Y. 1. CD. E. 2008/9705, K. 2012/1037, 21.02.2012, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>). Bu olayda kasten yaralamaya yönelik hareket ile ölüm neticesi arasında doğrudan bağlantı

Federal Mahkemenin yaralama eylemini esas alarak ölümle sonuçlanan yaralama suçundan mahkumiyet kararı verdiği önemli bir dava da “Avcı Kulesi”¹⁰⁵ (*Hochsitz-Fall*) olayıdır. Bu karara konu olayda sanık, amcasının oturmakta olduğu 3,50 metre yükseklikteki avcı kulesini devirerek yere düşmesine neden olmuş, ancak mağdur, ayak bileğinin kırılması dışında hayati tehlike arz eden bir yaralanmaya maruz kalmamıştır. Yaklaşık 20 gün sonra hastaneden taburcu edilen mağdura herhangi bir kan sulandırıcı ilaç ya da tıbbi talimat verilmemiş, takip tedavisi de yapılmamıştır. Mağdur 17 gün sonra çift taraflı pulmoner emboli ve pnömoninin etkileşiminden kaynaklanan kardiyovasküler yetmezlik nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Emboli ve pnömoni, yaralanmanın neden olduğu uzun süreli yatak istirahati sonucunda gelişmiştir. Federal Mahkemenin bu davada vurguladığı husus şu olmuştur: Alm. CK md. 227, sadece niteliği ve ağırlığı itibarıyla hayati tehlike oluşturan yaralamaları kapsamaz; böyle bir yorum, hükmün koruma amacına aykırılık teşkil eder. Alm. CK md. 227’de yer alan “yaralama” (*Körpervverletzung*) ifadesi, sadece meydana gelen yaralamanın neticesini değil; aksine failin yaralamaya yol açan eylemini de içerir. Bu nedenle yaralama eyleminin ölümcül bir sonuç doğurma tehlikesi taşıması ve failin eyleminin doğasında var olan bu tehlikenin ölümün meydana gelmesiyle gerçekleşmesi yeterlidir. Başlangıçta meydana gelen ayak bileği kırılması, tek başına hayati tehlike arz etmese de, bu yaralanma nedeniyle uzun süreli yatak istirahati sonucunda emboli ve pnömoni gelişmesi, olağan yaşam deneyimleriyle çelişen bir durum değildir¹⁰⁶. Bu karardan anlaşıldığı üzere Federal Mahkeme, suç tipine özgü tehlikeyi geniş anlamda ele almakta ve ölüm neticesine yol açması bariz olan bir tehlikenin varlığını zorunlu görmemektedir.

olmadığı için TCK md. 87/4’ün uygulanamayacağı yönündeki eleştiri için bkz. Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 250 dn. 660.

¹⁰⁵ BGH, 30.06.1982 - 2 StR 226/82. Karar metni ve yorumu için bkz. Walter Stree, “BGH, 30. 06. 1982 — 2 StR 226/82 mit Anmerkung,” *JuristenZeitung* 38, no. 2 (1983): 73-76; Kahlo, *Überlegungen zum objektiven Zusammenhang*, 587; Staffler, *Zurechnungsdogmatik*, 140; Krey, Heinrich ve Hellmann, *Besonderer Teil I*, § 3 kn. 295.

¹⁰⁶ 765 sayılı TCK döneminde verilen benzer bir kararda Yargıtay da, sanığı kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan sorumlu tutmuştur: “Sanık F’nin 9.5.1997 tarihinde 74 yaşındaki maktûleyi ittiği ve sağ ayağındaki femur kırığına neden olduğu, maktûlenin 4 ay kadar sonra öldüğü, ölümün yatmaya bağlı komplikasyonlardan geliştiği ve sanığın fiili ile de irtibatı bulunduğu Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 1.11.2000 tarihli raporundan anlaşıldığından sanık hakkında TCK. 452/2. madde ve fıkrasının uygulanması gerekirken 1. fıkrası uygulanarak karar verilmesi,...” Y. 1. CD, E. 2001/3211, K. 2001/4543, 10.12.2001, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

c. Yaralama Neticesini Esas Alan Görüş

“Öldürücülük Teorisi” (*Letalitätslehre*), yaralamanın ölümcüllüğüne odaklanarak suç tipine özgü bağlantıyı, yaralamanın tehlikeliliği, yani ölüm neticesine yol açabilirliği ile sınırlandırmakta ve yaralama suçunun *neticesini* belirleyici faktör olarak kabul etmektedir¹⁰⁷. Yaralama suçunun tipik tehlikesi, yaralamanın ağırlaşarak ölüme yol açabilme potansiyeline sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Ölümün hemen gerçekleşmesi ile belli bir zaman sonra gerçekleşmesi arasında fark yoktur. Önemli olan, yaralamanın neden olduğu patolojik sürecin ölümle sonuçlanmasıdır¹⁰⁸. Dolayısıyla yaralamanın niteliği ve ağırlığından kaynaklanan tehlikenin ölüm neticesinde gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmelidir¹⁰⁹. Teorinin savunucularından *Hirsch*, yaralama ile ölüm neticesi arasındaki bağlantı, yaralama eylemine göre belirlendiği takdirde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara özgü tipik tehlike bağlantısının, taksirli suçlarda aranan olağan tehlike bağlantısına dönüşeceğini ve bunun da tehlike bağlantısının sınırlama işlevini ortadan kaldıracığı görüşündedir¹¹⁰.

Öldürücülük teorisi neticeyi esas aldığı için kasten yaralama suçunun tamamlanmış olması gerekmektedir. Ayrıca kasten yaralama, başka koşullar eklenmeksizin ölüme neden olmalıdır¹¹¹. Ölüm neticesinin, yaralama suçunun tipik tehlikesi olarak ortaya çıkmadığı durumlarda isnadiyet reddedilir. Örneğin, failin attığı yumruk nedeniyle keskin bir cismin üzerine düşerek ölen mağdurun ölümü faile isnat edilemez; çünkü ölüm, yumruk ile yaralamanın tehlikesi sonucunda meydana gelmemiştir. Yine ölümün üçüncü kişinin müdahalesi ya da mağdurun kendi davranışı nedeniyle meydana gelmesi halinde ölüm neticesinin faile isnat edilmesi mümkün değildir¹¹².

¹⁰⁷ Küpper, *Unmittelbarkeit und Letalität*, 619-620.

¹⁰⁸ Küpper, *Erfolgsqualifizierten Delikt*, 88; Staffler, *Zurechnungsdogmatik*, 148.

¹⁰⁹ Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil 1*, kn. 262.

¹¹⁰ Hirsch, “§ 227,” 128 kn. 5.

¹¹¹ Staffler, *Zurechnungsdogmatik*, 148.

¹¹² Hirsch, “§ 227,” 128 kn. 5. Ölüm neticesinin, üçüncü kişinin veya mağdurun davranışının ya da mağdurda mevcut olan bir hastalığın sonucu olarak ortaya çıkması halinde TCK md. 87/4’ün uygulanamayacağı yönünde bkz. Üzülmüş, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 65. Failin eylemi, neticeyi meydana getirmeye elverişli olmakla birlikte kendi eylemi dışında farklı nedenlerin bir araya gelmesinin nedensellik bağıını keseceği ve failin ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağı yönünde bkz. Osman Atalay, “5237 Sayılı TCK’nın 87/4. Maddesinde Düzenlenen Kasten Yaralama Sonucu Ölüm (Kastı Aşan Adam

Küpper'e göre, öldürücülük teorisinin, suç tipine özgü tehlike bağlantısına getirdiği bu katı yorum, Federal Mahkemenin içtihatlarındaki tutarsızlıkları ortadan kaldırma avantajına sahiptir. Federal Mahkeme, yaralama suçunda mevcut özel tehlikenin ölüm neticesinde ortaya çıkması gerekliliğini kural olarak benimsemekle birlikte, yaralama eylemini esas alarak ve olayların seyri, olağan yaşam deneyimleri dışında kalmadığı sürece tehlike bağlantısının kurulduğunu kabul ederek söz konusu kuralı etkisiz hale getirmektedir¹¹³.

d. TCK md. 87/4 Yönünden Değerlendirme

TCK md. 87/4'te düzenlenen suç tipine özgü tehlike, meydana gelen yaralamanın belli bir ağırlığa ulaşması ve bu itibarla ölüme yol açabilir nitelikte olmasıdır; başka bir deyişle sadece TCK md. 86/1, 3 ve 87/1, 2, 3 kapsamında olan ve ölüme yol açabilir nitelikteki bir yaralama, normun koruma amacı kapsamındadır¹¹⁴.

Kasten yaralamanın kişi üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hali, TCK md. 86/2'de ayrıca düzenlenmiştir. Öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen hakim görüş, TCK md. 86/2 kapsamında kalan bir yaralamanın ölüme neden olması durumunda TCK md. 87/4'ün uygulanamayacağı yönündedir¹¹⁵. Bir diğer görüş ise, yaralamanın TCK md. 86/2 kapsamında olup olmadığı hususunun,

Öldürme),” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 117 (Mayıs 2016): 63. Alman öğretisinde yaralamanın neticesini esas almakla birlikte mağdurun veya üçüncü kişinin neticeye nedensel katkısının olduğu durumlarda tehlike bağlantısının mevcut olduğunu kabul ederek daha ılımlı bir yaklaşım sergileyen görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Staffler, *Zurechnungsdogmatik*, 150-173; Strasser, *Zurechnung*, 335-355.

¹¹³ Küpper, *Unmittelbarkeit und Letalität*, 621.

¹¹⁴ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 435 kn. 115.

¹¹⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 180; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler*, 233-234; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 233, 237; Koca ve Üzülmüş, “Kasten Yaralama,” 804; Kaymaz, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, 66-67; Gökçen ve Balcı, “Kasten Yaralama,” 398-399; İsmail Çınar, “Basit Tıbbi Müdahale ile Giderilebilecek Ölçüde Hafif (BTM’lik) Yaralamalar ile İlgili TCK m. 86/2 Düzenlemesinin Yol Açtığı Sorunlar,” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 211 (Mart 2024): 47-48. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da bu görüşü desteklemektedir, YCGK, E. 2019/197, K. 2024/33, 24.01.2024; Y. 1. CD, E. 2021/11416, K. 2022/330, 18.01.2022, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

yaralamanın neticesine nispetle tayin edilmesi gerektiğini; örneğin bir tokat atma eyleminin TCK md. 86/2 kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin, fiilin işlendiği koşullar, mağdurun durumu, fiilin yöneldiği bölge, fiilin şiddeti, fiilin işleniş şekli ve neticesi dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁶.

TCK md. 86/2’de “kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması”ndan bahsetmektedir. Dolayısıyla burada belirleyici olan, yaralama eyleminin ağırlık ve şiddet bakımından hafif olması değil, eylemin etkisinin hafif olmasıdır¹¹⁷. Örneğin, koltuk değneği kullanan bir mağdura merdiven başında tokat atarak merdivenden düşüren ve ölümüne neden olan failin eylemi, TCK md. 86/2 kapsamında kabul edilmeli ve TCK md. 87/4 uygulanmamalıdır¹¹⁸;

¹¹⁶ Artuk ve Erkam, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç,” 265-266. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, temel suçta tipik olarak yer alan tehlikenin gerçekleştiği, bu nedenle ağır neticenin gerçekleşmesi halinde yaralamanın 86/2 kapsamında basit tıbbi müdahalelik olduğunun söylenemeyeceği yönünde bkz. Mustafa Albayrak, “Kasten Yaralama Sonucu Oluşan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama ve Ölüm Halinde Faillerin Cezalandırılması Sorunu,” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 25 (Eylül 2008): 73-74. Aksi görüşte olan Çınar’a göre, “yaralama suçunun işlendiği olayın yaralama olarak nitelendirilmemesi gereken hususiyetleri, yaralamanın ağırlığı ile ilgili hususlar değil; aksine icra edilen davranışın yol açabileceği neticenin öngörülebilirliğini gösteren hususlardır.” Failin otoban kenarında tartıştığı mağdura yumruk attığı ve mağdurun refleks ve yumruğun etkisiyle yola kaçarak araba altında kalıp öldüğü olayı örnek olarak veren yazara göre, işlenen kasten yaralama suçu, otoban kenarında gerçekleştirilmeseydi de aynı hareketlerle işlenebilirdi; olayın otoban kenarında gerçekleşmesi yönü, yaralama suçunun varlığı ile ilgili değildir. Bu olayda ölüme sadece yaralama suçu yol açmamış, yaralama suçu ile birlikte başka koşulların bir araya gelmesi yol açmıştır, o nedenle TCK md. 87/4 uygulanamaz. Bkz. Çınar, “Basit Tıbbi Müdahale,” 48.

¹¹⁷ Adli Tıp Uzmanları Derneği, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı ve Adli Tıp Derneği tarafından hazırlanan rehberde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif yaralanmalara ilişkin liste oluşturulurken, basit tıbbi müdahalelerin ne olduğu, nelerin basit tıbbi müdahale ile giderilebileceğinden öte, hangi travmatik değişimlerin kişi üzerindeki etkisinin hafif yaralanmalar içinde yer alması gerektiğinin gözetildiği ifade edilmiştir. Bkz. Yasemin Balcı, Başar Çolak, Kağan Gürpınar ve Nurettin Nezih Anolay, ed., *Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi* (Haziran 2019), 8, <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>.

¹¹⁸ “...sanığın, maktülün ayağında sakatlık ve platin olup iki koltuk değneği ile yürüyebildiğini bildiği, maktülü onun tarafından uyarılmasına kızarak maktule bir tokat attığı, maktülün de tokatın etkisi ile dengesini kaybedip evin önündeki 10 basamaklı merdivenden yuvarlandığı, kaldırıldığı hastanede 6 gün sonra künt kafa travmasına bağlı kubbe ve kaide kemik kırıklarına bağlı komplikasyonlar sonucu hayatını kaybettiği olayda; sanığın, ayağında sakatlık ve platin olup iki koltuk değneği ile yürüyebilen maktüle attığı tokatın

zira burada tokat atma şeklinde gerçekleşen kasten yaralama eyleminin neticesi (*etkisi*), yüzde acı, morluk, lezyon vs. oluşturmaktan ibarettir ve ölüme yol açan bu netice değil, maktulün dengesini kaybedip düşmesidir¹¹⁹. Olayın oluş şekli dikkate alındığında merdiven başında koltuk değneği kullanan maktule atılan tokatın düşmeye sebep olabileceği objektif ve subjektif açıdan öngörülebilir olduğundan sanığın bilinçli taksirle öldürmeden sorumlu tutulması gerekir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamanın meydana geldiği durumda ağır neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği *ex ante* bir değerlendirme ile belirlenmelidir. Bu bağlamda, yaralama suçunun tamamlandığı esnada mevcut olan ve objektif olarak öngörülebilir nitelikteki tüm koşulların suç tipine özgü tehlike kapsamında dikkate alınması gerekir¹²⁰. Örneğin, bir kişinin ayak bileğini kırmak normal şartlarda ölüm tehlikesi yaratmaz. Ancak 90 yaşındaki mağdurun ayak bileğini kırmak (TCK md. 87/3) ölüm tehlikesine yol açabilecek niteliktedir. Bununla birlikte kanun koyucu, TCK md. 87’de yaralama suçunun işlenmesi suretiyle gerçekleşmesi belli bir dereceye kadar olasılık dahilinde olan neticeleri ağır netice olarak belirlemiştir¹²¹. Bu nedenle normun koruma amacına uygun olarak, etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamayı TCK md. 87/4 kapsamına almamıştır. Dolayısıyla tokat atma ya da iterek yere düşürme gibi eylemlerin neticesinde ortaya çıkan hafif yaralanmalar, ölüme neden olsa bile TCK md. 87/4’teki suçu oluşturmaz.

TCK md. 87/4, TCK md. 86/2 kapsamındaki yaralamaları kapsam dışı bırakarak normun koruma amacına uygun bir düzenleme getirmiş ve TCK md. 87/4’de belirlenen yüksek ceza miktarına meşru bir dayanak sağlamıştır. Dolayısıyla failin eylemi neticesinde TCK md. 86/1, 3 ve 87/1, 2, 3 kapsamında ölüme yol açabilecek ağırlıkta bir yaralama meydana gelmişse, suç tipine özgü tehlike şartı da gerçekleşmiş sayılmalıdır. Kanaatimizce,

onun dengesini kaybederek düşmesine neden olabileceğini öngörmesine rağmen, bu neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünerek işlediği eylem nedeniyle TCK.nun 85/1. ve 22/3. maddeleri uyarınca bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine, suça yanlış vasıf verilerek TCK.nun 87/4 maddesine göre hüküm kurulması, ...” Y. 1. CD, E. 2013/3355, K. 2013/5283, 30.09.2013, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

¹¹⁹ Artuk ve Erkam bu olayda Yargıtay’ın eylemi TCK md. 86/2 kapsamında kabul ederek TCK md. 87/4 yerine TCK md. 85’i uygulamasının hatalı olduğunu düşünmektedirler. Bkz. Artuk ve Erkam, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç,” 267 dn. 9.

¹²⁰ Engisch, *Kausalität*, 72; Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 203 kn. 10.

¹²¹ Engisch, *Kausalität*, 69.

ölüme yol açabilecek ağırlıkta bir yaralamanın meydana getirilmesi, objektif isnadiyet teorisinin “hukuken onaylanmayan tehlike yaratma” şartının kısıtlayıcı bir yorumundan ibarettir¹²².

C. Suç Tipine Özgü Tehlikenin Özel Neticede Gerçekleşmesi

1. Genel Olarak

Suç tipine özgü tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi şartı, özellikle mağdurun veya üçüncü kişinin davranışının nedensellik akışına dahil olduğu durumlarda önem arz etmektedir. Öldürücülük teorisine göre kasten yaralamanın doğrudan ve kendiliğinden ölüme yol açabilecek nitelikte olmasının yanı sıra ölümün araya giren mağdur ya da üçüncü kişinin davranışı nedeniyle meydana gelmemiş olması da gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi failin eylemi neticesinde TCK md. 86/1, 3 ve 87/1, 2, 3 kapsamında ölüme yol açabilecek ağırlıkta bir yaralama meydana gelmişse, suç tipine özgü tehlike şartı da gerçekleşmiş sayılmalıdır. Yaralamanın özel tehlikesinin neticede gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda ise objektif isnadiyet kurallarının dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle öldürücülük teorisini savunan yazarların, araya giren mağdur veya üçüncü kişinin davranışının, özel tehlike bağlantısını her hâlükârda kesmiş sayılacağı yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

Objektif isnadiyet teorisine göre, failin yarattığı hukuken onaylanmayan/kınanan tehlikenin tipik neticede gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bazı durumlarda fail, yasa ile korunan hukuki menfaate yönelik bir tehlike yaratmış olmakla birlikte somut neticede gerçekleşen tehlike, failin yarattığı tehlike değil, başka bir tehlikedir. Örneğin, fail mağdura silahıyla ateş eder; yaralanan mağdur kaldırıldığı hastanede çıkan bir yangında hayatını kaybeder. Fail, mağduru yaralayarak hukuken onaylanmayan bir tehlike yaratmıştır, ancak bu tehlike neticede gerçekleşmemiştir. Mağdurun ölümü, silahla yaralamadan kaynaklanan tehlike nedeniyle değil, tesadüfi bir tehlike (yangın) nedeniyle gerçekleşmiştir. “Tehlike yaratma” şartının yokluğu durumunda fail cezalandırılmaz iken, “tehlikenin gerçekleşmesi” şartının yokluğu, sadece

¹²² Suç tipine özgü tehlike bağlantısının (doğrudan bağlantı) hukuki esası tartışmalıdır. Bunun suç teorisi içerisinde objektif isnadiyetten farklı bir kurum olup olmadığı açıklığa kavuşmuş değildir. Bkz. Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 172, 174.

neticenin ortaya çıkmasını engeller ve şartları varsa teşebbüs hükümlerine göre cezalandırma mümkündür. Dolayısıyla yangın olayında fail, öldürme kastıyla hareket etmişse, tamamlanmış öldürme suçundan değil, sadece kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilir¹²³. Öldürme kastı yoksa kasten yaralama suçundan cezalandırılabilir; ölüme yol açan, yaralamadan kaynaklanan tehlike olmadığı için TCK md. 87/4'e göre cezalandırılması mümkün değildir.

Kasten işlenen suçun nedensellikte sapma sonucunda neticeye ulaşması durumunda, failin eylemi ölüm tehlikesini artırmış ise tehlikenin gerçekleştiği kabul edilir¹²⁴. Failin genel tehlikeliliğe sahip bir eylemi gerçekleştirmesi ve bu tehlikenin neticede ortaya çıkması durumunda netice ve nedensellik akışı, objektif olarak öngörülebilir¹²⁵. Bununla birlikte objektif öngörülebilirliğin sınırları, her somut olayın koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Bıçakla

¹²³ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 476 kn. 46; 478 kn. 47.

¹²⁴ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 489 kn. 69.

¹²⁵ Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 337. Sanığın, maktul ile tanığın konuşmalarına imkan sağlamak için aracın sağ arka kapı camını 5-10 cm genişliğinde açtığı, bu aralıktan maktul ile tanığın konuşmalarına devam ettikleri, konuşmanın bittiğini düşünen sanığın aracı çalıştırıp hareket ettirmesi üzerine maktulün elleriyle tutunduğu aracın kapısına yapıştığı, aracın hız kazandığı sırada tanığın araç sürücüsü sanığa seslenerek aracı durdurmasını istediği, buna rağmen sanığın hızını azaltmaksızın yoluna devam ettiği ve yaklaşık 25 metre boyunca sürüklenen maktulün düşüp başını asfalt zemine çarparak hayatını kaybettiği olayda Yargıtay, sanığın, maktulün aracın camında asılı kaldığını görmesine ve tanığın durmasını söylemesine rağmen bilerek ve isteyerek aracının hızını düşürmeyip durmaksızın süratlenerek yoluna devam etmesi şeklindeki eyleminin, *günlük hayat tecrübelerine göre maktulün sürüklenerek yaralanması sonucunu doğurmasının muhakkak olduğu* gerekçesiyle kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir. YCGK, E. 2019/136, K. 2020/293, 16.06.2020. Sanığın, yüz bölgesine yumrukla vurmak suretiyle öleni hafif şekilde yaraladığı ve yaklaşık 10 dakika sonra fenalaşarak hastaneye kaldırılan ölenin, kendisinde mevcut kronik kalp-damar hastalığının olayın meydana getirdiği efor ve stresin etkisiyle aktif hâle geçmesine bağlı olarak solunum-dolaşım durmasından vefat ettiği olayda Yargıtay, ölenin meydana gelen yaralanmanın TCK md. 86/2 kapsamında kalması nedeniyle kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun oluşmadığına; ancak “...lise mezunu ve olay tarihi itibarıyla 28 yaşında olan sanığın yaşam tecrübesi ve eğitim düzeyi gözetilip ortak tecrübeler de dikkate alındığında, 50 yaşındaki bir kişinin yüzüne yumrukla vurulması neticesinde ölüm sonucunun meydana gelebileceğinin öngörülebilir olduğu, sanığın ise öngörülebilir neticeyi öngörememesi nedeniyle eyleminin TCK'nın 85. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu oluşturduğu(na)...” karar vermiştir. YCGK, E. 2015/1254, K. 2018/354, 18.09.2018, <https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

ölümcül şekilde yaralanan mağdurun, yarasının enfeksiyon kapması veya ameliyatta meydana gelen tıbbi komplikasyon sonucu ölmesi, nedensellik akışında önemsiz sapma teşkil eden öngörülebilir bir durumdur ve bıçaklama eyleminin tehlikesini yansıtmaktadır; buna karşın yangın olayında yaralama, mağdurun hastanedeki yangında ölme tehlikesini artıran bir durum değildir¹²⁶.

Mağdurun anormal bir yapıya sahip olduğu durumlarda da, öngörülebilirlik şartı gerçekleşmez. Bu konuda klasik örnek, hemofili hastası mağdurun, fail tarafından hafif şekilde yaralanması neticesinde ölmesi durumudur. Hemofili hastalığının görülme sıklığının istatistiksel olarak düşüklüğü göz önünde tutulduğunda neticede ortaya çıkan tehlikenin, yaralamanın yarattığı tehlike değil, hemofili hastalığının nadir görülen spesifik tehlikesi olduğu kabul edilecek¹²⁷ ve ölüm neticesi faile isnat edilemeyecektir. Mağdurun anormal yapısına ilişkin Federal Mahkeme kararına konu bir olayda, sanık mağduru iterek yere düşürür ve vücudunun üst kısmına şiddetli bir tekme atar. Kaburgaların alt kısmına isabet eden tekme, solar plexus yoluyla vagus sinirini tetikleyerek kalbinin durmasına yol açar. Bilirkişiye göre, kişinin gövdesine atılan tekmenin, kaburga kırığı, karaciğer ya da dalak yırtılması gibi ciddi düzeyde yaralanmalara sebebiyet vermesi *her zaman ihtimal dahilindedir*; ancak solar plexusun uyarılması sonucu meydana gelen ölüm, *tıbben nadir görülen* bir durumdur. Buna dayanarak yerel mahkeme, ölümle sonuçlanan yaralama suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Federal Mahkeme ise, somut olaydaki ölüm nedeni tıbbi açıdan nadir bir durum olsa bile, yerde yatan kişinin gövdesine atılan tekmenin, isnat edilebilirliği önleyecek kadar yaşam deneyimlerine aykırı ve olağanüstü bir durum olmadığı gerekçesiyle tehlike bağlantısının bulunduğu karar vermiştir¹²⁸. Federal Mahkemenin bu gerekçesindeki hatalı değerlendirme, varsayımsal tehlikeyi dikkate alarak karar vermiş olmasıdır¹²⁹. Ölüm, kaburga kırığı, karaciğer ya da dalak yırtılması nedeniyle gerçekleşmemesine karşın, bu ihtimaller gerçekleşmiş gibi değerlendirilmiştir. Mağdur, kendisine atılan tekmenin neden olduğu kaburga kırığı, karaciğer ya da dalak yırtılması sonucu ölseydi, ölüm neticesinin faile isnat edilmesi düşünülebilirdi; ancak neticede

¹²⁶ Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 335-336; Kühl, *Allgemeiner Teil*, 47 kn. 63-64; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 490 kn. 70.

¹²⁷ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 181 kn. 85.

¹²⁸ BGH, 15.11.2007 - 4 StR 453/07 §§ 5, 7, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

¹²⁹ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 181 kn. 86-87.

gerçekleşen tehlike, mağdurun anormal yapısının yarattığı tehlikedir. Bu nedenle neticenin faile isnat edilmesi hatalıdır.

Objektif isnadiyet teorisine göre mağdurun veya üçüncü kişinin araya girdiği durumlarda failin sorumluluk alanının, diğerlerinin sorumluluk alanından ayrılması gerekmektedir. 765 sayılı TCK md. 452/2’de kasten yaralama sonucu ölümün, failin eyleminden önce bulunup da failce bilinmeyen nedenlerin ya da failin iradesi dışında ve umulmayan nedenlerin birleşmesiyle meydana gelmesi, suçun hafifletici nedeni olarak düzenlenmekteydi¹³⁰. Bu dönemde verilen kararlar incelendiğinde, mağdurun ya da üçüncü kişinin nedensellik akışına dahil olduğu durumların bu fıkra kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin, kocası olan sanık tarafından dövülen maktulenin dövülme sonucu maruz kaldığı acılardan kendini kurtarmak için intihar etmesi¹³¹ veya gazinoda çalışanlar tarafından dövülüp daha sonra kovalanan mağdurun bu takipten kurtulmak için civarda bulunan göle atlayarak asfiksi sonucu ölmesi¹³², 765 sayılı TCK md. 452/2 kapsamında kabul edilerek mahkumiyet hükmü kurulmuştur.

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu yönünden kural olarak, mağdurun ya da üçüncü kişinin sonraki eylemi, tehlike bağlantısını ortadan kaldırmaz. Ancak burada önemli olan, yaralama suçunun özel tehlikesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve ölüm neticesinin, kendi sorumluluğu ile hareket eden mağdura ya da üçüncü kişiye isnat edilip edilemeyeceğini tespit etmektir¹³³. Fail tarafından başlatılan nedensel sürece mağdurun ya da üçüncü kişinin müdahale ettiği durumlarda bu kişilerin sorumluluk alanları, objektif isnadiyet teorisinin “sorumluluk ilkesi” (*Verantwortungsprinzip*) ile belirlenir¹³⁴.

¹³⁰ Centel, “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi,” 182. Bu madde cezayı azaltmakla birlikte failin eylemine katılan, ancak tek başına neticeyi meydana getirmeye elverişli olmayan istisnai hallerin nedensellik bağlantısını kesmediğini göstermekteydi. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 182.

¹³¹ Y. 1. CD, E. 1979/4059, K. 1980/1000, 06.03.1980, (<https://legalbank.net/>).

¹³² YCGK, 09.07.1984, 1-446/225, aktaran Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 196-197

¹³³ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 278 kn. 23; Otto, *Die einzelnen Delikte*, 85-86 kn. 2.

¹³⁴ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 55 kn. 83.

2. Sorumluluk İlkesi

Sorumluluk ilkesine göre, hiç kimse üçüncü bir kişinin ya da mağdurun tehlike yaratan veya zarar veren eylemlerinden sorumlu tutulamaz; bu tür eylemler, üçüncü kişinin ya da mağdurun kendi sorumluluk alanı ile ilgilidir¹³⁵. Sorumluluk ilkesi özellikle mağdurun kendi sorumluluğu ile hareket ettiği durumlarda önem taşır. Bu ilkenin temelinde yatan düşünce, bir hukuki menfaatin sahibi olan kişinin, bu hukuki menfaatin korunmasından vazgeçebilme özgürlüğüne de sahip olmasıdır. Kişi, kendi hukuki menfaatine yönelik bir tehlikeyi kabulleniyorsa ve hukuk sistemi de buna izin veriyorsa, kendini tehlikeye düşürme davranışının bir sonucu olarak ortaya çıkan tipik neticenin, bu neticeye birlikte neden olan faile isnat edilmesi de artık mümkün değildir¹³⁶. Bu sonuca normun koruma amacı ilkesiyle de ulaşılabilir. Failin hukuken onaylanmayan/kınanan bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin neticede gerçekleşmesi ile objektif isnat edilebilirliğin şartları da gerçekleşmiş olur. Ancak neticenin, normun koruma amacı kapsamına girmediği durumlarda isnat edilebilirlik mümkün değildir¹³⁷. Türk Ceza Kanunu'nun öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin normlarının amacı, hukuki menfaat sahibini, üçüncü kişilerin müdahalesinden korumaktır; dolayısıyla kişinin kendi sorumluluğu ile hareket ederek kendisine zarar verdiği ya da kendisini

¹³⁵ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 186 kn. 102; Tonio Walter, "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.," içinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1-31, Band 1*, ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann (Berlin: De Gruyter, 2007), 761 kn. 103.

¹³⁶ Anglo-Amerikan ceza hukukunda da araya giren mağdurun ya da üçüncü kişinin özgür iradeye dayalı ve bilinçli eyleminin, failin eylemi ile netice arasındaki nedensellik bağlantısını kestiği ve failin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilir. Hart ve Honoré, *Causation in the Law*, 326; Dressler, *Understanding Criminal Law*, 193. Örneğin, sanık, eşini şiddetli bir şekilde döverek yaralar. Sanık uykuya daldıktan sonra, mağdur yanına yatak örtüsü ve kıyafet alarak akşam saatlerinde babasının evine gitmek üzere yola çıkar. Eve yaklaşık 200 metre kala gece ev halkını rahatsız etmemek ve sabah eve girmek üzere yatak örtüsünü ormanlık alana sererek uyur ve sabah ölü olarak bulunur. Kocasının şiddeti nedeniyle meydana gelen yaralanma da soğuğa maruz kalma da tek başına ölümcül değildir. Ölüm nedeni, bu iki faktörün birleşmesidir. Kuzey Karolina Yüksek Mahkemesi, mağdur, eşinin saldırısından kurtulmak için sözelimi kendisini bir nehre atıp boğularak ölseydi, sanığın sorumlu tutulacağını; ancak somut olayda mağdur kendi iradesi ve isteğiyle kendisini soğuğa maruz bıraktığı için sanığa sorumluluk yüklenemeyeceğine karar vermiştir. *State v. Preslar*, 48 N.C. 421 (1856), (Caselaw Access Project, Harvard Law School, <https://cite.case.law/nc/48/421/>).

¹³⁷ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 503 kn. 106.

tehlikeye düşürdüğü durumlarda bu eylemler suç teşkil etmediği gibi bu eylemlere iştirak eden kişi de cezalandırılmaz¹³⁸.

Alman öğretisi ve Federal Mahkeme, kişinin kendi sorumluluğunda kendisini tehlikeye düşürdüğü (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*) vakıalar ile anlaşılarak başkası tarafından tehlikeye düşürüldüğü (*einverständliche Fremdgefährdung*) vakıalar arasında ayırım yapmaktadır. Mağdurun kendisini tehlikeye düşürdüğü durumlarda tehlike bizzat mağdurdan kaynaklanmakta ve fail de buna bir şekilde katkıda bulunmaktadır¹³⁹. Örneğin, (A), etkisi çok güçlü olan ve hayati tehlike yaratabilecek eroini, bu özelliği konusunda uyararak ve kullanırken dikkatli olması gerektiğini belirterek (B)'ye verir. Eroini kullanan (B), hayatını kaybeder. Bu olayda (B), bilinçli olarak kendi isteğiyle kendisini tehlikeye düşürmüştür. Anlaşılarak başkası tarafından tehlikeye düşürülme durumunda ise, mağdur tehlikenin tamamen farkında olmasına karşın kendisini failin oluşturduğu tehlikeye maruz bırakmaktadır¹⁴⁰. Örneğin, (A), (B)'ye eroin ve şırınga temin eder ve eroini birlikte kullanmaya karar verirler. Koluna turnikeyi uygulayan (B), alkol bağımlılığı nedeniyle elleri titrediği için (A)'dan eroini kendisine enjekte etmesini ister. (A), isteğini yerine getirir ve (B) fenalaşarak hayatını kaybeder¹⁴¹. Bu olaylar arasındaki ayırım, faillik ve şeriklik ayırımında esas alınan fiil hakimiyeti kriterine göre yapılmaktadır. İlk durumda fiil hakimiyeti, eroini kendisine enjekte eden (B)'dedir. İkinci durumda ise (B) ile birlikte eroini ona enjekte eden (A)'dadır. İlk durumda

¹³⁸ Federal Mahkeme, daha sonra yerleşik içtihat haline gelecek olan bu kuralı, ilk defa 1984 tarihli “Şırınga” kararı ile benimsemiştir. Eroin kullanmak için şırıngası olmadığını söyleyen mağdura şırınga temin eden sanığın, eroini kendisine enjekte ettikten sonra ölen mağdurun ölümünden sorumlu tutulup tutulamayacağı ile ilgili olarak Federal Mahkeme, mağdurun kendi sorumluluğu altında isteyerek gerçekleştirdiği kendini tehlikeye düşürme eylemine neden olan, bunu mümkün kılan veya destekleyen kişinin, öldürme veya yaralama suçları bakımından tipe uygun olmayan ve dolayısıyla cezalandırılmayan bir eyleme katılmış olacağını vurgulayarak sanık hakkında taksirle öldürme suçundan verilen mahkumiyet kararının bozulmasına karar vermiştir. BGH, 14.02.1984 - 1 StR 808/83, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

¹³⁹ Maximilian Lasson, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung - Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik,” *Zeitschrift für das Juristische Studium*, no. 4 (2009): 359.

¹⁴⁰ Lasson, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung,” 363.

¹⁴¹ BGH, 11.12.2003 - 3 StR 120/03, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

ölüm neticesi (A)'ya isnat edilemez¹⁴². Fiil hakimiyetinin hem tehlikeye düşürülen hem de tehlikeye katılan kişide bulunduğu ikinci durumda ise isnat edilebilirliğin ortadan kalkması, (B)'nin geçerli bir rızasının bulunup bulunmadığına bağlıdır¹⁴³.

Mağdurun kendi isteğiyle kendisini tehlikeye düşürmesi/kendisine zarar vermesi, normun koruma amacı kapsamına girmediği için suç teşkil etmemekte ve bu eyleme katılan kişi de cezalandırılmamaktadır. Mağdurun kendi isteğiyle başkası (fail) tarafından tehlikeye düşürüldüğü durumlarda ise geçerli bir rızanın bulunup bulunmadığı araştırılmakta ve suçun hukuka aykırılık unsuru yönünden inceleme yapılmaktadır. Mağdurun, kendisini ağır bir yaralamaya veya somut bir ölüm tehlikesine maruz bırakan eylemlere rıza gösterme yetkisi yoktur¹⁴⁴. Federal Mahkemenin kararına konu bir olayda, sadomazoşist cinsel fantezilere ilgi duyan partnerinin ısrarı üzerine cinsel açıdan uyarılması için boğazına metal bir cisim ile baskı uygulayarak beyne giden kan akışını kesen sanığın eylemi, farkında olmadan mağdurun boğaz kemiklerinde de ağır yaralanmaya sebep olmuştur. Ölüm, beyne giden oksijenin kesilmesi ve kalp durması sonucunda meydana gelmiştir. Yerel mahkeme, mağdurun rızası olduğu için ölümle sonuçlanan yaralama suçunun (Alm. CK md. 227) oluşmadığına karar vermişse de; Federal Mahkeme, mağdurun boğazına yapılan baskının ölüm tehlikesini de içerdiği ve bu özel

¹⁴² Uyuşturucu temin ederek mağdurun ölümüne neden olan failin sorumluluğu ile ilgili olarak İngiliz mahkemeleri de benzer bir yaklaşım sergilemektedir. *R v. Kennedy* [2007] UKHL 38 kararına konu olayda, mağdurun isteği üzerine sanık kendisine eroin dolu bir şırınga vermiş ve mağdur şırıngayı kendisine enjekte etmiştir. İngiliz Temyiz Mahkemesi sanığın eylemi ile mağdurun ölümü arasında nedensellik bulunduğuna karar vermiş; ancak Lordlar Kamarası, mağdurun eroini kendisine enjekte ederken özgür ve bilinçli bir şekilde hareket ettiğini, bu nedenle nedensellik zincirinin kırıldığını belirterek sanığı ölüm neticesinden sorumlu tutan mahkumiyet kararını bozmuştur. Karar metni için bkz. <https://publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/kenny-1.htm>).

¹⁴³ BGH, 11.12.2003 - 3 StR 120/03 §§ 8, 9, 14. Federal Mahkeme bu davada, mağdurun rızasını Alm. CK md. 228 ("*Yaralama fiilinin, yaralanan kişinin rızası ile gerçekleştirildiği hallerde, rızanın bulunmasına rağmen fiil ahlaka aykırı ise, sadece bu durumda hukuka aykırılık vardır.*") kapsamında değerlendirerek sanığın, eroin enjekte etmek suretiyle mağdurun hayatına yönelik somut bir tehlike oluşturması nedeniyle ahlaki kınanabilirlik sınırının aşıldığını, bu nedenle sanığın eyleminin hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiğini; ancak sanığın somut tehlike konusunda hataya düşüp düşmediğinin Alm. CK md. 16 (tipiklikte hata) kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁴⁴ BGH, 20.11.2008 - 4 StR 328/08 § 28; BGH, 11.12.2003 - 3 StR 120/03 § 13, <https://juris.bundesgerichtshof.de/>

tehlikenin neticede ortaya çıktığı gerekçesiyle ölümle sonuçlanan yaralama suçunun unsurlarının oluştuğuna karar vermiştir. Sanık, olay üzerinde önemli ölçüde hakimiyete sahip olduğu için sanığın eylemi, mağdurun kendi isteğiyle kendisini tehlikeye düşürme eylemine katılma değil, anlaşılarak başkasını tehlikeye düşürme olarak değerlendirilmiş ve rıza yönünden inceleme yapılmıştır. Mahkemeye göre rızanın, olayın tüm koşulları dikkate alınarak objektif ve *ex ante* bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir; bu değerlendirme sonucunda yaralamanın belli bir ağırlığa ulaştığı ya da somut ölüm tehlikesinin ortaya çıktığı anlaşıyorsa rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır¹⁴⁵.

Sorumluluk ilkesinin uygulanabilmesi için mağdurun fiil üzerinde hakimiyetinin bulunması, tehlikeyi bilinçli olarak üstlenmiş olması ve tehlikenin kapsamı konusunda tam bilgi sahibi olması gerekmektedir¹⁴⁶. Fiil üzerinde mağdur ve fail birlikte hakimiyet sahibi ise, başkası tarafından tehlikeye düşürülme söz konusudur ve bu noktada failin sorumluluk alanının başladığı kabul edilir¹⁴⁷. Failin mağdura göre üstün bilgiye sahip olduğu durumlarda fiil hakimiyeti faildedir. Örneğin, bağımlı (A)'nın ısrarı üzerine (B), ona eroin temin eder. Ancak eroin düşük kalitededir ve kontamine durumdadır ve (B), (A)'yı bu konuda bilgilendirmez. Kontamine eroini kullanan (A) ölür. Burada üstün bilgisi nedeniyle fiil hakimiyetini elinde tutan (B) olduğu için (A) eroini kendisi uygulamış olsa bile ölüm neticesi (B)'ye isnat edilebilecektir¹⁴⁸.

¹⁴⁵ BGH, 26.05.2004 - 2 StR 505/03 §§ 8, 13, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

¹⁴⁶ Ünver, *İzin Verilen Risk*, 313.

¹⁴⁷ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 275.

¹⁴⁸ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 276. Yargıtay uygulamasında genel olarak uyuşturucu madde satan sanıklar hakkında sadece TCK md. 188/3 kapsamında dava açılmaktadır: (Karşı oy) “...eroin, esrar, bonzai gibi uyuşturucu maddelerin ticaretini yapan sanıkların da; ölüm olayının meydana gelmesi halinde olası kastla adam öldürme eyleminden sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir ki, ülke genelinde bu şekilde gerçekleşen çok sayıda eylem bulunmasına karşın, uyuşturucu ticareti yapan sanıklar hakkında uyuşturucu ticareti yapma suçunun dışında dava dahi açılmamaktadır.” YCGK, E. 2019/314, K. 2021/373, 09.09.2021, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>). Ancak uyuşturucu madde kullanımı sonucu ölümün meydana geldiği bazı durumlarda istisna da olsa sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunun yanı sıra bilinçli taksirle öldürmeden cezalandırıldıkları kararlara da rastlanmaktadır. Örneğin, Y. 1. CD, E. 2022/9641, K. 2022/9452, 30.11.2022. Maktulün isteği üzerine sanığın uyuşturucu maddeyi maktule enjekte ettiği, fenalaşması üzerine kendine gelmesi için maktule limon tuzu enjekte ettiği, tekrar kötüleşmesi üzerine

Bazı durumlarda bir olayın, kendi isteğiyle kendini tehlikeye düşürme mi, yoksa rızaya dayalı olarak başkası tarafından tehlikeye düşürülme mi olduğu tartışmalı olabilir. Bu konu Alman hukukunda özellikle HIV-AIDS vakıaları çerçevesinde tartışılmıştır. Yargı kararlarına yansıyan olaylardan birisi, mağdurun, kendi isteğiyle HIV ile enfekte olduğunu bildiği partneri ile korunmasız cinsel ilişkiye girmesine ilişkindir. Bu davada Bavyera Eyalet Yüksek Mahkemesi, cinsel ilişki sırasında her iki partnerin de fiil üzerinde ortak hakimiyete sahip oldukları; ikisinin de cinsel teması istedikleri zaman durdurmak veya korunmak suretiyle olayın gidişatına müdahale etme imkânına sahip oldukları gerekçesiyle mağdurun kasten kendisini tehlikeye düşürdüğüne, bu nedenle partnerinin yaralama suçundan cezalandırılmayacağına hükmetmiştir¹⁴⁹. Alman öğretisindeki hakim görüş ise, mağdur ve failin ortak fiil hakimiyetinin bulunduğu durumlarda başkası tarafından tehlikeye düşürülme kuralının uygulanması gerektiği yönündedir¹⁵⁰. Ancak her iki durumda da öncelikle belirleyici olan, HIV taşıyıcısı ile cinsel ilişkiye giren partnerin riski her yönüyle kavramış olması ve kendi isteğiyle bu riski üstlenmiş olmasıdır¹⁵¹. Partnerini virüs taşıdığı

hastaneye getirdiği, kendine geleceği düşüncesi ile hastane önünde bir süre beklediği, nabızının düşmesi üzerine hastaneye girdikleri, sonrasında maktûlün yedi gün tedavi gördüğü hastanede öldüğü olayda, kanaatimizce sanığın TCK md. 187/4 kapsamında cezalandırılması gerekirken Yargıtay bilinçli taksirle öldürme suçunun oluştuğuna karar vermiştir. Y. 10. CD, E. 2013/13123, K. 2014/2097, 27.03.2014, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

¹⁴⁹ BayObLG, 15. 09. 1989 - RReg. 1 St 126/89, “Zur Strafbarkeit eines HIV-Infizierten, der miteiner Minderjährigen, die die Infizierung kennt, ungeschützten Geschlechtsverkehr ausübt,” *JuristenZeitung* 44, no. 22 (1989): 1073-1074. “HIV taşıyıcısı olduğunu bildiği bir kişiyle korunmasız cinsel ilişkiye giren kişinin, göze aldığı rizikonun boyut ve kapsamını bildiği için bizzat tehlikeye neden olduğu ve bu nedenle de ceza korumasından yararlandırılamayacağı” yönünde bkz. Mustafa Ruhan Erdem, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1-2 (2004): 86.

¹⁵⁰ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 275. Davaya konu olayın, tehlikenin enfekte olan kişiden kaynaklanması ve mağdurun da sadece kendisini bu tehlikeye maruz bırakması söz konusu olduğundan, başkası tarafından tehlikeye düşürülme vakıası olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 518 kn. 133.

¹⁵¹ Ingeborg Puppe, “Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt - Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung,” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, no. 6 (2007): 251.

konusunda bilgilendirmeyen sanık, üstün bilgisi ile fiil hakimiyetini elinde tuttuğu için yaralama suçu yönünden sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır¹⁵².

HIV-AIDS vakıaları, Yargıtay kararlarında kusur yönünden tartışılmaktadır. Sanığın mağdura cinsel ilişki yoluyla HIV bulaştırdığı bir olayda Yargıtay, “*sanığın suç tarihinden önce HIV virüsü taşıdığını bilip bilmediğinin resmi kurumlarla yapılacak yazışmalardan sonra şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlendikten sonra, sanığın suç kastının ve hukuki durumunun tayini*” gerektiği gerekçesiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçundan verilen beraat kararının bozulmasına karar vermiştir¹⁵³. Bu olayda, sanığın HIV taşıdığını bildiği, ancak mağdura söylemeden korunmasız cinsel ilişkide bulunduğu kabul edilirse, (öldürme kastıyla hareket etmediği sürece) sağlığı bozma şeklindeki eylemi, kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Bu durumda sanık tarafından tehlikeye düşürülen mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermiş olması, yaralama eylemine rıza olarak kabul edilemeyeceğinden, yaralama neticesi, üstün bilgisi ile fiil hakimiyetini elinde tutan sanığa isnat edilebilecektir. Sanığın HIV taşıdığı konusunda mağduru bilgilendirerek rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse, objektif isnadiyet teorisinin sorumluluk ilkesine göre riski her yönüyle kavramış olması ve kendi isteğiyle bilinçli olarak riski üstlenmiş olması halinde yaralama neticesi sanığa isnat edilemeyecektir. Ancak Alman öğretisinde bu durumda isnadiyetin ortadan kalktığı kabul edilse de, başkası tarafından tehlikeye düşürülme durumunda rızanın, üzerinde tasarruf edilebilen bir hukuki değere ilişkin olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır¹⁵⁴. Türk hukukunda kabul edilen hakim görüş, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik basit müdahalelere rıza gösterebileceği; ancak kalıcı olarak zarar veren müdahalelere ya da ağır

¹⁵² Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 518 kn. 133; BGH, 04.11.1988 - 1 StR 262/88, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

¹⁵³ Y. 1. CD, E. 2013/4455, K. 2014/6303, 17.12.2014, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

¹⁵⁴ İngiliz Temyiz Mahkemesi de HIV vakıalarında mağdurun rızasını dikkate almaktadır. Sanığın, birlikte olduğu iki kadına HIV bulaştırdığı için ağır yaralama suçundan yargılandığı *R. v. Dica* davasında, ceza mahkemesi, yaralama suçu söz konusu olduğu için mağdurların sanığın durumunu bilip bilmedikleri ya da rızalarının olup olmadığı hususunun incelenmesine gerek olmadığını belirterek mahkumiyet kararı vermiştir. Temyiz Mahkemesi ise, modern bir toplumun riski bilinçli olarak üstlenen kişileri cezalandıramayacağı; kişisel özerklik ilkesine bu tür bir müdahale yapılacak ise, bu müdahalenin Parlamento tarafından yapılması gerektiği gerekçesiyle geçerli bir rızanın bulunup bulunmadığı konusunda araştırılma yapılması gerektiğini belirterek kararı bozmuştur. *R. v. Dica* [2004] EWCA Crim 1103, (<https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/>).

yaralanmalara rızasının geçerli olmayacağı yönündedir¹⁵⁵. Dolayısıyla mağdur, tedavisi olmayan ve sürekli bir hastalık durumuna yol açan HIV riskini kendi isteğiyle ve bilinçli olarak üstlenmiş olsa da, sanık kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilecektir. Genel olarak rızaya dayalı olsa bile bir kişiye, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmasına sebep olacak ya da yaşamını tehlikeye sokacak şekilde virüs bulaştırılması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu kapsamında (TCK md. 87/1-d ya da 87/2-a) değerlendirilebilecek bir durumdur. Virüs nedeniyle ölümün meydana geldiği durumlarda ise TCK md. 87/4 kapsamında failin sorumlu tutulması mümkündür¹⁵⁶. Diğer taraftan HIV sonucu gelişen AIDS'in uzun bir zaman süreci sonunda ortaya çıkması ve ölümle sonuçlanmasının kesin olmadığı nazara alındığında AIDS nedeniyle ölümün faile objektif olarak isnat edilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁷.

3. Mağdurun Nedensellik Akışına Dahil Olduğu Durumlar

Objektif isnadiyet teorisine göre failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için kendisinin yarattığı tehlikenin neticede gerçekleşmesi gerekmektedir. Yaralamanın failin eylemiyle gerçekleştiği, ancak ölüm neticesinin mağdurun bilinçli olarak kendisini tehlikeye düşürmesi sonucunda meydana geldiği durumlarda neticede ortaya çıkan tehlike, yaralamadan kaynaklanan tehlike değil, mağdurun bilinçli olarak aldığı kararın yarattığı tehliktir; bu nedenle faile isnat edilebilirlik ortadan kalkar¹⁵⁸. Örneğin, yaralanan mağdurun tıbbi tedaviyi reddettiği durumlar bu çerçevede değerlendirilir. Yine yaralanan mağdurun engelli yaşamak istemediği için intihar etmesi¹⁵⁹ durumunda da

¹⁵⁵ Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 314; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 566; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 339.

¹⁵⁶ Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 12-13.

¹⁵⁷ Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 13.

¹⁵⁸ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 191 kn. 118.

¹⁵⁹ Bu konuda Anglo-Amerikan öğretisinde çokça tartışılmış bir karar, İngiliz Temyiz Mahkemesinin *R v. Wallace* kararıdır. Karara konu olayda, sanık, aralarındaki ilişkiyi bitiren erkek arkadaşının üzerine sülfürik asit atarak yüzünün ve vücudunun deforme olmasına, bir bacağının ampute edilmesine ve felç olmasına neden olur. 14 ay sonra hastaneden taburcu edilen mağdur, babası vasıtasıyla Belçika'ya götürülür. Belçika'daki hastanede yaklaşık 1 ay kaldıktan sonra Belçika kanunlarına göre yasal olan aktif ötenazi talebinde bulunur ve talebi kabul edilerek yaşamına son verilir. Sanık hakkında “cinayet” (*murder*) ve “1861 Kişilere Karşı Suçlar Yasası”nın 29'uncu maddesine aykırı olarak “aşındırıcı sıvı atmak suretiyle kasten ağır yaralama” suçlarından dava açılır. Bristol Ceza

ölüm neticesi faile isnat edilemez¹⁶⁰. Bu tür durumlarda failin sorumlu tutulmaması, objektif isnadiyet teorisinin hakimiyet ilkesi ile de açıklanabilir. Yaralanan mağdurun kendi isteğiyle iyileşme sürecine bir şekilde engel olduğu durumlarda yaralama ile bağlantılı nedensel sürece hakimiyet, artık failin elinde değil, mağdurun elindedir¹⁶¹. Ancak Federal Mahkemenin bu kuralı benimsemediği kararları mevcuttur. Sanıklar (S) ve (P), mağdur (H)'yi yumruklamak ve başına birkaç kez kepçe ile vurmak suretiyle ağır şekilde yaralar ve kolunu kırarlar. Hastaneye kaldırılan (H), kolu alçıya alındıktan sonra hayati tehlikesi olduğu konusunda uyarılır. Ancak alkol bağımlısı olduğu için alkol alabilmek amacıyla hastanede kalmayı reddeder. Üç gün sonra başına aldığı darbeler nedeniyle beyin kanaması geçirerek ölür. Federal Mahkemeye göre, sanıkların yaralama eylemleri, mağdurun ölümüne yol açabilecek ağırlıkta olduğundan ölümle sonuçlanan kasten yaralama suçu için gerekli suç tipine özgü tehlike bağlantısı olayda gerçekleşmiştir. Alkol bağımlısı olan mağdurun, alkol alma dürtüsüne yenik düşerek hastanede tedavi görmeyi reddetmesi, yaşam deneyimleriyle çelişen bir durum olmadığından isnadiyet bağlantısı kesilmemiştir¹⁶². Halbuki bu olayda sanıkların eylemleri ölüm tehlikesi yaratacak ağırlıkta olsa da, ölüm neticesini meydana getiren, sanıkların yarattığı tehlike değil; mağdurun, hayatını

Mahkemesi, mağdurun özgür iradesi ile yaşamına son vermesi nedeniyle failin yaralama eylemi ile mağdurun ölümü arasında hukuki nedensellik bulunmadığı gerekçesiyle cinayet suçlamasının düşürülmesine karar verir. Temyiz Mahkemesi ise, mağdurun talebi doğrultusunda hekimler tarafından gerçekleştirilen ötanazinin, sanığın davranışlarından bağımsız ayrı bir eylem ve özgür iradesinin sonucu olmadığını; aksine sanığın yol açtığı yaralamaya ve bunun yarattığı koşullara doğrudan tepki niteliğinde olduğunu vurgulayarak savcılığın temyiz talebini kabul eder ve duruşma açılarak davanın jüri önüne götürülmesine ve nedensellik konusunun jüri tarafından incelenmesine karar verir. Temyiz Mahkemesi kararında jürinin şu hususları göz önünde tutmasını ister: Asit atarak yaralama eylemi, ölüm neticesi yönünden önemli (*substantial*) ve etkin (*operating*) bir neden midir? Yaralama eylemi, ölümün tek nedeni olmak zorunda değildir; neticeye ihmal edilebilirin ötesinde katkı sağlamış olması yeterlidir. İkinci olarak, asit saldırısında aldığı yaralar sonucunda mağdurun intihar edeceği makul ölçüde öngörülebilir nitelikte midir? Sonuç olarak, yeniden yapılan yargılamada jüri, sanığı cinayetten suçsuz bulmuş ve sanığın “aşındırıcı sıvı atmak suretiyle kasten ağır yaralama” suçundan müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Karar metni için bkz. *R v. Wallace* [2018] EWCA Crim 690, (<https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/>).

¹⁶⁰ Rudolf Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986), 169.

¹⁶¹ Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, 169.

¹⁶² BGH, 09.03.1994 - 3 StR 711/93, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

kurtarabilecek bir tedaviyi kendi isteğiyle reddetmesidir. Dolayısıyla mağdurun davranışının, isnadiyet bağlantısını kestiği kabul edilmelidir¹⁶³. Ancak Federal Mahkemenin kararı, mağdurun alkol bağımlılığının, özgür iradesiyle karar verme ve kendi sorumluluğunda hareket etme yeteneğini ortadan kaldırdığı yönündeki bir tespiti dayanmış olsaydı, o zaman varılan sonucun yerinde olduğu söylenebilirdi¹⁶⁴.

Tedavinin reddedilmesi makul bir gerekçeyle dayanıyor ise, bu durumda failin ölüm neticesinden sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir. Örneğin, yaralanan mağdurun iyileşmesi için geçirmesi gereken ameliyatın %5 ila %15 arasında ölüm riski içerdiği bir olayda, mağdurun bu nedenle ameliyatı reddetmesi, makul bir gerekçedir¹⁶⁵. Failin mağduru yaralamak suretiyle yarattığı tipe uygun tehlike, bu yaralamanın zorunlu kıldığı komplikasyon ya da tedavi prosedüründen kaynaklanan olası riskleri de kapsamaktadır; bu nedenle mağdurun tedaviyi reddettiği böyle bir durumda, yaralamadan kaynaklanan tehlikenin ölüm neticesinde gerçekleştiği kabul edilir¹⁶⁶.

¹⁶³ Otto, *Die einzelnen Delikte*, 86-87 kn. 8.

¹⁶⁴ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 557 kn. 27; Rengier, *Besonderer Teil II*, § 16 kn. 22.

¹⁶⁵ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 191 kn. 118.

¹⁶⁶ OLG Celle, 14.11.2000 - 32 Ss 78/00, (<https://voris.wolterskluwer-online.de/>). Bir başka kararda, yaralama nedeniyle beyin kanaması geçiren 84 yaşındaki mağdur ameliyata alınır; ancak ameliyat sırasındaki kan kaybının neden olduğu dolaşım zayıflığı ve önceden var olan rahatsızlıkları nedeniyle bilinci yerine gelmez ve durumu kötüleşir. Mağdurun tıbbi vasiyetini dikkate alan hekimler, yaşamı sürdürmeye yönelik önlemleri almazlar ve sadece palyatif bakım sağlarlar. Mağdur 13 gün sonra ölür. Bu davaya konu olan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi, “ölümle sonuçlanan yaralama” değil, Alm. CK. 251’de düzenlenen “ölümle sonuçlanan yağma” suçudur. Olay, sanığın, bankadan para çeken ve yürüteç yardımıyla hareket eden 84 yaşındaki mağdurun çantasını hızlı bir şekilde çekmesi ve bunun sonucunda dengesini kaybederek yere düşen mağdurun başını kaldırma çarparak yaralanması şeklinde gerçekleşmiştir. Federal Mahkemeye göre, sanığın çantayı kuvvetle çekip alması, mağdurun düşerek kafa travması geçirmesine neden olmuş ve böylece ölüm tehlikesi yaratmıştır. Ölümün beyin kanaması yerine mağdurun önceden varolan rahatsızlıklarıyla bağlantılı olarak geçirdiği ameliyattan kaynaklanması, tehlike bağlantısını ortadan kaldırmaz; zira hekimlerin müdahalesi, sanığın eyleminden bağımsız nitelikte yeni bir ölüm tehlikesi oluşturmamıştır. Mağdurun tıbbi yardımı reddetmesi de, ölüm için yeni bir neden oluşturmaz; mağdur sadece sanığın yarattığı ölüm riskine karşı koymamış olur. BGH, 17.03.2020 - 3 StR 574/19 §§ 11, 13, 15, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

Yargıtay, mağdurun tedaviyi reddettiği durumlarda, yaralama tek başına öldürücü nitelikte ise nedensellik bağlantısının kesilmediği gerekçesiyle failin TCK md. 87/4'den cezalandırılabileceğine karar vermektedir¹⁶⁷.

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu açısından mağdurun davranışının araya girdiği bir diğer durum, yaralanan mağdurun kaçmaya çalışırken ölümün meydana geldiği durumlardır. Yaralamaya maruz kalan kişinin kendisini savunması ya da daha fazla zarar görmekten kaçmaya çalışması, insan doğasını yansıtan kendini koruma içgüdüsünün tipik bir sonucudur¹⁶⁸. Bu nedenle yaşamına veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehdit içerecek şekilde yaralanan mağdurun yaşadığı panik etkisiyle kaçmaya çalışırken gerçekleşen ölüm neticesinin faile isnat edilebileceği kabul edilmelidir; zira burada isnadiyet bağlantısını kesen mağdurun özgür iradesiyle ve kendi sorumluluğuyla hareket ettiği bir durum bulunmamaktadır¹⁶⁹. Öldürücülük teorisini savunan yazarlar ise, kaçma davranışının genel yaşam deneyimlerine uygun olmakla birlikte *yaralama suç tipine özgü* bir tehlike olmadığı görüşündedirler; zira mağdur, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliği taşımayan başka bir eylemden kaçarken de ölümün meydana gelmesi mümkündür¹⁷⁰.

Yüzüne yumrukla vurulan, kafası duvara çarpılan mağdurun devam eden şiddetli saldırıdan kurtulabilmek için kapının kilitli olması nedeniyle iki defa pencereye yöneldiği ve her seferinde sanık tarafından içeri çekilerek şiddet eylemlerine maruz kalmaya devam ettiği ve en sonunda pencereden atıldığı olayda, Yargıtay sanığın kastının öldürmeye yönelik olduğu gerekçesiyle TCK md. 87/4'den verilen mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir¹⁷¹. Olayda yaralama eylemlerinin ağırlığı ve kaçma davranışının bu eylemlerin

¹⁶⁷ “...maktulün arkadaşları tarafından özel bir hastaneye götürüldüğü, arkadaşlarının ve kendisinin tedaviyi kabul etmemesi üzerine hastaneden ayrıldığı, birkaç saat sonra fenalaşması nedeniyle ...Hastanesine getirildiği, tedaviye yanıt vermeyerek aynı gün ... vefat ettiği, ...Adli Tıp I. İhtisas Kurulu'nun ...raporunda da 'maktulün ölümüne neden olan brakial arter yaralanmasının başlı başına öldürücü nitelikte olduğu' saptamasının yapıldığı olayda, sanığın eylemi sonucu gerçekleşen yaralama fiili ile ölüm olayı arasında illiyet bağının kesilmediğinin ve eylemin neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu oluşturduğunun anlaşılması...”, Y. 1. CD, E. 2010/5186, K. 2013/2608, 28.03.2013, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

¹⁶⁸ Strasser, *Zurechnung*, 363.

¹⁶⁹ Rengier, *Besonderer Teil II*, § 16 kn. 20-21; Otto, *Die einzelnen Delikte*, 86 kn. 6; Strasser, *Zurechnung*, 364.

¹⁷⁰ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 435 kn. 115.

¹⁷¹ Y. 1. CD, E. 2010/7017, K. 2012/7149, 03.10.2012, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>). Bozma üzerine kasten öldürme suçundan verilen mahkumiyet kararı, Y. 1. CD.'nin 16.01.2014 tarihli ve E. 2013/4606, K. 2014/29 sayılı kararı ile oy çokluğuyla onanmıştır.

tipik bir sonucu olduğu gözetildiğinde, yaralamanın bünyesinde barındırdığı tipik ölüm tehlikesinin neticede gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu nedenle kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu yönünden özel tehlike bağlantısı olayda gerçekleşmiş olup ölüm neticesinin faile isnat edilmesi mümkündür¹⁷². Sanığın olası kast ile öldürmeden cezalandırılması gerektiği yönünde karşı oy kullanan Daire üyesi, “...illiyet bağının varlığının tesbitinde, yegane ölçüt, gerçekleştirilen hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığıdır. Bu durumun tespitinde, normal ve olağan hayat şartları itibarıyla yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilecektir. Hareketin yapıldığı koşullara gidilir ve o anki somut koşullar üçüncü kişinin bilgi ve tecrübesine göre irdelenerek söz konusu neticeyi oluşturmaya uygun ise bu durum fail tarafından da öngörüülüyorsa illiyet bağının varlığı kabul edilecektir. Somut olayda, fail veya normal zeka seviyesine sahip üçüncü bir kişi, icra edilen hareket sonucu neticenin gerçekleşebileceğini öngörebileceğinden illiyet bağının varlığına ilişkin mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik yoktur” gerekçesiyle uygun nedensellik bağlantısına değinmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Federal Mahkeme, araya giren mağdur veya üçüncü kişinin davranışının tipik tehlike bağlantısını keseceği yönündeki *Rötzel* kararındaki görüşünü sonraki kararlarında uygulamaktan vazgeçmiştir¹⁷³. Üç sanık tarafından bir dairede tutularak aldığı paranın yerini söylemesi için ağır şekilde darp edilen mağdurun sersemleyerek bilinç bozukluğu yaşadığı ve panikle kontrolünü kaybederek kendisini 27 metre yükseklikteki pencereden aşağıya bıraktığı olayda¹⁷⁴, Federal Mahkeme,

¹⁷² Sanığın maktuleye yönelik gerçekleştirmiş olduğu kasten yaralama eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunduğu, mağdurun kusurlu hareketinin nedensellik bağını kesmediği, mağdurun yüksekten düşmesine yol açacak şekilde bir cebrin bulunmadığının tespiti halinde failin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan sorumlu o gerektiği yönünde bkz. Ersin Şare, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu (TCK m. 87/4),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 43 (2020): 309.

¹⁷³ Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil 1*, kn. 266. Bir Afrika dans grubunda eşiyile birlikte dansçı olarak çalışan sanık, eşiyile tartıştıkları sırada mutfak bıçağı ile eşini sırtından bıçaklamış, kaçmaya çalışan kadın pencere pervazına tırmanmış ve aşağı düşerek ölmüştür. Federal Mahkeme, sanığın, mağduru öldürmekle tehdit ederek sırtından bıçaklaması şeklindeki eyleminin, mağdurun paniğe kapılarak riskli bir kaçma girişimi esnasında ölme tehlikesini de içerdiğini; mağdurun kaçma girişiminin, ölümcül nitelikteki bıçakla yaralama eylemine karşı tipik, doğrudan bir tepki olduğunu ve otonom, iradi bir süreçten bahsedilemeyeceğini vurgulamıştır. BGH, 10.01.2008 - 5 StR 435/07, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

¹⁷⁴ BGH, 17.03.1992 - 5 StR 34/92, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

mağdurun tepkisinin, yaralamanın fiziksel ve psikolojik olarak neden olduğu panik durumunun bariz sonucu olduğunu ve mağdurun kendi sorumluluğu altında hareket ettiği araya giren bağımsız bir neden olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Yaralama ve ölüm neticesi, yaralamanın yol açtığı mağdurun ruhsal durumunun bozulmasıyla yakından bağlantılıdır ve eylemin doğasında var olan tehlike, mağdurun ölümü şeklinde gerçekleşmiştir. Bu karardaki gerekçe, aslında Rötzel kararı için de kabul edilmesi gereken bir gerekçedir. Sorumluluk ilkesi açısından değerlendirildiğinde iki olay arasında ayırım yapılmasını gerektirecek bir fark bulunmamaktadır. Her ikisinde de failin süregelen yaralama eyleminin yol açtığı zorunluluk ve panik durumu söz konusudur ve mağdur özgür iradesiyle hareket etmemiştir¹⁷⁵.

4. Üçüncü Kişinin Nedensellik Akışına Dahil Olduğu Durumlar

Failin gerçekleştirdiği yaralama, üçüncü kişinin icrai ya da ihmali bir eylemle olay akışına dahil olması dolayısıyla ölümle sonuçlanmış olabilir. Ölüme giden nedensel süreç fail tarafından başlatıldığı için üçüncü tarafın müdahalesinin olduğu durumlarda da failin eylemi ile netice arasında nedensellik bağlantısı mevcuttur. Nitekim öne geçen nedensellik söz konusu olmadığı sürece üçüncü kişinin müdahalesi, failin eylemi ile netice arasındaki nedensellik bağlantısını kesmez¹⁷⁶. Buradaki hukuki sorun, üçüncü kişinin sorumluluk alanı ile failin sorumluluk alanının birbirinden ayrılması ve ölüm neticesinin hangi hallerde faile isnat edilemeyeceğinin belirlenmesidir.

Üçüncü kişinin *kasten* hareket ederek nedensel sürece katıldığı durumlarda Federal Mahkeme, üçüncü kişinin kasıtlı eylemi, failin başlangıçta yarattığı tehlikeye dayanıyor ve neticeye yol açan bağımsız nitelikte yeni bir tehlike oluşturmuyor ise, neticenin faile isnat edilebileceğini kabul etmektedir¹⁷⁷. Başka bir deyişle, üçüncü kişi, failin eylemi ile bağlantılı olmakla birlikte *kendi sorumluluğu* ile hareket ederek yeni bir tehlike yaratmış

¹⁷⁵ Rengier, *Besonderer Teil II*, § 16 kn. 20. Bu davada, mağdurun kaçma davranışı yönünden isnat edilebilirliğin incelenmesi yerine ölümün, zihinsel durumdaki bozulmanın yol açtığı patolojik bir nedene dayalı olduğu dikkate alınarak yakınlık bağlantısının kurulabileceği yönünde bkz. Strasser, *Zurechnung*, 309-310.

¹⁷⁶ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, §§ 6 kn. 242, 283.

¹⁷⁷ Aynı yönde bkz. Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, §§ 6 kn. 283, 285.

ve bu tehlike tipik neticede gerçekleşmiş ise, netice faile isnat edilemeyecektir¹⁷⁸.

Öğretideki baskın görüş, aralarında iştirak ilişkisi olmaksızın failin eylemini takiben üçüncü kişi tarafından *kasıtlı* olarak gerçekleştirilen eylemin, faile isnat edilebilirliği ortadan kaldıracağı yönündedir¹⁷⁹. Dolayısıyla failin

¹⁷⁸ Helmut Satzger, “Die sog. ‘Retterfälle’ als Problem der objektiven Zurechnung,” *JURA - Juristische Ausbildung* 36, no. 7 (2014): 701; Otto, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 67 kn. 56. Örneğin, (R), (J)’yi ölümcül şekilde defalarca bıçaklar ve öldüğünü zannederek orada bırakır. Daha sonra delilleri yok etmek için gelen (S), yaşadığını farkederek (J)’nin kafasına şişeye sert bir darbe indirir. Ölümün bıçaklamadan mı, şişeye vurmaktan mı, yoksa her ikisinin birleşen etkisinden mi kaynaklandığı tespit edilemez. Bu olayda (S)’nin darbesinin ölümcül olduğu kabul edilse bile (R)’nin bıçaklama eylemi ile bağlantılıdır. (R)’nin eylemi, (S)’nin müdahalesi için bir şart oluşturmuştur ve bıçaklama olmasaydı (S) de eylemini gerçekleştiremezdi. Dolayısıyla (S), (R)’nin eyleminden bağımsız nitelikte yeni bir tehlike yaratmamıştır. Bu nedenle (S)’nin müdahalesi isnadiyet bağlantısını kesmez ve (R) kasten öldürmeden cezalandırılır. (S)’nin müdahalesi ile gerçekleşen nedensellik bağındaki sapma, yaşam deneyimlerine göre öngörülebilirlik sınırları içinde kaldığı ve fiilin farklı biçimde değerlendirilmesini haklı kılmadığı için hukuken önemsizdir ve (R)’nin tamamlanmış öldürme suçundan cezalandırılmasını engellemez. (S)’nin darbesinin ölümüne neden olduğu kesin olarak tespit edilemediğinden şüphe (S) lehine yorumlanarak ölüm nedeninin (R)’nin bıçaklama eylemi olduğu varsayılır ve (S), kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılır. Bu davada yerel mahkeme, her iki sanığın da kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasına karar vermiş; Federal Mahkeme ise (R)’yi tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumlu tutmuştur. BGH, 30.08.2000 - 2 StR 204/00 §§ 7, 8 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>). Aynı yönde: Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 6 kn. 285; Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 354. Aksi yönde: (S)’nin kendi sorumluluğu ile hareket etmesi ve neticede gerçekleşen tehlikenin, (S)’nin şişe darbelerinin yarattığı tehlike olması nedeniyle (R)’nin kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiğine dair bkz. Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 199 kn. 147.

¹⁷⁹ Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 1997), 145; Manfred Burgstaller, “Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst,” içinde *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, ed. Theo Vogler, (Berlin: Duncker & Humblot, 1985), 363, 365. Üçüncü kişinin eylemi ağır taksire (*grober Fahrlässigkeit*) dayanıyorsa ya da failin gerçekleştirdiği yaralama sonucu mağdurun düştüğü çaresiz durumdan yararlanarak onu kasten öldürmüşse, fail, ölümle sonuçlanan yaralama suçundan cezalandırılmaz. Bkz. Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil I*, kn. 269. Müşterek faillik durumu söz konusu olmadığı sürece zarara yol açan ilk eylemi gerçekleştiren fail, üçüncü kişinin daha sonra gerçekleştirdiği kasıtlı ve zararı ağırlaştıran eyleminden sorumlu tutulamaz. Bkz. Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, 162, 164. İştirak kuralları gereğince üçüncü kişinin kasıtlı müdahalesinin faile isnat edilebilirliği önlediği kabul edilmelidir; aksi takdirde müşterek failillerin cezalandırılabilmesi için Alm. CK md. 25/2 (TCK md. 37/1) hükmüne ihtiyaç duyulmayacaktır. Bkz. Walter, “*Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*,” 764 kn. 109; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 199 kn. 146; 278 kn. 25..

mağduru yaralaması ve müşterek fail olmayan üçüncü bir kişinin yaralıyı öldürmesi durumunda fail ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz. Ancak faile isnat edilebilirliğin ortadan kalkması için üçüncü tarafın müdahalesinin *öngörülebilir olmaması* gerekmektedir¹⁸⁰. Üçüncü tarafın kasten müdahale eğiliminin bulunduğu dair belirtiler varsa ya da müdahalesi öngörülebilir ise, neticenin, ön koşulları yaratan faile isnat edilmesi mümkündür¹⁸¹. Failin eyleminin, kendi eyleminden sonra araya giren üçüncü kişinin aynı neticeye yönelik eylemi için bir şart teşkil ettiği durumlarda da failin sorumluluğu devam eder. Örneğin, (R) ve (M) birbirlerine meydan okuyarak kurallar dahilinde dövüşmeye karar verirler. Dövüş devam ederken, seyirciler arasındaki (K) müdahale ederek (R)'nin kazanması için (M)'nin kafasına ve karnına sert bir şekilde yumrukla vurur; (R), bu darbeler ile (M)'de oluşan bilinç bulanıklığından faydalanarak (M)'nin kafasına birkaç yumruk atar ve sonuç olarak aldığı darbeler, (M)'nin ölümü ile sonuçlanır. Bu olayda (R) ve (K)'nin eylemlerinin her biri, ölüm neticesi yönünden nedenseldir ve birbirine bağlıdır. Ancak (K), kurallar dahilinde gerçekleştirilen dövüşe müdahale ederek bilinç bulanıklığı ile sonuçlanan kasten yaralamayı gerçekleştirmiş ve (R) bu yaralamadan faydalanmıştır. (K)'nin kasten araya girmesi – öngörülebilir olmadığından – ölüm neticesinin (R)'ye isnat edilmesini engeller. Başka bir deyişle, (K)'nin eylemi, (R)'nin sonraki eylemleri için - aynı sonuca yönelik - bir şart teşkil ettiğinden, (R)'nin sonraki eylemleri, (K)'nin sorumluluğunu kaldırmaz. Bu nedenle son darbeyi vuran (R) olsa da, ölüm neticesi (K)'nin eseri olarak kabul edilmeli ve (K) kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan, (R) ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulmalıdır¹⁸².

¹⁸⁰ Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 354; Satzger, “Die sog. ‘Retterfälle’” 701.

¹⁸¹ Bernd Heinrich, “Das vorsätzliche Dazwischentreten des Täters in seine eigene Tat,” içinde *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag*, ed. Claudius Geisler, Erik Kraatz, Joachim Kretschmer, Hartmut Schneider ve Christoph Sowada (Berlin: Walter de Gruyter, 2011), 178-179.

¹⁸² Ancak Federal Mahkeme, (K)'nin kasten yaralama ve taksirle öldürme, (R)'nin ise tehlikeli yaralama (yaşamı tehlikeye sokan yaralama – Alm. CK md. 224/1-5) suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir. Dövüş (düello), rızaya dayalı olduğundan, (K)'nin müdahalesinden önce (R)'nin gerçekleştirdiği yaralama (temel suç), hukuka uygun kabul edilmiş; şüphe (R) lehine yorumlanarak (K)'nin darbelerinin tek başına ölüme yol açtığı varsayılmıştır. Bu gerekçelerle (R) yönünden ölümle sonuçlanan yaralama suçunun oluşmadığına karar verilmiştir. (K) yönünden ise, (K)'nin eyleminden sonra (R)'nin gerçekleştirdiği kasıtlı eylemlerin isnadiyet bağlantısını kestiği ve (R)'nin son yaralama

Federal Mahkemenin “Kauçuk Çekiç” (*Hartgummihammer*)¹⁸³ davasına konu olayda, (A), (M)’nin başına sert kauçuk bir çekiçle defalarca kez vurmuş ve (M)’nin öldüğünü zannederek evden ayrılmıştır. Tesadüfen karşılaştığı kuzeni (B)’ye olayı anlatmış, (A)’nın söylediklerine inanmayan (B) eve gitmiş, döndüğünde (M)’yi intihar süsü vermek amacıyla kapı mandalına astığını (A)’ya anlatmıştır. Bunun suçu gizlemek için yeterli olmadığını düşünen (A) ve (B), daha sonra (M)’yi bir baraj gölüne atmışlardır. Yapılan incelemede, ölümün kapıya asma nedeniyle gerçekleştiği, ancak asma olayı olmasaydı da çekiç darbelerinin ölümcül olduğu ve birkaç saat içerisinde ölüme neden olacağı anlaşılmıştır. Federal Mahkeme, nedensellik yönünden, başa vurulan çekiç darbelerinin asılarak boğulma nedeniyle meydana gelen ölümü kolaylaştırıp kolaylaştırmadığının bir önemi olmadığını; şart teorisine göre çekiç ile vurulan darbelerin ölümün doğrudan nedeni olduğunu vurgulamıştır. Isnadiyet yönünden ise, çekiç darbelerinin tek başına ölümcül olduğunu ve aralarında bir anlaşma olmasa da (B)’nin (A)’nın menfaatine hareket ettiğini nazara alarak sanık (A)’yı ölümle sonuçlanan yaralama suçundan sorumlu tutmuştur. Öğretideki görüşe göre ise, bu olayda sanık (A), hukuken onaylanmayan bir tehlike yaratmış olmasına karşın bu tehlike neticede gerçekleşmemiştir¹⁸⁴. Neticede gerçekleşen tehlike, failin yarattığı tehlike (çekiç darbeleriyle ölüm) değil, başka bir tehlike (asılarak ölüm) olduğu için sanık (A) ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz; sadece kasten yaralama suçundan (TCK md. 86/3-e, 87/1-d) cezalandırılabilir¹⁸⁵. Ayrıca olayda (A)’nın tesadüfen karşılaştığı kuzenine olayı anlatması, kuzenin ona inanmaması ve eve giderek (M)’yi kapıya asması şeklindeki nedensel seyir de öngörülebilir nitelikte değildir¹⁸⁶.

Federal Mahkeme daha eski bir kararında ise objektif isnadiyet teorisi ile bağlantı kurarak tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi şartını

eylemlerinin (K)’ya isnat edilemeyeceği gerekçesiyle (K)’nın da ölümle sonuçlanan yaralama suçundan cezalandırılmayacağına karar vermiştir. BGH, 12.05.2020 - 1 StR 368/19, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

¹⁸³ BGH, 12.02.1992 - 3 StR 481/91, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

¹⁸⁴ Seiji Saito, “Die Zurechnung beim nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten,” içinde *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, ed. Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke ve Hans-Joachim Rudolph (Berlin: Walter de Gruyter, 2001), 264.

¹⁸⁵ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 493 kn. 80.

¹⁸⁶ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 493 kn. 81.

vurgulamıştır¹⁸⁷. Birahane işleten mağdur, sanığın da içinde bulunduğu bir grubu sessiz olmaları konusunda uyarmış; bunun üzerine sanık, mağdurun kafasına sert bir yumruk atarak kafasını asfalta çarpmasına neden olmuş ve oksipital kemik üzerinde kırık oluşturmuştur. Daha sonra üçüncü bir kişi, yerde yatan mağdurun kafasına tekme atarak sağ şakak bölgesinde kafatasının çökmesine neden olmuştur. Mağdurun kafasına vurulan tekme ve yumruğun her birinin tek başına mı yoksa birlikte mi ölüme yol açtığı tespit edilememiş, şüphe sanık lehine yorumlanmıştır. Federal Mahkeme ölümün, üçüncü kişinin müdahalesi ile meydana gelmesi sebebiyle doğrudan bağlantı şartının gerçekleşmediğine ve ölümle sonuçlanan yaralama suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Federal Mahkemeye göre sanığın attığı yumruğun hayati tehlike arz etmesi de önemli değildir; çünkü bu tehlike ölüm neticesinde ortaya çıkmamıştır¹⁸⁸. Bu olayda üçüncü kişi mağduru tekmelediğinde failin eyleminin etkisi devam ettiği için öne geçen nedensellik söz konusu değildir; zira üçüncü kişi, ilk eylemin etkisinden faydalanarak kendi eylemini gerçekleştirmiştir. Ancak failin eylemi ile ölüm arasında nedensellik bulunmasına karşın objektif isnat edilebilirlik yoktur; çünkü üçüncü kişi kendi sorumluluğu ile hareket ederek failden bağımsız bir tehlike yaratmıştır ve mahkemenin kabulüne göre bu tehlike neticede gerçekleşmiştir¹⁸⁹. Öğretideki görüş dikkate alındığında, olayın oluş şekli itibarıyla üçüncü bir kişinin yerde yatan mağdura tekme atması öngörülebilir olmadığından, failin sorumlu tutulamayacağı yönündeki mahkeme kararı doğru kabul edilmelidir¹⁹⁰. Diğer taraftan failin ateş ederek yaraladığı ve can çekişmekte olan maktulün, üçüncü kişi tarafından acıma duygusuyla ateş edilerek öldürülmesi olayında ölüm neticesinin faile isnat edilebileceği kabul edilmektedir; zira bu olayda üçüncü kişi özgür iradesiyle ve kendi saikiyle hareket etmemiştir¹⁹¹.

¹⁸⁷ Kühl, *Allgemeiner Teil*, 557 kn. 28.

¹⁸⁸ BGH, 29.06.1983 - 2 StR 150/83, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>); Kahlo, *Überlegungen zum objektiven Zusammenhang*, 588; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 199 dn. 299.

¹⁸⁹ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 253.

¹⁹⁰ Rengier'e göre, bu davada varılan sonuç, sadece neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara özgü değildir. Eğer ilk yaralama eylemini gerçekleştiren sanık, taksirle hareket etmiş olsaydı da, üçüncü tarafın kasıtlı müdahalesi ile meydana gelen ölüm neticesi yine sanığa isnat edilemeyecekti. Bkz. Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, 163.

¹⁹¹ Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 253.

Üçüncü kişinin *taksirli* davranışı ise kural olarak, isnadiyet bağlantısını ortadan kaldırmaz; zira bu durumda netice, hala ilk eyleme (failin eylemine) bağlıdır¹⁹². Bu ilke, taksirle hareket eden üçüncü kişiye, nedensellik zincirini başlatmış olan failden daha ağır bir sorumluluk yüklenmemesi gerektiği düşüncesine dayanır¹⁹³. Ayrıca özen yükümlülüğü ihlali ile gerçekleştirilen taksirli bir eylemin her zaman dikkate alınması gereken yaygın ve öngörülebilir bir durum olması ile de gerekçelendirilmektedir¹⁹⁴. Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu açısından üçüncü kişinin müdahalesinin, failin eyleminden bağımsız bir risk oluşturmadığı ve isnat edilebilirliği ortadan kaldırmadığı tipik durum, hekim müdahalesidir. Yaralanan kişinin tıbbi yardım alması ve bu tıbbi yardımın belli riskler içermesi öngörülebilir bir durumdur. Bu risklere hekimin yükümlülüğe aykırı bir müdahalesi ya da uygun tedbirleri almaması da dahildir¹⁹⁵. Bu tür durumlarda yaralamadan kaynaklanan özel tehlike bağlantısı kesilmiş sayılmaz. Örneğin, mağdurun başına aldığı darbenin etkisiyle beyin damarlarında yırtılma oluşması ve bu durumun hekimler tarafından zamanında farkedilmemesi üzerine hayatını kaybetmesi durumunda, başa alınan darbe, ölümü meydana getirebilecek tehlikede ve öngörülebilir nitelikte olduğundan hekimlerin ihmali, neticeye katkıda bulunmuş olsa da fail ölüm neticesinden sorumlu tutulur¹⁹⁶.

Öğretideki hakim görüşe göre, hekim müdahalesinin isnat edilebilirliği ortadan kaldırması için ağır bir tıbbi uygulama hatası söz konusu olmalıdır¹⁹⁷.

¹⁹² Heinrich, *Das vorsätzliche Dazwischentreten des Täters*, 176; Wessels, Hettinger ve Engländer, *Besonderer Teil I*, kn. 268.

¹⁹³ Heinrich, *Das vorsätzliche Dazwischentreten des Täters*, 176.

¹⁹⁴ Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte*, 164; Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 199 kn. 144.

¹⁹⁵ OLG Celle, 14.11.2000 - 32 Ss 78/00, (<https://voris.wolterskluwer-online.de/>).

¹⁹⁶ BGH bei Dallinger MDR 1976, 16; Strasser, *Zurechnung*, 374.

¹⁹⁷ Vogel ve Bülte, “§ 18,” 1332 kn. 41; Eisele, *Besonderer Teil I*, § 14 kn. 377; Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 524 kn. 141. Federal Mahkemenin kararına konu bir olay şöyle gelişmiştir: 128 kg. ağırlığındaki sanık, eşinin göğüs kafesi üzerine oturarak 18 kaburga kemiğinde kırılmaya neden olmuş, hekimler ise sadece 3 kırık tespit etmişlerdir. Mağdur birkaç gün sonra aile hekimine başvurmuş, kendisine ağrı kesici reçete edilmiş ve evde istirahat önerilmiştir. Sonraki 7 gün boyunca tıbbi yardım almamış ve durumu gittikçe kötüleşerek kaburga kırıkları nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Bu davada Federal Mahkeme, ölümle sonuçlanan yaralama suçu yönünden isnadiyet bağlantısının tespiti için mağdurun 7 gün boyunca tıbbi yardım almama şeklindeki kendine zarar verme davranışının ve hekimlerin tıbbi hatasının dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle bozma kararı

Roxin ise, hekimin müdahalesinin, hafif veya ağır hata içerip içermediğine bakılmaksızın, fail tarafından yaratılan tehlikenin yerine geçip geçmediği ya da bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyip önlemediğinin nazara alınması gerektiği düşüncesindedir. Bu kapsamda, yaralanan kişiye ameliyat sırasında kan kaybından ölümüne yol açan hatalı bir kesi uygulanması, kontrendike olan bir ilaç verilmesi nedeniyle ölümün meydana gelmesi ya da anestezi hatası ile kalbin durması gibi durumlarda ölümün faile isnat edilmesi mümkün değildir¹⁹⁸.

Daha önce değindiğimiz “Avcı Kulesi”¹⁹⁹ olayında da fail, mağduru hayatı tehlike arz etmeyecek şekilde ayak bileğinden yaralamış, mağdur uzun süreli yatak istirahati sonucunda gelişen emboli ve pnömoni nedeniyle ölmüştür. Federal Mahkeme bu olayda gerekli tıbbi önlemlerin alınmamasının, yaralama eylemi ile ölüm neticesi arasındaki bağlantıyı koparacak kadar yaşam deneyimlerine aykırı bir durum olmadığına karar vermiştir. Hekimlerin, hastaneden taburcu edilen mağdura herhangi bir kan sulandırıcı ilaç ya da tıbbi talimat vermemesi ya da takip tedavisi yapmamaları şeklindeki ihmali eylemleri, yaralama suçuna özgü tehlikenin bir parçası kabul edilebilecek kadar bu suç tipi ile yakından bağlantılı kabul edilmiştir²⁰⁰. Buradaki isnadiyet bağlantısının, sorumluluk ilkesi kapsamında da onaylanması mümkündür; zira hekimlerin mağduru emboli konusunda uyarmamaları, tehlikenin bilincinde olarak gerçekleştirdikleri kasıtlı bir davranış değildir²⁰¹.

5. Mağdurda Önceden Mevcut Rahatsızlığın Etkisi

Failin yaralama eylemi neticesinde mağdurda önceden mevcut olan bir rahatsızlık (örneğin, kalp damar hastalığı) aktif hale gelerek ölüme yol açmış olabilir. Failin eylemi, tokat atma gibi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek

vermiştir. Federal Mahkemeye göre, *tıbbi hata yönünden öncelikle radyoloji eğitimi almış bir hekimin özen yükümlülüğüne uygun bir değerlendirmeye röntgen görüntülerinde gerçekte kaç kaburga kırığı tespit edebileceği veya daha ileri tetkik gerektiren belirsiz bir tıbbi bulgunun var olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir*. BGH, 08.07.2008 - 3 StR 190/08 §§ 13, 15, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

¹⁹⁸ Roxin ve Greco, *Allgemeiner Teil I*, 524 kn. 142.

¹⁹⁹ Bkz. dn. 106.

²⁰⁰ Stree, “BGH, 30. 06. 1982 — 2 StR 226/82 mit Anmerkung,” 76.

²⁰¹ Otto, *Die einzelnen Delikte*, 86 kn. 7. Bu olayda hekimlerin ihmalinin isnadiyet bağlantısını keseceği yönündeki aksi görüş için bkz. Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 166.

bir yaralanmaya sebebiyet verebilecek nitelikte iken, mağdurda önceden mevcut bir rahatsızlığı tetikleyerek ölümüne neden olmuş ise bu durumda ölüm neticesi, öngörülebilir olmadığından faile isnat edilemez. Burada ancak kasten yaralama suçundan söz edilebilir²⁰². Örneğin, mağdurda kalp rahatsızlığı olduğunu bilmeyen sanığın, “ölene yumruk atıp cebinden çıkardığı kontrol kalemi ile sol kaşının üstüne doğru vurup basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek biçimde onu yaraladığı, kendisinde kronik kalp damar hastalığı mevcut bulunan (mağdurun) bu olayın meydana getirdiği efor ve stresin tesiri ile fenalaşıp hastaneye kaldırıldığı, gelişen kalp durması ve beynin oksijensiz kalması sonucu olaydan otuz beş gün sonra hastanede vefat ettiği olayda”, ölüm neticesi öngörülebilir olmadığından failin kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerekir²⁰³. Mağdurdaki mevcut rahatsızlığı bilen fail yönünden ölüm neticesi öngörülebilir olmakla birlikte TCK md. 86/2 kapsamında kalan bir yaralama varsa, bu durumda fail, suç tipine özgü bir tehlike yaratmamış olacağından TCK md. 87/4’deki suçun tipikliği gerçekleşmemiş olacaktır. Dolayısıyla bu durumda ancak taksirle öldürme söz konusu olabilir. Örneğin, sanığın kalp hastası olduğunu bildiği babasına yumruk attığı ve kronik kalp rahatsızlığı bulunan babanın fenalaşarak bir süre sonra öldüğü olayda, sanık ancak taksirle öldürmeden cezalandırılabilir²⁰⁴.

Yargıtay’ın genel görüşü, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralamanın, mağdurda önceden mevcut rahatsızlık ile birleşerek ölümüne

²⁰² Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 234-235.

²⁰³ Bu olayda yerel mahkeme, *taksirle öldürme* suçundan hüküm kurmuş; Ceza Dairesi ise *kasten yaralama sonucu ölümüne neden olma* suçunun oluştuğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Bir Daire üyesi ise sanığın TCK md. 86/2 ve 86/3-e kapsamında *kasten yaralama* suçundan cezalandırılması gerektiği yönünde karşı oy kullanmıştır. Yerel Mahkemenin direnme kararı üzerine Ceza Genel Kurulu, sanığın eyleminin TCK md. 86/2 kapsamında kalması nedeniyle TCK md. 87/4’ün uygulanamayacağını; ancak öldürme kastı ile hareket etmeyen sanığın kendisinden on dokuz yaş büyük olan 61 yaşındaki öleni itekleyerek başına yumruk atıp, kontrol kalemi ile şiddetli biçimde vurarak yaralamak suretiyle kalp krizi geçirebileceğini öngördüğü, fakat ölüm neticesini istemediği gerekçesiyle yerel mahkemenin direnme kararını isabetli bulmuştur. YCGK, E. 2014/218, K. 2016/256, 10.05.2016, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>). Bu kararda, kalp rahatsızlığı olduğu bilinmeyen 61 yaşındaki bir kişiye yumruk atıp kalemle vurmak şeklindeki eylemin kalp krizine neden olabileceği hususunun öngörülebilir kabul edilmesi bizce isabetli değildir.

²⁰⁴ Yargıtay yerleşik içtihadından ayrılarak bu olayda sanığın eyleminin TCK md. 87/4 kapsamında kaldığını kabul etmiştir. Y. 12. CD, E. 2013/11317, K. 2014/4645, 25.02.2014 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

neden olması durumunda fail, bu rahatsızlığı bilmiyorsa taksirle öldürme, biliyorsa bilinçli taksirle öldürme suçunun oluşacağı yönündedir²⁰⁵. Halbuki ölüm neticesinin öngörülebilir olmaması, bu neticenin faile isnat edilebilirliğini ortadan kaldıran bir durumdur. Dolayısıyla bu durumda taksirle öldürme suçundan cezalandırma da mümkün değildir; fail, ancak kasten yaralama suçundan cezalandırılabilir²⁰⁶. Yargıtay'ın bu tutumu, haklı olarak öğretilde eleştirilmektedir²⁰⁷.

TCK md. 86/2 kapsamına girmeyen bir yaralama eylemi, ölüm tehlikesini artırmış ise – örneğin, silahla yaralama - bu durumda ölüm neticesi faile isnat edilebilir²⁰⁸. Mağdurdaki mevcut rahatsızlığı bilmesine karşın bu tür bir eylemi gerçekleştiren fail yönünden kasten öldürme suçunun oluşması da ihtimal dahilindedir.

²⁰⁵ “...kalp hastası olduğunu bildiği maktul ile kavgaya tutuşan, bu eylemi sonucunda kavganın yarattığı efor ve stres ile maktulün kalp krizi geçirmesi üzerine bir kişinin ölümüne neden olan sanık hakkında, 5237 sayılı Kanun'un 85 inci maddesinin birinci fıkrası, 22 nci maddesinin üçüncü fıkrası ve 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca 3 yıl 4 ay hapis cezası cezalandırılmasına ilişkin esas mahkemenin kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.” Y. 12. CD, E.2023/381, K. 2023/5191, 28.11.2023. “Sanığın TCK'nin 86/2. maddesi kapsamında bir darbesi sonucu maktulün kendisinde mevcut kalp hastalığına bağlı olarak öldüğü olayda, sanığın maktulün bu rahatsızlığını bildiğine dair delil de bulunmadığı dikkate alınarak TCK'nin 23, 22 ve 86/2. maddeleri yollamasıyla TCK'nin 85/1. maddesi uyarınca taksirle adam öldürme suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde basit yaralama suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi,...” Y. 1. CD, E. 2019/2441, K. 2019/3683, 10.09.2019, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

²⁰⁶ Yargıtay'ın bu yönde isabetli kararları da mevcuttur: “...sanığın ölenin kalp rahatsızlığını bildiğine dair bir delil bulunmaması; ayrıca, otopside haricen tarif edilen travmatik bulguların ölüm meydana getirecek nitelikte olmayıp basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 86/2. maddesinde tanımlanan kasten yaralama suçunu oluşturacağı” gerekçesiyle taksirle öldürme suçundan verilen mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Y. 12. CD, E. 2012/4070, K. 2014/13874, 05.06.2014, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

²⁰⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler*, 234-235; Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 234; Çınar, “Basit Tıbbi Müdahale,” 46.

²⁰⁸ Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 158.

IV. SUÇUN İHMALİ HAREKET İLE İŞLENMESİ HALİNDE NEDENSELLİK VE OBJEKTİF İSNADİYET

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu, ihmali hareket ile de işlenebilir²⁰⁹. Hukuken yükümlülük altında bulunan (garantör) fail, kasten yaralama suçunu ihmali hareket ile işleyerek doğrudan ölüme neden olabileceği gibi icrai hareket ile işlenen kasten yaralamaya engel olmamak suretiyle de ölüme neden olabilir²¹⁰. Suçun ihmali hareket ile işlendiği hallerde de öncelikle ihmal ile ölüm arasında nedensellik olup olmadığı incelenmeli; daha sonra objektif isnadiyet ve tehlike bağlantısı araştırılmalıdır.

Görünüşte ihmal suçlarında netice, tipikliğin objektif unsurlarına dahil olduğundan failin ihmali hareketi ile netice arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir. İcrai suçlarda fail eylemi gerçekleştirmeseydi, netice meydana gelmezdi denilebiliyorsa, eylem ve netice arasında nedensellik bağı olduğu kabul edilmektedir. Ancak ihmali suçlarda, gerçekleştirilmeseydi neticenin meydana gelmeyeceği icrai bir hareketin varlığından bahsetmek mümkün olmadığı için sadece varsayım yoluyla ulaşılabilen nedensellik benzeri (*Quasi-Kausalität*) bir durumdan bahsedilebilir²¹¹. Bu sebeple ihmalin nedenselliği açısından şart teorisinin formülü değiştirilerek kullanılır ve “fail, hukuken gerçekleştirmekle yükümlü olduğu eylemi gerçekleştirseydi (ihmal etmeseydi), netice yine de meydana gelir miydi?” sorusu sorulur²¹². Öğretide hakim görüş olan ve Federal Mahkemenin de kabul ettiği “Önlenebilirlik Teorisi”ne (*Vermeidbarkeitstheorie*) göre, ihmal edilen hareket yapılsaydı, netice kesinlik sınırında bir olasılıkla gerçekleşmeyecekti denilebiliyorsa, ihmali hareketin nedensel olduğu kabul edilir²¹³. Aksi takdirde yükümlülüğe uygun

²⁰⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 233; Koca ve Üzülmmez, “Kasten Yaralama,” 809; Kaymaz, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, 82-83; Özbek, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar,” 242; Gökçen ve Balcı, “Kasten Yaralama,” 396.

²¹⁰ Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 281 kn. 35.

²¹¹ Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 298 kn. 29; Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 26 kn. 887. Bu nedenle öğretide ihmalin nedenselliğine “varsayımsal nedensellik” ya da “nedensellik benzeri” veya “adeta nedensellik” de denilmektedir. Bkz. Akbulut, “Nedensellik Bağı,” 242-243; Başer, *Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet*, 118.

²¹² Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 299 kn. 29; Gropp, *Allgemeiner Teil*, 496 kn. 161-162; Başer, *Nedensellik Bağı ve Objektif Isnadiyet*, 118-120; Koca ve Üzülmmez, *Genel Hükümler*, s. 402.

²¹³ Akbulut, “Nedensellik Bağı,” 242; Hakeri, *Genel Hükümler*, 207; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 211; Koca ve Üzülmmez, *Genel Hükümler*, 403; Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 299 kn. 31; Heinrich, *Allgemeiner Teil*, § 26 kn. 889; BGH, 09.03.2022 - 4

davranılsaydı bile aynı tipik neticenin meydana gelmesi ihtimal dahilinde ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince netice faile isnat edilemez²¹⁴. Öğretide azınlıkta kalan “Riskin Azaltılması Teorisi”nde (*Risikoverminderungslehre*) ise, failin ihmali davranışının, neticeyi kesinlik sınırında önleyecek olması şartı aranmaz; neticenin gerçekleşme riskini azaltacak olması yeterlidir. Örneğin, yaralanan hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmayan hekim yönünden; tıbbi müdahale yapılsaydı, yaralının kurtulma ihtimali varolmakla birlikte bu ihtimal, kesinliğe yakın değilse önlenebilirlik teorisine göre nedensellik bağı kurulmamış sayılacaktır. Aynı durumda riskin azaltılması teorisine göre, hekimin müdahalesi, yaralının yaşama şansını artıracığından, başka bir deyişle ölüm riskini azaltacağından nedensellik bağı kurulmuş sayılacaktır. Riskin azaltılması teorisi, ihmali davranıştan doğan sorumluluğun sınırlarını genişlettiği, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması gerekliliğini gözardı ettiği ve ihmal suçlarını tehlike suçlarına dönüştürdüğü gerekçesiyle eleştirilmektedir²¹⁵. Önlenabilirlik teorisi ise *kesinlik sınırında olasılık* kavramının belirsizliği nedeniyle eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu nedenle ölüm neticesinin söz konusu olduğu bir durumda, fail yükümlü olduğu eylemi gerçekleştirseydi, kesinliğe yakın bir olasılıkla mağdurun hayatı kurtulmuş olacaktı ya da *önemli ölçüde yaşam süresi uzayacaktı* denilebiliyorsa nedensellik bağlantısının mevcut olduğu kabul edilmektedir²¹⁶. Aksi takdirde yükümlü olunan eylem gerçekleştirilseydi bile aynı netice (örneğin, ölümün başka şekilde gerçekleşmesi) ya da aynı ağırlıkta bir başka değer kaybı meydana gelecekse nedensellik bağlantısı reddedilecektir²¹⁷. Önlenabilirlik teorisinin içtihatlardaki bu yorumu, riskin azaltılması teorisine yaklaştığını göstermektedir²¹⁸. Nitekim hekim örneğinde, hekimin müdahalesi yaşam

StR 200/21 §§ 16, 17 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>). “...*acil servise ilk müracaatında yapılan dahiliye konsültasyonunda interne edilerek hastanede uygun tedavisinin yapılıp diabetin metabolik komplikasyonlarına yönelik tedavisinin yapılması durumunda da hastanın kurtulmasının kesin olmadığına bildirilmesi karşısında... ölüm olayı ile sanık doktorun eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığı...*” yönündeki Yargıtay kararı, önlenebilirlik teorisini desteklemektedir. Y. 12. CD, E. 2014/19253, K. 2015/10009, 08.06.2015, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

²¹⁴ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 403.

²¹⁵ Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 36 kn. 1125; Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 19 kn. 1207; Akbulut, “Nedensellik Bağı,” 242-243.

²¹⁶ Krey ve Esser, *Allgemeiner Teil*, § 36 kn. 1123

²¹⁷ Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 19 kn. 1207.

²¹⁸ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (München: C. H. Beck, 2003), 644 kn. 49.

süresini uzatacağı için önlenebilirlik teorisine göre de nedensellik bağlantısı var sayılacaktır.

Bir annenin çocuğunu beslememesi ve bakımını ihmal etmesi sonucunda çocukta atrofi gelişmesi ve bunun da boğularak ölümüne neden olması durumunda²¹⁹, kanundan doğan yükümlülüğü nedeniyle garantör konumunda olan anne, ihmali davranış ile çocuğunun sağlığını bozarak kasten yaralamaya ve bu yaralamaya bağlı olarak da ölümüne neden olmuş olur²²⁰. Anne çocuğunu beslemiş olsaydı, ölüm kesinliğe yakın bir olasılıkla (*başka sebepler nedeniyle ölüm olasılığı her zaman bulunmaktadır*) gerçekleşmeyecekti; dolayısıyla ihmali davranış ile ölüm arasında nedensellik bulunmaktadır. Bir çocuğu aç ve bakımsız bırakarak sağlığını bozmak, ölüm tehlikesini içinde barındıran yaralama niteliğinde olduğundan tehlike bağlantısı da gerçekleşmiştir ve anne, TCK md. 87/4'e göre cezalandırılabilir²²¹.

Yargıtay'ın ihmali davranış ile kasten öldürme suçunun oluştuğuna karar verdiği bir olayda²²², sanık, ölenin sağ koluna uyuşturucu maddeyi kendisi enjekte etmiş; enjeksiyon sonrası ölenin fenalaşması üzerine elini ve yüzünü yıkayarak yatağa yatırmış; ayılması için limon tuzunu kaynatarak şırıngayla ölenin koluna enjekte etmiştir. Gece uyurken kontrol ettiğinde nefes aldığını görmüş; ancak olay günü öğle saatlerinde kalktığında ölü olarak bulmuştur. Yargıtay, “...*uyuşturucunun ölenin isteği üzerine sanık tarafından ölenin koluna enjekte edildiği, sanığın bu davranışının ölenin hayatı için tehlikeli bir durum oluşturduğu, ayrıca enjeksiyon sonrası ölen fenalaştıktan ve beyanlara göre kendinden geçtikten sonra... sanığın ambulansa ve kolluk görevlilerine*

²¹⁹ BGH, 20.07.1995 - 4 StR 129/95'de atıf yapılan BGH MDR/H 1982, 624, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>); Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele, *Allgemeiner Teil*, 282 kn. 35; Köhler, *Beteiligung und Unterlassen*, 167 dn. 860.

²²⁰ Sanığın bir partide içinde Gama-Butirolakton (GBL) bulunan bir şişeyi gözetimsiz bırakması ve sarhoş durumdaki mağdurun bunu tüketmesi sonucu sağlık durumunun giderek kötüleşmesi ve hayatını kaybetmesi şeklinde gelişen olayda; sanığın kasten yaralama suçunu, tipik neticeyi önleme imkanı bulunmasına karşın yükümlülüğünü ihlal ederek neticeyi önlememek suretiyle ihmali davranış ile işlediği; öngelen tehlikeli davranışı ile garantör durumunda olan sanığın hayati tehlike arz eden bir duruma neden olması ve bunun sonucunda ölümün gerçekleşmesi halinde, ölüm neticesinin isnat edilebilirliğini ortadan kaldıran genel sebepler bulunmadığı sürece özel tehlike bağlantısının gerçekleşmiş sayılacağı ve ölümle sonuçlanan ihmal suretiyle yaralama suçundan cezalandırılabileceğine dair bkz. BGH, 22.11.2016 - 1 StR 354/16 §§ 13, 22, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>).

²²¹ Aynı yönde Koca ve Üzülmüş, “Kasten Yaralama,” 809.

²²² Y. 12. CD, E.2017/1521, K. 2018/11112, 22.11.2018 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen ve kendisinin eyleminden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp bu imkanı kullanmadığı” gerekçesiyle sanığın eylemini kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi olarak kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin taksirle öldürme suçundan mahkumiyet kararının bozulmasına karar vermiştir. Bu olayda sanık, maktule uyuşturucu enjekte etmek suretiyle TCK md. 86/1 kapsamında sağlığının bozulmasına neden olmuş ve icrai davranış ile kasten yaralama suçunu işlemiştir. Ölüm neticesi, kasten yaralamanın tehlikesine bağlı olarak uyuşturucu madde intoksikasyonu sonucunda meydana gelmiştir. Olayda sanık, uyuşturucu enjekte etme şeklindeki öngelen tehlikeli eylemi nedeniyle neticeyi önleme yükümlülüğü altındadır ve tehlikeyi ortadan kaldırmak üzere tıbbi yardım sağlaması gerekirken bu yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihmali davranış ile ölüme neden olmuştur. Olayda tıbbi yardım sağlanması durumunda neredeyse kesin olarak maktulün hayatının kurtarılabileceği tespit edilmişse, ihmali davranış ile ölüm arasında nedensellik bağlantısı kurulmuş olacaktır. Objektif isnadiyet yönünden; sanık bizzat uyuşturucu maddeyi maktulün koluna enjekte ettiği için fiil hakimiyetini elinde bulundurmaktadır ve sorumluluk ilkesi bakımından maktulün kendisini somut ölüm tehlikesine maruz bırakan eylemlere rıza göstermesi mümkün olmadığından sanığın maktule uyuşturucu enjekte etmesi, rıza ile bile olsa eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır²²³. Sanığın ölüm tehlikesini öngörmesine rağmen, maktule limon tuzu enjekte ederek elini, yüzünü yıkaması ve kendi evinde yatağa yatırması, gece kalkarak durumunu kontrol etmesi, ölüm neticesini istemediğini ve maktulün bir süre sonra ayılacağı düşüncesiyle hareket ettiğini, başka bir deyişle bilinçli taksirle ölüme neden olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla failin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunu ihmali hareketle işlediği kabul edilmesi gerekirken, öldürme kastının bulunduğu kabul edilerek TCK md. 83’e göre cezalandırma yoluna gidilmesinin hatalı olduğu düşüncesindeyiz.

Görünüşte ihmal suçlarında, hukuken neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan (garantör) fail, neticenin gerçekleşmesine kendisi neden olmamış olsa bile engellemediği neticeden dolayı sorumlu tutulur. Garantör failin, ihmali davranışıyla suça iştirak ettiği bu tür durumlarda, ihmali

²²³ Bkz. dn. 120-121.

davranış ile ölüm neticesi arasındaki özel tehlike bağlantısının hangi durumda varsayılacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ölüm neticesinin garantör faile isnat edilebilmesi için ihmali davranışının ölüm tehlikesi yaratması ya da var olan ölüm tehlikesini önemli ölçüde artırmış olması gerekmektedir²²⁴. Öldürücülük teorisine dayanan diğer görüşe göre ise, icrai hareketle gerçekleştirilen yaralamanın ölümcül olması ve garantör failin bu ölümcül yaralamayı önlememiş olması gerekmektedir. Öldürücülük teorisine göre kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu icrai hareket ile işlendiğinde kasten yaralamanın ölüme yol açabilecek nitelikte olma şartı arandığına göre, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi (TCK md. 83/2, 88; Alm. CK md. 13/1) için de ölüme yol açabilecek nitelikte bir yaralamanın önlenmemiş olması gerekmektedir²²⁵.

Federal Mahkemenin kararına konu bir olayda; baba, 10 Ocak günü 5 yaşındaki çocuğunu ağır şekilde yaralamış; yaralama nedeniyle çocuğun bağırsakları zedelenmiş, karnında sıvı birikmiş ve vücut fonksiyonları bozulmuştur. 12 Ocak sabahı babası tarafından getirildiği hastanede hayatını kaybetmiştir. Bilirkişiye göre, çocuğun kötüleşen durumu, tıp bilgisi olmayan herhangi bir kişi tarafından 11 Ocak günü farkedilebilirdi ve müdahale edilseydi, çocuk kurtulabilirdi²²⁶. Bu olayda ilk derece mahkemesi, kesinliğe yakın bir olasılıkla ölümü önleyebilecek tıbbi yardımı sağlamadığı gerekçesiyle annenin, taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasına karar vermiş; savcılık ihmali davranış ile kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun oluştuğu gerekçesiyle temyiz yoluna başvurmuştur. Federal Mahkeme ise sanık annenin, çocuğun ağrısını dindirmek üzere tıbbi yardıma

²²⁴ Küpper, *Unmittelbarkeit und Letalität*, 628; Helmut Satzger, “Körpverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge,” JURA - Juristische Ausbildung 39, no. 8 (2017): 992; Scarlett Jansen, “Anforderungen an eine Körpverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 130, no.4 (2018): 1089; Vogel ve Bülte, “§ 18,” 1339 kn. 63; Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, 114. Garantör failin TCK md. 87/4 kapsamında cezalandırılabilmesi için failin icrai hareketinin değil, garantör olan failin ihmali hareketinin ölüm tehlikesini içermesi gerektiğine dair aynı yöndeki görüş için bkz. Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 70-71.

²²⁵ Küpper, *Unmittelbarkeit und Letalität*, 628; Küpper ve Börner, *Besonderer Teil 1*, 74 kn. 35; Vogel ve Bülte, “§ 18,” 1339 kn. 63. Ölüm neticesinin meydana geldiği yaralamada, yükümlülüğe aykırı olarak önlenmeyen yaralamanın ölümcül olduğu durumlarda ihmali hareketi gerçekleştiren failin ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler*, s. 210.

²²⁶ BGH, 20.07.1995 - 4 StR 129/95, (<https://research.wolterskluwer-online.de/>).

başvurmamasını ihmal suretiyle kasten yaralama olarak değerlendirmiş, ancak ihmal ile ölüm arasında doğrudan bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle Alm. CK md. 227'nin uygulanamayacağına karar vermiştir. Annenin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan cezalandırılabilmesi için bizzat ihmali davranışının ölüm tehlikesi yaratması gerekmektedir²²⁷. Ağrının dindirilmemesi ise ölüm tehlikesini içinde barındıran bir yaralama değildir. Bu olayda çocuğun sağlık durumundaki kötüleşme anne tarafından farkedildiğinde yaralamanın neticesi ortaya çıkmış durumdadır. Dolayısıyla ölüme yol açan tehlike, annenin ihmalden kaynaklanan tehlike değil, babanın gerçekleştirdiği yaralamadan kaynaklanan tehlikedir. Federal Mahkemenin bu kararı esas alınır, icrai davranışın ölüm tehlikesini meydana getirdiği bir durumda, ihmali davranışın sağlık durumunda daha fazla kötüleşmeye yol açmış olması, tehlike bağlantısı için yeterli kabul edilemeyecek²²⁸; ölüm tehlikesi ortaya çıkmadan önce mağduru bulan garantör failin, duruma müdahale etmemek suretiyle ölüm tehlikesini yaratmış olması şartı aranacaktır²²⁹. Ancak Federal Mahkeme sonraki tarihlerde verdiği bir başka kararında, babanın kötü muamelesine maruz kalarak hayatını kaybeden bebeğin çığlıklarını duyan ve yaralama eyleminin ölümle sonuçlanabileceğini bilmesine karşın yine de müdahale de bulunmayan annenin, ihmal suretiyle işlenen ölümle sonuçlanan yaralama suçundan (Alm. CK md. 227, 13) cezalandırılabilmesine karar vermiştir²³⁰. Bu karar esas alındığı takdirde, ihmali davranış gerçekleştiren garantör failin, icrai hareket de bulunan failin ölüme yol açan şiddet eylemlerini önlemediği her durumda, ihmal ile ölüm neticesi arasında özel tehlike bağlantısı varsayılacaktır.

²²⁷ BGH, 20.07.1995 - 4 StR 129/95 § 11. Ölüm tehlikesi ortaya çıkmış iken sağlık durumuna müdahale etmemek suretiyle gerçekleştirilen ihmali hareketin tehlikesinin daha büyük olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Jansen, "Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge," 1095.

²²⁸ Otto'ya göre, sağlık durumundaki kötüleşmeye engel olmamak da kasten yaralama suçunu oluşturduğundan, yaralamanın özel tehlikesi, çocuğun ölümünün engellenmemesinde yatmaktadır ve olayda ihmali yarattığı bu özel tehlike gerçekleşmiştir, bu nedenle ölüm neticesi garantör faille isnat edilebilir. Bkz. Otto, *Die einzelnen Delikte*, 87 kn. 11.

²²⁹ Jansen, "Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge," 1095.

²³⁰ BGH, 26.01.2017 - 3 StR 479/16 § 10, (<https://juris.bundesgerichtshof.de/>); Wessels, Beulke ve Satzger, *Allgemeiner Teil*, § 19 kn. 1208; Jansen, "Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge," 1094.

SONUÇ

Kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçu, TCK md. 87/4’de neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç tipi olarak düzenlendiğinden kasten yaralama ile ölüm neticesi arasındaki ilişki, normun koruma amacına uygun olarak genel kurallara nazaran daha kısıtlayıcı bir yoruma tabi tutulmalıdır. Bu itibarla *tamamlanmış* kasten yaralama suçu ile ölüm neticesi arasında nedensellik ve objektif isnadiyetin yanı sıra suç tipine özgü tehlike bağlantısı da bulunmalıdır. Türk ve Alman öğretisinde hakim görüş, nedenselliğin şart teorisi ile belirlenmesini ve objektif isnadiyet teorisi ile sınırlandırılmasını kabul etmektedir. Yargıtay ise genel olarak nedensellik ve objektif isnadiyet ayrımı yapmamakta ve objektif isnadiyet kapsamındaki meseleleri de nedensellik bağlamında ele almaktadır. TCK md. 87/4 ile ilgili verdiği kararlarda ise tipik tehlike bağlantısına hemen hemen hiç değinmemekte; adli tıp raporlarında belirtilen olayla ölüm arasında tıbben nedensellik bağının bulunduğu yönündeki tespiti yeterli görmektedir.

Objektif isnadiyet teorisine göre neticenin faile isnat edilebilmesi için failin hukuken onaylanmayan (izin verilmeyen) bir tehlike (risk) yaratmış olması ve bu tehlikenin neticede gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da failin, temel suç tipine özgü bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin özel neticede ortaya çıkması gerekmektedir. İki formül arasındaki benzerlik, suç tipine özgü tehlike bağlantısının, objektif isnadiyet kapsamında ele alınmasının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Kanaatimizce TCK md. 87/4 açısından, objektif isnadiyet teorisinin “hukuken onaylanmayan tehlike yaratma” şartının yerini, “suç tipine özgü tehlike yaratma” şartı almaktadır; zira fail, kasten yaralama suçunu işleyerek zaten hukuken onaylanmayan bir tehlikeyi yaratmıştır. Bu noktada suç tipine özgü tehlike yaratma şartı, objektif isnadiyet teorisinin hukuken onaylanmayan tehlike yaratma şartının özel bir biçimini oluşturmakta ve teorisinin uygulama alanını kısıtlamaktadır. TCK md. 87/4 kapsamında yaralama suç tipine özgü tehlike, yaralamanın neticesinin *belli bir ağırlığa ulaşması* (TCK md. 86/1, 3 ve 87/1, 2, 3) ve *bu itibarla ölüme yol açabilir olmasıdır*. Kanun koyucu, TCK md. 86/2’ye göre etkisi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek hafif yaralamaları, TCK md. 87/4 kapsamına almayarak normun koruma amacına uygun bir kısıtlamayı getirmiştir. Bu nedenle failin eylemi, TCK md. 86/2 kapsamına giren bir yaralama ile sonuçlanmış ve bu yaralama ölüme neden olmuş ise, TCK md. 87/4’deki suç

tipinin objektif unsurları da oluşmayacaktır. Böyle bir durumda failin ancak taksirle öldürmeden cezalandırılması söz konusu olabilir.

“Suç tipine özgü tehlike yaratma” şartı, *ex ante* bir değerlendirme ile yaralama suçunun tamamlanma anına kadar mevcut olan ve öngörülebilir nitelikteki koşullar nazara alınarak tespit edilmelidir. Suç tipine özgü tehlike bağlantısının değerlendirilmesinde Federal Mahkemenin “*Tabanca Darbesi*” kararı²³¹, önemli bir örnek oluşturmaktadır. Bu olayda failin yaralama kastıyla mağdurun başına tabancasının kabzası ile vurması sonucu oluşan yaralamanın, TCK md. 86/2 kapsamında olduğu tespit edilirse, tabancanın ateş alması sonucu ölümün meydana gelmesi durumunda *suç tipine özgü bir tehlike yaratılmamış* olacaktır. Her ne kadar tabancanın ateş alma ihtimali objektif olarak öngörülebilir olsa da, bu durum ancak objektif isnadiyet teorisinin “hukuken onaylanmayan bir tehlike yaratma” şartı kapsamında değerlendirilebilir. Diğer taraftan tabanca darbesi TCK md. 86/1 kapsamında bir yaralamaya neden olmuşsa, bu durumda suç tipine özgü bir tehlike yaratıldığı, ancak bu defa da *tehlikenin neticede gerçekleşmediği* kabul edilmelidir; zira ölüm, TCK md. 86/1 kapsamındaki yaralamanın tehlikesi olarak değil, ateş alan silahın tehlikesi olarak ortaya çıkmış olacaktır. Bu durumda silahla kasten yaralama ve bilinçli taksirle öldürme hükümleri uygulanmak suretiyle ölüm neticesinin isnat edilmesi mümkün olabilir. Olaya nedensellikte sapma yönünden bakılırsa, ancak yaşam deneyimlerine göre öngörülebilirlik sınırları içinde kalan ve fiilin farklı biçimde değerlendirilmesini haklı kılmayan sapmalar, önemsiz sapma niteliğindedir ve failin kastı kapsamında kabul edilir. Eğer “tabancadan çıkan kurşunla yaralama” önemsiz sapma olarak değerlendirilip failin kastı kapsamında kabul edilirse, bu tür bir yaralama, suç tipine özgü tehlikeyi yaratacak ağırlıktadır ve bu tehlike ölüm neticesi olarak gerçekleşmiş olacaktır²³²; dolayısıyla fail TCK md. 87/4’e göre cezalandırılabilir. Kanaatimizce bazı yazarların²³³ savunduğunun aksine, meydana gelen netice itibarıyla “tabancadan çıkan kurşunla yaralama” ile “tabanca darbesi ile yaralama” eşdeğer kabul edilemez ve önemsiz sapma olarak nitelendirilemez. Bu nedenle bu olayda

²³¹ Bkz. dn. 103.

²³² Eisele, *Besonderer Teil I*, § 14, kn. 373.

²³³ Krey, Heinrich ve Hellmann, *Besonderer Teil I*, § 3 kn. 300.

nedensellikte sapma kuralları yönünden de TCK md. 87/4'ün uygulanması mümkün değildir.

Suç tipine özgü tehlikenin özel neticede gerçekleşip gerçekleşmediği, objektif isnadiyet teorisinin kriterleri bağlamında değerlendirilmelidir. Zira bu kriterler, sorumluluğun sınırlandırılması konusunda yeterli dayanak sağlamaktadır. Örneğin, Federal Mahkeme, yaralanan mağdurun alkol bağımlılığı nedeniyle hastanede kalmayı reddettiği ve bunun sonucunda öldüğü olayda, olay akışının genel yaşam deneyimleri dışına çıkmadığı gerekçesiyle yaralama suç tipine özgü tehlikenin neticeye yansıdığını ve ölümle sonuçlanan yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmişse de²³⁴; bu olayda objektif isnadiyet teorisi, sorumluluk ilkesi gereğince ölüm neticesinin faille isnat edilebilirliğini engellemektedir. Sorumluluk ilkesinden türetilen kriterler, mağdurun veya üçüncü kişinin nedensellik akışına dahil olduğu durumlarda failin sorumluluk alanının belirlenmesinde yol gösterici niteliktedir. Sorumluluk ilkesi, mağdurun bilinçli olarak ve isteyerek kendisini tehlikeye düşürdüğü durumlarda mağdurun bu eylemine iştirak eden kişiyi sorumlu tutmamaktadır. Bunun sebebi, ceza kanunlarındaki öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin hükümlerin, hukuki menfaat sahibini, kendisinden gelen tehlikelere karşı değil, üçüncü kişilerin yarattığı tehlikelere karşı koruma amacını gütmesidir. Sorumluluk ilkesinin uygulanabilmesi için mağdurun tehlikeli durum üzerinde tek başına fiil hakimiyetinin bulunması gerekmektedir. Fiil hakimiyetinin üçüncü kişide olduğu ya da müşterek hakimiyetin olduğu durumlarda mağdur kendi isteğiyle hareket etmiş olsa bile, eyleme iştirak eden üçüncü kişi, fail olarak sorumlu tutulabilecektir. Bu nedenle bir uyuşturucu satıcısından uyuşturucu madde alarak kullanan ve hayatını kaybeden kişinin ölümü, uyuşturucu maddeyi satan kişiye isnat edilemez; bu kişi ancak TCK md. 188/3 kapsamında fail olarak sorumlu tutulabilir. Diğer taraftan saflık derecesi yüksek bir uyuşturucu maddeyi bu özelliğini bilmeyen mağdura satan ya da bağımlılık derecesinin yüksek seviyede olduğunu bildiği mağdura, aşırı dozda tüketebileceğini bilmesine karşın bu uyuşturucu maddeyi sağlayan veya birlikte kullandıkları eroini bizzat mağdurun koluna enjekte eden kişi, fiil hakimiyetine sahip olduğu için uyuşturucu madde kullanımı sonucu sağlığı bozulan ve bunun neticesinde hayatını kaybeden mağdurun ölümünden TCK md. 87/4 kapsamında sorumlu

²³⁴ Bkz. dn. 163.

tutulabilecektir. Bu tür olaylarda somut ölüm tehlikesi ortaya koyan bir yaralama söz konusu olduğu için mağdurun rızasına geçerlilik tanınması da mümkün değildir.

Yaralanan mağdurun makul bir gerekçe olmaksızın tıbbi tedaviyi reddettiği durumlarda, ölüm neticesine yol açan tehlike, mağdurun kendi isteğiyle ve kendi sorumluluğunda almış olduğu kararın yarattığı bir tehliktir ve mağdurun sorumluluk alanına dahildir. Diğer taraftan yaralanma sonucu tıbbi müdahaleye tabi tutulan mağdur, bu tıbbi müdahalenin olağan riskleri (örneğin kan kaybı) neticesinde ölmüş ise, bu riskler, failin yarattığı yaralamaya özgü tehlikeye dahil kabul edilmelidir. Aynı şekilde ölüm riskinin bulunduğu bir ameliyatı reddeden mağdur da makul bir sebebe dayandığından kendi sorumluluğu ile hareket etmemektedir ve bu nedenle gerçekleşen ölüm, faile isnat edilebilir. Yine yaralanan mağdurun kaçmaya çalışırken pencereden düşmesi/atlaması ya da araba altında kalarak ölmesi gibi olaylarda, kaçma davranışı mağdurun özgür iradesine dayanmadığından ve bir panik tepkisi olduğundan, yaralamanın tipik tehlikesi kapsamında kabul edilmeli ve ölüm neticesi faile isnat edilebilmelidir. Diğer taraftan kendisine atılan bir taş nedeniyle aşırı tepki göstererek kaçan mağdurun ölümü, atipik bir neticedir ve olağan yaşam deneyimleri dışında kaldığından ve öngörülebilir olmadığından faile isnat edilemez.

Üçüncü kişinin nedensellik akışına dahil olduğu durumlarda, araya giren eylemin kasten veya taksirle gerçekleştirilmesine göre ayırım yapılmaktadır. Bu noktada failin kast ya da taksiri dikkate alınmadığı için tipikliğin subjektif unsuruna geçilmemekte, isnadiyet değerlendirmesi objektif bir nitelik taşımaktadır. Üçüncü kişi, failin yarattığı tehlike ile bağlantılı olmakla birlikte kendi sorumluluğu ile hareket ederek öngörülemeyen yeni bir tehlike yaratmış ise, bu tehlikeden doğan netice faile isnat edilemez. Ancak failin eyleminin, kendi eyleminden sonra araya giren üçüncü kişinin aynı neticeye yönelik eylemi için bir şart teşkil ettiği durumlarda failin sorumluluğu devam eder. Üçüncü kişinin taksirli müdahalesi ise, kural olarak, isnadiyet bağlantısını kaldırmaz. TCK md. 87/4 açısından bu durumun tipik örneği, yaralanan mağdurun, tıbbi hata sonucu ölmesidir. Kasten yaralama ile ölüm neticesi arasındaki isnadiyet bağlantısı, ancak ağır bir tıbbi hata söz konusu ise ortadan kalkar.

Çalışmamızda yer verdiğimiz son konu başlığı, TCK md. 87/4'deki suçun ihmali hareketle işlenmesidir. Garantör fail, kasten yaralama suçunu ihmali hareket ile işlemek suretiyle ölüme neden olmuş olabilir, ya da icrai hareket ile işlenen kasten yaralama suçuna ihmali hareket ile iştirak etmiş olabilir. Her iki durumda da öncelikle nedensellik bağlantısı araştırılmalıdır. Garantör fail, ihmal ettiği hareketi yapsaydı, ölüm neticesi kesinlik sınırında bir olasılıkla gerçekleşmeyecekti ya da yaşam süresi uzayacaktı denilebiliyorsa, ihmali hareketin nedensel olduğu kabul edilir. Suç tipine özgü tehlike bağlantısı yönünden; garantör failin ihmali hareket ile işlediği kasten yaralamanın ölüme yol açabilir ağırlık ve nitelikte olması gerekmektedir.

Kanaatimizce garantör failin, icrai davranışla işlenen kasten yaralama suçuna ihmali davranış ile iştirak ettiği durumlarda da, ölüm neticesinin garantör faile isnat edilebilmesi için icrai hareket ile işlenen yaralamanın ölüme yol açabilecek nitelikte olması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim ihmali hareketi yapan garantör failin, icrai hareket ile yaralamaya bağlı olarak hayati tehlikenin ortaya çıktığı bir durumda hareketsiz kalması, icrai harekete eşdeğer bir haksızlık oluşturmaktadır. Böyle bir durumda tıbbi yardım sağlanması, her hâlükârda yaşam süresini uzatacak ise ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir. Diğer taraftan garantör failin müdahale imkanının oluştuğu noktada ölüm neticesini önleyebilecek ya da yaşam süresini uzatabilecek yardımın sağlanması mümkün değil ise, bu durumda ihmali hareketin nedenselliğinden söz edilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı.” *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, 209-296. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008.
- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Albayrak, Mustafa. “Kasten Yaralama Sonucu Oluşan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama ve Ölüm Halinde Faillerin Cezalandırılması Sorunu.” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 25 (Eylül 2008): 61-74.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Artuk, Mehmet Emin ve Erkam Yılmaz. “Basit Tıbbi Müdahalelik (BTM’lik) Yaralamalar ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Hükümlerinin Tatbiki Meselesi.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (2022): 263-310.
- Atalay, Osman. “5237 Sayılı TCK’nın 87/4. Maddesinde Düzenlenen Kasten Yaralama Sonucu Ölüm (Kastı Aşan Adam Öldürme).” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 117 (Mayıs 2016): 58-68.
- Balcı, Yasemin, Başar Çolak, Kağan Gürpınar ve Nurettin Nezih Anolay, ed., *Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi* (Haziran 2019), 8, <https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>.
- Başer, Zehra. *Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Baumann, Jürgen, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch*. Bielefeld: Ernst ve Werner Gieseking, 2021.
- BayObLG, 15. 09. 1989 - RReg. 1 St 126/89. “Zur Strafbarkeit eines HIV-Infizierten, der miteinander Minderjährigen, die die Infizierung kennt, ungeschützten Geschlechtsverkehr ausübt.” *JuristenZeitung* 44, no. 22 (1989): 1073-1074.
- Burgstaller, Manfred. “Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst.” İçinde *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Ed. Theo Vogler, 357-375. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.

- Centel, Nur. “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi.” *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu – Tıp Hukukunun Güncel Sorunları*, 181-208. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008.
- Çınar, İsmail. “Basit Tıbbi Müdahale ile Giderilebilecek Ölçüde Hafif (BTM’lik) Yaralamalar ile İlgili TCK m. 86/2 Düzenlemesinin Yol Açtığı Sorunlar.” *Terazi Hukuk Dergisi*, no. 211 (Mart 2024): 17-59.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Doğan, Koray. *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*. İstanbul: Der Yayınları, 2019.
- Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*. New York, San Francisco, Charlottesville: Lexis Publishing, 2001.
- Dülger, Murat Volkan, Merve Bakdur ve Onur Özkan. “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet.” *Ceza Hukuku Dergisi* 15, no. 44 (Aralık 2020): 747-787.
- Eisele, Jörg. *Strafrecht - Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2017.
- Engisch, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.
- Erdem, Mustafa Ruhan. “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1-2 (2004): 73-91.
- Erem, Faruk. “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 3 (1968): 1-21.
- Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı. “Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m. 87).” *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no. 2, (2015): 369-411.
- Gössel, Karl Heinz. “Objektif İsnadiyet ve Nedensellik.” Çeviren Zehra Başer Doğan. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 167-168 (2018): 239-260.
- Greco, Luís. “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem“ des Sonderwissens.” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117, no. 3 (2005): 519-554.
- Gropp, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2015.

- Grünewald, Anette. “§ 227.” İçinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, §§ 211-231, Band 11, Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönau ve Wilhelm Schluckebier, 706-724. Berlin: Walter de Gruyter, 2023.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Us-a Yayıncılık, 2021.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Hart, H. L. A ve Tony Honoré. *Causation in the Law*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- Heinrich, Bernd. “Das vorsätzliche Dazwischentreten des Täters in seine eigene Tat.” İçinde *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag*, Ed. Claudius Geisler, Erik Kraatz, Joachim Kretschmer, Hartmut Schneider ve Christoph Sowada, 171-186. Berlin: Walter de Gruyter, 2011.
- Heinrich, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2016.
- Hilgendorf, Eric ve Brian Valerius. *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*. Çeviren Salih Oktar. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- v. Hippel, Robert. *Deutsches Strafrecht Band 2*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 1971.
- Hirsch, Hans Joachim. “§ 227.” İçinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, §§ 223 bis 263a, Band 6, Ed. Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte ve Walter Odersky, 123-135. Berlin: Walter de Gruyter, 2005.
- Honig, R. “İllyet Nazariyesine Dair.” Çeviren Yavuz Abadan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2, (1936): 169-188.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Jansen, Scarlett. “Anforderungen an eine Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge.” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 130, no. 4 (2018): 1087-1103.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Kahlo, Michael. “Überlegungen zum objektiven Zusammenhang zwischen Grunddelikt und qualifizierender Folge bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten.” İçinde *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag - Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*, Ed. Hans-Ullrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel ve Rainer Zaczyk, 581-611. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.
- Kaymaz, Seydi ve Ali Emrah Bozbayındır. “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Yaralama Suçundan Sorumluluk ve Bu Konudaki Bazı Yargıtay Kararlarının

- Değerlendirilmesi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 68, no. 1-2 (2010): 77-119.
- Kaymaz, Seydi. *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Keyman, Selâhattin. “Tipiklik ve Ceza Hukuku.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37, no. 1 (Mayıs 1980): 59-105.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. “Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma (TCK m. 87/4).” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 1, (2013): 801-814.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Köhler, Christian. *Beteiligung und Unterlassen beim erfolgsqualifizierten Delikt am Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 I StGB)*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2000.
- Köhler, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 1997.
- Krey, Volker, Manfred Heinrich ve Uwe Hellmann. *Strafrecht Besonderer Teil 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2015.
- Krey, Volker ve Robert Esser. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2016.
- v. Kries, Johannes Adolph. “Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben.” *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12, (1888): 179-240, 287-323, 393-428.
- v. Kries, Johannes Adolph. “Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht.” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 9, (1889): 528-537.
- Kudlich, Hans. “§ 18.” İçinde *StGB: Strafgesetzbuch Kommentar*, Ed. Bernd von Heintschel-Heinegg, 142-150. München: C. H. Beck, 2015.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi (Hareket – Netice – Sebebiyet Alâkası)*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Kühl, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Franz Vahlen, 2008.
- Küpper, Georg. *Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.
- Küpper, Georg ve René Börner. *Strafrecht Besonderer Teil 1, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft*. Berlin: Springer-Verlag, 2017.

- Küpper, Georg. “Unmittelbarkeit und Letalität - Zum Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge.” İçinde *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Ed. Thomas Weigend ve Georg Küpper, 615-629. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.
- Lasson, Maximilian. “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung - Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik.” *Zeitschrift für das Juristische Studium*, no. 4 (2009): 359-368.
- Mueller, Gerhard O. W. “Causing Criminal Harm.” İçinde *Essays in Criminal Science*, Ed. Gerhard O. W. Mueller, 169-217. New York: New York University, 1961.
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlin: De Gruyter, 2004.
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*. Berlin: De Gruyter, 2005.
- Ömeroğlu, Ömer. “Ceza Hukukunda Nedensellik İlişkisi Üzerine (Teoriler Dışında Bir Bakış).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 1529-1582.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer. “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi.” *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 5 (Ağustos 2007): 47-71.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özbek, Veli Özer. “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar.” *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 4 (2007): 223-246.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Puppe, Ingeborg. “Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt - Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung.” *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, no. 6 (2007): 247-253.
- Rengier, Rudolf. *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil II - Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*. München: C.H. Beck, 2012.

- Roxin, Claus ve Luís Greco. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. München: C. H. Beck, 2020.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck, 2003.
- Saito, Seiji. “Die Zurechnung beim nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten.” *İçinde Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Ed. Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke ve Hans-Joachim Rudolphi, 261-269. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.
- Satzger, Helmut. “Die sog. ‘Retterfälle’ als Problem der objektiven Zurechnung.” *JURA - Juristische Ausbildung* 36, no. 7 (2014): 695-706.
- Satzger, Helmut. “Körperverletzung durch Unterlassen mit Todesfolge.” *JURA - Juristische Ausbildung* 39, no. 8 (2017): 992-992.
- Simester, Andrew P., J. R. Spencer, Findlay Stark, G.R. Sullivan ve G.J Virgo. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. Oxford - Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016.
- Staffler, Lukas. *Präterintentionalität und Zurechnungsdogmatik - Zur Auslegung der Körperverletzung mit Todesfolge im Rechtsvergleich Deutschland und Italien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.
- Sternberg-Lieben, Detlev. “§ 18.” *İçinde Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C. H. Beck, 2010.
- Strasser, Fedor. *Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- Stree, Walter. “BGH, 30. 06. 1982 — 2 StR 226/82 mit Anmerkung.” *JuristenZeitung* 38, no. 2 (1983): 73-76.
- Şare, Ersin. “Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma Suçu (TCK m. 87/4).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 43 (2020): 279-334
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Traeger, Ludwig. *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1904.
- Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmöz. “Alman ve Türk İçtihatlarında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama Suçunda Nedensellik ve Objektif İsnâdiyet.”

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 21, no. 1 (2015): 43-74.

Ünver, Yener. *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998.

Üzülmez, İlhan. *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Vogel, Joachim ve Jens Bülte. “§ 18.” İçinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1 bis 18, Band 1*, Ed. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönna ve Wilhelm Schluckebier, 1316-1349. Berlin: Walter de Gruyter, 2020.

Walter, Tonio. “Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.” İçinde *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Einleitung §§ 1-31, Band 1*, Ed. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann, 703-814. Berlin: De Gruyter, 2007.

Wessels, Johannes, Michael Hettinger ve Armin Engländer. *Strafrecht Besonderer Teil I: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*. Heidelberg: C. F. Müller, 2023.

Wessels, Johannes, Werner Beulke ve Helmut Satzger. *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau. Lehrbuch & Entscheidungen*. Heidelberg: C. F. Müller, 2023.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. London: Stevens & Sons, 1983.

KANUNA AYKIRI BİR UYGULAMA: HÜKMEN TUTUKLULUK HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

*A Practice Against Law: Consideration About Detention Based
Upon Conviction*

Önder TOZMAN*

ÖZ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 102. maddesinde tutukluluk süreleri sınırlandırılmıştır. Kanunda bu sürelerin kanun yolu evresi bakımından da geçerli olduğuyla ilgili bir açıklık yoksa da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde kovuşturma evresinin tanımı yapılırken bu evreye kanun yolu aşaması da dahil edilmiştir. Dolayısıyla Kanundaki tutukluluk süreleri ile ilgili sınırlama hüküm kesinleşinceye kadar geçerlidir. Tutukluluk süresi sona eren sanığın muhakemenin hangi aşamasında olursa olsun derhal salıverilmesi gerekir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12 Nisan 2012 yılında bunun aksine bir karar vermiş ve Kanundaki tutuklulukla ilgili sürelerin hesaplanmasında kanun yolu aşamasının dikkate alınmayacağını ifade etmiştir. Bunu yaparken de Kanunda olmayan bir kavram ortaya atmıştır: Hükmen tutukluluk/Hüküm özlü tutukluluk. Genel Kurul'un bu kararındaki yaklaşım hem bütün Yargıtay daireleri hem de bütün Bölge Adliye Mahkemelerince devam ettirilmiştir. Bu anlayışın temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılmasını emreden Anayasaya aykırı olduğu ve en temel ceza muhakemesi ilkelerinden olan masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle bu uygulamaya derhal son verilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Tutuklama Süreleri, Masumiyet Karinesi, Kanunla Düzenleme, Kanuna Aykırılık, Hükmen Tutukluluk.

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 03.11.2024.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 14.04.2025.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: onder.tozman@hacettepe.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6896-2191>, ROR ID: <https://ror.org/04kwvgz42>.

ABSTRACT

The periods of detention are limited in Article 102 of the Criminal Procedure Code (N. 5271). Although there is no clarification in the law regarding whether these periods are also valid for the appeal phase, the definition of the prosecution stage in Article 2 of the Criminal Procedure Code includes the appeal stage. Therefore, the limitation provision regarding the detention periods in the Law is valid until it becomes finalization of the judgment. The defendant whose detention period has ended must be released immediately, regardless of which stage the trial is in. However, the Assembly of Criminal Chamber of the Supreme Court made a different precedent with a decision dated April 12, 2012. Accordingly, the appeal stage will not be considered in the calculation of the detention periods in the Law. In doing so, it has introduced a concept that is not mentioned in the Law: Convicted detention/Verdict-based detention. It is clear that this understanding is not in line with the Constitution, which orders the limitation of fundamental rights and freedoms by law, and the presumption of innocence, which is one of the most basic principles of criminal procedure. Therefore, this practice must be stopped immediately.

Keywords: Detention Periods, Presumption of Innocence, Regulation by Law, Unlawful, Verdict-based Detention.

I-GİRİŞ

Ceza Muhakemesinin temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak bu amaca her türlü yolla değil ancak hukuka uygun toplanmış delillerle ve şüpheli ve sanığın temel hak ve özgürlüklerini koruyarak ulaşmak hukuk devleti olmanın gereğidir. Masumiyet karinesi ilkesi nedeniyle Ceza Muhakemesinde aslonan suçluluğu kesinleşmiş bir hükümle sabit olana kadar şüpheli ve sanığın masum addedilmesidir. Bunun sonucu olarak hem soruşturma hem kovuşturma evresinde şüpheli/sanık için gerçekleştirilecek ceza muhakemesi işlemleri onu baştan suçlu kabul ederek yapılamaz. Diğer bir anlatımla şüpheli ve sanık için uygulanacak işlemler ceza mahiyetinde olamaz. Elbette şüpheli ve sanığın iddia edilen suçu işleyip işlemediği hususunun ortaya çıkarılabilmesi için soruşturma ve kovuşturma organlarının yapabileceği bir çok işlem vardır. Ancak soruşturma ve kovuşturma organları özellikle şüpheli

ve sanığın temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran işlemler konusunda tamamen hukuki çerçevede hareket etmek zorundadırlar. Burada özellikle karşımıza ceza muhakemesi süresince şüpheli ve sanıklar için temel hak ve özgürlükleri en fazla sınırlandırma potansiyeli olan koruma tedbirleri çıkmaktadır. Koruma tedbirleri içerisinde de hiç kuşkusuz bu potansiyele en fazla sahip olan tedbir tutuklamadır. Bu nedenle de soruşturma evresinde Sulh Ceza Hakimleri kovuşturma evresinde Mahkemeler masumiyet karinesinin garantisi altında olan şüpheli ve sanığın temel hak ve özgürlüğüne ağır müdahale anlamına gelen tutuklama tedbirini uygularken koruma tedbirlerinin bütün koşullarına riayet etmekle yükümlüdürler. Bu koşulların en başında da kanunla düzenlenmiş olma gelmektedir. Zira Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması başlıklı 14. maddesinde sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceği emredilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinde de aynı husus vurgulanmıştır.

Ceza Muhakemesi uygulamamızda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) 12 Nisan 2011 tarihli kararıyla birlikte tutuklama süreleri ile ilgili olarak ceza muhakemesinin temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir anlayış ortaya çıkmıştır. Hükmen tutukluluk ya da hüküm özlü tutukluluk denilen bu anlayışa göre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 102. maddesinde düzenlenen tutukluluk süreleri ile ilgili hüküm kanun yolu muhakemesinde uygulanmamaktadır. Bunun sonucu olarak soruşturma ya da kovuşturma evresinde tutuklanan kişiler, haklarında mahkumiyet kararı verildiği sırada kanundaki tutukluluk süreleri dolsa bile salıverilmemekte ve bütün kanun yolu aşaması boyunca özgürlükleri temelsiz olarak kısıtlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu yaklaşımında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) AİHS'in tutuklulukta makul süre ile ilgili düzenlemesi bakımından verdiği kararları esas almaktadır. Sözleşme tutuklulukta makul süre değerlendirilmesi bakımından suç isnadına dayanan tutuklama ile hükme dayalı tutmayı ayırmış bulunmaktadır. Buna göre bir suç isnadına dayanan tutuklama süresinin makul olup olmadığı ile ilgili başvurulacak hüküm Sözleşmenin 5/3 maddesinin yollamasıyla 5/1c maddesi iken mahkumiyet sonrası özgürlükten yoksun bırakmanın değerlendirilmesinde uygulanacak hüküm ise Sözleşme'nin 5/1a maddesidir. Anayasa Mahkemesi (AYM) de YCGK'nın bahsi geçen yaklaşımını benimsemekte ve tutukluluk süreleri ile ilgili kendisine yapılan bireysel başvuruları aynı gerekçeyle reddetmektedir.

Bu çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tutukluluk sürelerinin kanun yolu muhakemesi sürecinde işlemeyeceği yönündeki söz konusu yaklaşımı değerlendirecek ve bu uygulamanın Ceza Muhakemesi Kanunu ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışılacaktır.

II-HÜKMEN TUTUKLULUK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

1992 yılından önce mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda (CMUK) tutuklulukta azami süreler yönünden bir düzenleme bulunmamasına karşın AİHS'de öngörülen (m.6) sanığın makul sürede yargılanma hakkına uyum sağlamak amacıyla 1992 yılında CMUK'un 110. maddesinde yapılan değişiklikle¹ tutuklulukta geçecek süreler düzenlenmişti. Bu değişiklikle tutukluluk süreleri CMUK'un “Tutuklulukta geçecek süre” başlıklı 110. maddesinde şu şekilde belirlenmişti²: “Hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami altı aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dâhil iki yılı geçemez.

Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıda belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu filin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre³ tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir.”

¹ 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Madde 7, RG., T. 1.12.1992, S.21422.

² Düzenleme hakkında bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006), 775.

³ “Hükümde tutuklama sebebinden, delillerin durumundan, sanığın şahsi hallerinden söz edilmesi herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü yargılama makamının en fazla 30 günlük sürelerle yaptığı tutukluluk hali incelemelerinde bu hususlar zaten dikkate alınmak zorundadır”, Metin Feyzioğlu ve Güneş Okuyucu Ergün, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, sy.1 (Mart 2010): 52.

Görüldüğü üzere CMUK'un 110. maddesinin birinci fıkrasında tutukluluk için azami bir süre belirlenmişken, ikinci fıkrasında alt sınırı yedi sene⁴ ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda bir üst sınır belirlenmemiştir. Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması nedeniyle birinci fıkrada belirtilen sürelerin sonunda kamu davası açılmamış ya da hüküm verilmemiş ise alt sınırı yedi yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılacaktı. Bu hususta hâkime takdir yetkisi verilmemiştir.

Alt sınırı yedi yıl veya daha fazla olan suçlarda ise hâkim⁵ tutuklama sebebini, delillerin durumunu ve sanığın şahsi hallerini göz önünde bulundurarak sanığın⁶ tutukluluk halinin sona erdirilmesine veya belirlenecek nakdi kefaleti vermesi koşuluyla tahliyesine karar verebileceği gibi tutukluluk halinin devamına da karar verebilecekti. Eğer hâkim takdirini tutukluluğun devamı yönünde kullanacak olursa sanığın muhakeme sona erene kadar en fazla ne kadar tutuklu kalacağı konusunda maddede azami bir süre belirlenmemiştir⁷. Bunun sonucu olarak uygulamada da alt sınırı yedi sene ve

⁴ Maddede yedi senenin ölçüt olarak alınmasının herhangi bir dayanağının bulunmadığı, bu nedenle de bunun keyfiliğe yol açacağı ve yedi seneden fazla olması gereken cezanın hapis mi ağır hapis mi olduğunun belirtilmemesinin aslında tutuklamanın sınırlarını genişlettiği hakkında bkz. Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem ve Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), 648-649, 651-652.

⁵ CMUK'un 106/1 maddesinde "Sanığın tutuklanmasına ancak hâkim karar verir" denilmiştir. Kanunun 124. maddesinin birinci fıkrasında "Tevkif ve kefaletle salıverme hakkındaki kararlar salahiyyətli hâkim tarafından verilir", üçüncü fıkrasında ise "Davanın açılmasından sonra acele hallerde mahkeme başkanı dahi aynı yetkiye sahiptir" denilerek tutuklama konusunda asıl yetkili olan makamın salahiyyətli hâkim olduğu ancak acele hallerde davanın açılmış olmasından sonra mahkeme başkanının da yetkili olduğu ifade edilmiştir. Salahiyyət konusu ise Kanunun 8 vd. maddelerinde CMK'ya benzer şekilde düzenlenmiştir.

⁶ CMUK'da 3206 sayılı Kanunla ilk soruşturma evresi kaldırıldıktan sonra muhakeme süreci hazırlık soruşturması ve son soruşturma şeklinde ikiye ayrılmıştır. Hazırlık soruşturması evresinde hakkında suç şüphesi olan kişinin statüsü de sanık olarak belirlenmiştir. Ancak doktrinde hazırlık soruşturmasında sanıklık statüsünün başlayabilmesi için hakkında ifade alma veya sorgu için celb veya tutuklama talebi veya yakalama talebi gibi bir ceza muhakemesi işlemi yapılması gerektiği ifade ediliyordu. Bkz. Öztürk, Erdem ve Özbek, 1999, 365 vd.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin tutuklanan kişinin makul bir sürede muhakeme edilme veya adli bir soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkını düzenleyen 5/3 maddesini tutuklamada bir azami süre bulunması gerektiği biçiminde yorumlamamakta

daha yukarı olan suçlar bakımından tutukluluk süreleri konusunda bir sınır bulunmamaktaydı. Dolayısıyla hükmen tutukluluk şeklinde bir uygulamaya da ihtiyaç hissedilmemişti.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 102. Maddesinde ise tutukluluk süreleri sınırlandırılmıştır. Maddenin 1 fıkrasına göre, “*Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir*”. Maddenin 2. fıkrasına göre ise, “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez.*”

Görüldüğü gibi 5271 sayılı CMK’da uygulamada çok hoyratça kullanılan tutuklamayı sınırlandırmak amacıyla bütün suçlar bakımından yukarıda belirtilen azami süreler belirlenmiştir. Ancak 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 12/1 maddesiyle CMK’nın tutukluluk sürelerini düzenleyen 102. maddesinin 31 Aralık 2010’da yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır⁸. 5320 sayılı Kanun madde 12/1’e göre, “*Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 102’nci maddesi, aynı Kanun’un 250’nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yazılı suçlar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar bakımından, 31 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girer. Bu süre zarfında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 110 ncu maddesinin uygulanmasına devam olunur*”. CMK’nın o tarihte yürürlükte olan 252/2 maddesine göre, “*250 nci maddenin birinci fıkrasının c bendinde öngörülen suçlar bakımından Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır*” şeklinde bir düzenleme

ve somut olayın özelliklerine göre karar vermektedir. Bu yüzden üye ülkelerin hukuk sistemlerinde tutuklama için azami bir süre bulunması Sözleşme açısından şart görülmemiştir. Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 378.

⁸ Bu düzenleme ile ilgili geniş açıklama ve eleştiriler için bkz. Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, “Tutuklulukta Azami Süre,” 49 vd.

yer almaktaydı⁹. Bunun sonucu olarak CMK'nın 250/1c maddesinde¹⁰ tanımlanan suçlarda azami tutukluluk süresi on yıl olarak hesaplanıyordu¹¹.

5320 sayılı Kanun'un 12/1 maddesi gereğince 31 Aralık 2010 tarihine kadar yapılan yargılamalarda 1412 sayılı CMUK'un 110. maddesi uygulanacağı için tutukluluk süresi bir sorun teşkil etmemiştir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi alt sınırı yedi sene ve yukarı olan suçlarda hakim takdir yetkisini tutukluluk halinin devamına karar verme yönünde kullandığı hallerde tutukluluk için azami bir sınır bulunmamaktaydı. Ancak 31 Aralık 2010 tarihinde CMK'nın 102. maddesi CMK'nın 250/1c bendinde öngörülen suçlar bakımından da yürürlüğe girince ortaya bir sorun çıkmıştır. Bu da

⁹ 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” un (R.G., T.05.07.2012, S.28344) 105. maddesiyle CMK'nın 250, 251 ve 251. maddeleri iptal edilmiştir. Yine aynı Kanunla Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesinde de değişiklik yapılmış ve burada sayılan suçlar bakımından CMK'da belirlenen tutukluluk sürelerinin iki kat uygulanacağı ifade edilmiştir. Böylece kanun koyucu on yıl tutuklamaya izin veren hükmün sadece yerini değiştirmiştir. Terörle Mücadele Kanunu (TMK) m.10/5'te yeniden düzenlenen bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüş ve Yüksek Mahkeme 04.07.2013 tarih ve 2012/100 E. ve 2013/84 K. sayılı kararıyla söz konusu hükmü iptal etmiş ancak iptal kararının Resmi Gazete' de yayınlanmasından bir sene sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğe girmeden 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG., T.6 Mart 2014, S.28933) ile TMK'nın 10. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle ağır ceza mahkemesinin görevine giren bütün suçlar bakımından tutuklulukta geçecek süre uzatma süreleri de dâhil olmak üzere en fazla beş yıl olarak belirlenmiştir. Ancak 15.8.2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 141. maddesiyle CMK'nın 102/2. maddesinde değişiklik yapılmış ve bu fıkra da yer alan “*üç yılı ibaresinden sonra gelmek üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı*” ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un (RG., T.8 Mart 2018, S.30354) 136. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Böylece fıkra da belirtilen suçlarda azami tutukluluk süresi uzatmayla birlikte yedi yıl olarak uygulanabilir hale getirilmiştir.

¹⁰ Madde 250 (1) Türk Ceza Kanununda yer alan; c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci Maddeler hariç).

¹¹ Bkz. Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, “Tutuklulukta Azami Süre,” 44. Öztürk vd. ise bu atfın aslında sadece temel süreye yapıldığını uzatma süresine yapılmadığını belirtmektedir. Bkz. Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 480, dn.138. Ancak belirtmek gerekir ki uygulama da süreyi on yıl olarak algılamıştır.

yargılanmaları devam etmekte olan ve tutuklulukta on yıllarını dolduran sanıkların tutukluluk hallerinin devam edip etmeyeceği hususudur. Söz konusu hüküm açıkça tutuklulukta geçecek azami süreyi on yıla sınırlandırdığına göre, bu tarihten sonra mahkemelerin kanuna göre tutukluluk süreleri dolan yargılama süreci devam eden sanıkların tahliyelerine karar vermeleri gerekmiştir.

Bu konu uygulamada Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 3 Ocak 2011'de Diyarbakır D tipi cezaevinden aralarında bazı Hizbullah liderlerinin ve bazı PKK mensuplarının da bulunduğu sanıkları tahliye etmesiyle gündeme gelmiştir. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi CMK'nın 102. maddesinin CMK'nın 250/1c maddesinde sayılan suçlar bakımından da yürürlüğe girmesi karşısında tutukluluk süreleri on yılı doldurmuş olan sanıkların durumunun ne olacağı hakkında o tarihte bu suçlar bakımından temyiz başvurularına bakan Yargıtay'ın 9. Dairesi'nden görüş istemiştir. Yargıtay'ın 9. Dairesi müteferrik iş olarak bu talebi değerlendirmiş ve söz konusu sanıkların on yıllarını doldurmuş olmaları ve CMK'nın 102. maddesinin CMK 250/1c maddesindeki suçlar bakımından da yürürlüğe girmesi gerekçesiyle sanıkların salıverilmesi yönünde karar vermiştir. Bunun üzerine Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi adli kontrol kararı alarak sanıkların tahliyesine karar vermiştir. Ancak serbest bırakılan sanıklar adli kontrol yükümlülüklerini yerine getirmemişler ve kaçmışlardır. Haklarında yakalama kararı çıkarılmış ancak bulunamamışlardır. Bu durum kamuoyunda büyük infial yaratmış ve son derece tehlikeli olan kişilerin serbest bırakılması yargı organlarını eleştirilerin hedefi haline getirmiştir¹².

Bunun üzerine Yargıtay bir çözüm arama yoluna gitmiş ve bu noktada AİHM'in tutuklulukta geçen süre ile ilgili verdiği kararları örnek almıştır¹³.

¹² Bkz. Aylin Sııklı Dal'ın haberi:<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/tutukluluk-suresinin-sinirlendirilmesi-tartismalari/185420> Erişim: 26.06.2024; Dünya gazetesinin haberi: <https://www.dunya.com/gundem/once-tahliye-edildiler-simdi-araniyorlar-haberi-135720> Erişim: 26.06.2024.

¹³ Yargıtay'ın AİHM'in bu içtihadını benimsemeden önce AİHM'in tutuklulukta makul süre ile ilgili kararlarının Türk hukuku bakımından değeri hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. Muharrem Özen, Devrim Güngör, ve Güneş Okuyucu Ergün, "Avrupa İnan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler," *Ankara Barosu Dergisi* 68, sy. 4 (Nisan 2010): 181 vd.

YCGK 12 Nisan 2011’de verdiği kararında bu konuyu değerlendirmiştir¹⁴. Kurul AİHM’in tutuklulukta geçen süre konusundaki kararlarına atıf yaparak CMK’da bu konuda bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen tutukluluk süresi konusunda hüküm verilmesinden önce ve sonra ayırımını yaparak yeni bir kavram yaratmıştır: Hükmen tutukluluk/Hükme bağlı tutukluluk. Buna bağlı olarak da hakkında yerel mahkemece mahkumiyet hükmü verilen ve hüküm sırasında zaten tutuklu olan ya da hükümle birlikte haklarında tutuklama kararı verilen sanıklar için CMK’da bulunmayan yeni bir statü oluşturmuştur: Hükmen tutuklu ya da hüküm özlü tutuklu.

Ceza Genel Kurulu bu kararının gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: *“Sanık D.K hakkındaki hükmün Ceza Genel Kurulunca bozulmasına karar verilmiş olması karşısında, 22.04.2005 tarihinden bu yana tutuklu olan sanığın tutukluluk durumunun 5271 sayılı CYY’nin 102/2 maddesi uyarınca değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. 5271 sayılı CYY’nin ‘Tutuklulukta geçecek süre başlıklı’ 102. maddesi; “Madde 102 – (1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez...” şeklinde olup, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar yönünden maddede yazılı süreler 5320 sayılı Yasanın 5739 sayılı Yasa ile değiştirilen 12. Maddesi uyarınca 31.12.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre; ... Ancak anılan maddede tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu*

¹⁴ Bkz. YCGK, E.2011/1-51, K.2011/42, 12.04.2011. www.kazanci.com.tr Belirtelim ki YCGK’nın bu kararından önce de bazı Ceza Daireleri bu kavramı kullanmıştır. Bkz. Y.3.CD, E.2011/14175, K.2011/20, T.18.01.2011. www.kazanci.com.tr Ayrıca mevzuatta bu şekilde hiç bir düzenleme yer almamasına rağmen Adalet Bakanlığınca 22. 01.2007 tarihinde çıkarılan 45/1 No.lu ‘Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler’ konulu genelgede açıkça hakkında ilk derece mahkemelerince mahkumiyet hükmü kurulan fakat cezaları henüz kesinleşmeyen sanıklarla ilgili olarak “hükümözlü” kavramına yer verilmiştir.

sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır. Somut olayda, 22. 04.2005 tarihinde tutuklanan sanık D'nin Ceza Genel Kurulu'ndaki inceleme tarihi itibarıyla CYY'nin 102. maddesinde belirtilen beş yıllık tutukluluk süresinin dolduğu ve bu nedenle tahliyesine karar verilmesi gerektiği ileri sürülebilecek ise de, yerel mahkemenin hüküm tarihi olan 22.03.2010 tarihinde henüz beş yıllık sürenin dolmamış bulunması ve temyiz aşamasında geçen sürenin maddede yazılı azami tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmayacak olması nedeniyle, yasal olaraktahliyesine karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır... ”¹⁵.

Oysa YCGK bu kararından önceki kararlarında aksi yönde karar vermektedir. Örneğin 26.05.2009 tarihinde verdiği kararında; 29.08.2006 tarihinden beri iki yıl dokuz aydır tutuklu bulunan sanığın tahliye talebini

¹⁵ Söz konusu karar başkan dâhil on beş üyenin karşı oyuna karşılık on altı oy şeklinde oy çokluğuyla alınmıştır. Tutukluluğun devamına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi Hamdi Yaver Aktan'ın görüşlerine aynen katılıyoruz: “*Koruma tedbirlerinden tutuklamanın süresi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 102. maddesinde düzenlenmiştir. Madde ‘...’ şeklindedir. Koruma tedbiri olması göz önüne alındığında tutuklamanın ancak şüpheli/sanıklık statüsüyle ilgili olduğu açıktır. CMK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası; ‘a) şüpheli soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi’ tanımlamaktadır. Anılan normatif düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde tutuklama ve buna ilişkin uzatma sürelerinin içine ilk derece mahkemesi ile Yargıtay'da geçecek sürelerin dâhil olduğu tartışmasızdır. (...) CMK'nın 2/1-a-b ve 102. maddelerin birlikte ele alınmasında iç hukukumuzda tutuklama ile süre getirilmiş olması ve bu sürenin kapsayıcı nitelikte bulunması karşısında da AİHS ve AİHM içtihadına göre düzenlemenin lehe olduğu kabul edilmelidir. Yeter ki AİHM içtihadındaki ölçütler gözetilsin! AİHM'nin anılan süreye, üst mahkemede geçecek süreyi dahil etmemesi tutukluluğun 4 yılı aşmasını makul gördüğü anlamına alınma yanlışlığına düşülmemelidir. İç hukuktaki düzenleme Yargıtay'da geçecek süreyi kapsadığı için, üst mahkemede süreyi dâhil etmeyen AİHM'in Wemhoff v. Almanya (1968) kararının örnek alınmasını ve uygulanmasını haklı kılmaz. Normatif düzenlemeye göre Yargıtay'da geçecek süre dâhil olduğu için AİHM'in anılan kararı uygulanamaz...” Bkz. YCGK, E.2011/1-51, K.2011/42, 12.04.2011 sayılı kararın karşı oy gerekçesi.*

değerlendirmiş ve sonuçta karar verdiği tarihte azami tutukluluk süresi dolan sanığın tahliyesine karar vermiştir. Karara konu olan somut olayda, yerel Asliye Ceza Mahkemesi tarafından üç aylık bir yargılamadan sonra 15.11.2006 tarihinde karar verilmiştir. Suçun Asliye Ceza Mahkemesinin görevine girmesi nedeniyle azami tutukluluk süresinin bir yıl altı ay olmasına rağmen, YCGK' nın karar verdiği 26.05.2009 tarihi itibarıyla sanık iki yıl dokuz aydır tutuklu bulunmaktadır. Genel Kurul temyiz aşamasında geçen süreyi de tutuklulukta geçen süreden sayarak CMK m. 102/2'deki azami sürenin dolması gerekçesiyle sanığın tahliyesine karar vermiştir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi de Yargıtay'ın bu tutumunu benimsemiş ve K. P'nin bireysel başvurusu sonucunda verdiği kararında benzer gerekçeleri ifade etmiştir¹⁷: “Ancak kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla da tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu 'bir suç isnadına dayalı tutulu olma' kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bunun failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle de sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. Nitekim gerek AİHM gerekse Yargıtay mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelememektedir. AİHM ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca 'mahkûmiyet sonrası tutma' olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır.

¹⁶ YCGK'nın bu kararını bu açıdan yerinde bulmakla beraber, dosyanın Kurul önüne gelmesine kadar geçen sürede sırf dosyasına bakılmaması nedeniyle tutukluluk süresinin incelenememesi sonucunda aslında daha azami süresi dolar dolmaz tahliye edilmesi gereken sanığın boş yere fazladan bir yıl üç ay tutuklu kalması durumu söz konusu olması nedeniyle yine de ortada büyük bir hak ihlali olduğunu düşünüyoruz. Bu konuya aşağıda değineceğiz.

¹⁷ AYM Korcan Pulatsü kararı, B. No. 2012/726, T. 02.07.2013, Par. No: 33. Aynı yönde: AYM Hamit Kaya Kararı, B. No. 2012/388, T. 02.07.2013, Par. No:32. <https://hudoc.echr.coe.int>

(Bkz. Solmaz/Türkiye, no.27561/02, 16 Ocak 2007, Par. 23, 24; Şahap Doğan/Türkiye, No. 29361/07, 27 Mayıs 2010, Par. 26). Aynı yaklaşım Ceza Genel Kurulu tarafından da benimsenmektedir. Kurul, 12 Nisan 2011 tarihli ve E. 2011/1-51, K. 2011/42 sayılı kararında ‘hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır’ gerekçesiyle temyizde geçen sürenin tutukluluk süresine dâhil edilemeyeceğine karar vermiştir”.

Yargıtay’ın yukarıda bahsettiğimiz kararıyla başlattığı ve halen devam ettirdiği uygulamayı¹⁸ istinaf sürecinde Bölge Adliye Mahkemelerinin (BAM) de benimsediğini¹⁹ görmekteyiz. İlk derece mahkemesince hakkında mahkûmiyet hükmü verilen sanıkların tutukluluk durumuyla ilgili olarak dosya BAM dairesine gelinceye kadar bir işlem yapılmamaktadır. BAM’lar bu süreçte sanıkların azami tutukluluk süreleri kanunen dolmuş bile olsa ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonraki safhayı tutukluluk sürelerinin hesabında dikkate almamaktadır. BAM’lar da Yargıtay gibi soruşturma ve ilk derece mahkemesi yargılaması sırasındaki tutuklu kişinin durumunu “*isnada bağlı tutuklama*” olarak isimlendirirken kanun yolu aşamasındaki tutuklu olarak kalmayı ise “*hükme bağlı tutuklama*” olarak isimlendirmekte ve CMK m. 102’deki sürelerin ikinci durumu kapsamadığını ifade etmektedir.

¹⁸ Yargıtay ilgili kararlarının hemen hepsinde sanığın dosyasında “sanığın hükmen tutuklu bulunduğu” ifadesini kullanarak mevcut durumu YCGK’nın bahsi geçen kararına atıf yapıp tartışmadan kabullendiğini göstermektedir. Ancak örneğin Y. 20. CD’nin şu kararında olduğu gibi nadiren de olsa YCGK’nın ilgili kararına atıf yapıldığını görmekteyiz: “Yargıtay CGK’nın 12.04.2011 tarih ve 2011/51 esas, 2011/42 karar sayılı ilamında belirtildiği üzere CMK’nın 102. maddesinde belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınıp yerel mahkeme tarafından hüküm verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre tutukluluk süresinin hesabına katılmayacağından, tutuklama koşullarında değişiklik olmaması ile tutuklu kalınan süre dikkate alınarak, sanıkların tahliye talebinin reddine, 10.05.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi”. Y. 20. CD, E. 2017/7165, K.2018/2213, 10.05.2018. www.kazanci.com.tr

¹⁹ Bölge Adliye Mahkemeleri de uygulamada Yargıtay gibi hareket etmekte ve kararlarında tutukluluk süreleri satırının karşısına tarih yazdıktan sonra “*hükmen tutuklu*” ibaresini koyarak bu anlayışı devam ettirdiğini göstermektedir.

III-HÜKMEN TUTUKLULUK UYGULAMASININ ORTAYA ÇIKARDIĞI BAZI SORUNLAR

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesinin benimsediği hükmen tutukluluk uygulamasına göre, CMK'nın 102. maddesinde belirlenen süreler²⁰ ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar sonrasında geçerliliğini yitirmekte ve ortada sanık hakkında verilen bir hüküm olmasından dolayı tutuklama tedbiri hükme bağlı tutukluluk olarak isimlendirilmektedir. Kişi hakkındaki tutukluluk kararı artık ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme dayandığı için tutukluluğun hukuki niteliği değişmekte tutukluluk artık isnada değil ilk derece mahkemesinin verdiği hükme bağlı olarak devam etmektedir. Hukuki nitelik değişince CMK'daki azami sürelerle bağlı olmaksızın kişi kanun yolu aşamasında da tutuklu olarak kalabilecektir²¹.

5271 sayılı CMK yeni bir kanun yolu olarak 272-285 maddeleri arasında istinafi düzenlemiştir. Ancak söz konusu bu hükümler 20 Temmuz 2016'da yürürlüğe girmiştir. Kanun yolu aşamasına istinafin da eklenmesi sorunu daha da vahim hale getirmektedir. Zira ceza muhakemesi sürecinin daha da uzaması ve tutuklu olan sanıkların istinafta geçen tutukluluk sürelerinin azami tutukluluk süreleri dolmuş olsa bile dikkate alınmaması söz konusu olabilecektir. Böylece istinaf kanun yolu yürürlüğe girmeden önce sadece temyiz aşamasında azami tutukluluk sürelerinin dikkate alınmamasıyla oluşan mağduriyet istinafta geçecek süre de eklenince katlanarak artacaktır. Ayrıca Yargıtay'ın BAM'ın kararını bozması ve dosyanın yeniden BAM'a gelmesi ihtimalinde geçecek süre de eklenirse mağduriyet daha da ağırlaşacaktır²².

²⁰ Belirtelim ki CMK m. 102'de belirtilen süreler azami sürelerdir. Bu nedenle kanundaki azami süreler dolmamış olsa dahi somut olayda tutuklama şartları ortadan kalktığında veya AİHS m. 5'te yer alan ve AİHM içtihatlarıyla şekillenen makul süre aşıldığında tutuklamaya derhal son verilmelidir. Aynı yönde: Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, "Tutuklulukta Azami Süre," 40. Tutuklamanın süreyle sınırlandırılmış olmasının tek başına AİHS'in ihlalini engellemeyeceği hakkında bkz. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 483.

²¹ Abdullah Batuhan Baytaç, "Hükme Bağlı Tutukluluk," *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Yayını, sy. 6 (Şubat 2018): 135; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 388.

²² Aynı yönde: Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 483. BAM'lar yürürlüğe girmeden önce de aynı sakıncaya dikkat çekilmiştir. Bkz. Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, "Değerlendirmeler," 186.

Hiçbir kanuni dayanağa dayanmayan bu uygulamanın ne insan haklarıyla ne de ceza muhakemesinin temel ilkeleriyle bağdaştığını belirtmek gertektir²³.

Hükmen tutukluluk uygulamasının ortaya çıkardığı sorunlardan biri de hakkında mahkûmiyet hükmü verilen tutuklu sanığın bu tutukluluğa karşı itiraz etmesinde karşılaşılan durumlardır. İlk derece mahkemesi ilk defa mahkûmiyet hükmü ile birlikte tutukluluk kararı vermişse bu karara itirazın (mahkeme hüküm vermekle işten el çektiği gerekçesiyle) bu mahkemeye yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu soruya olumlu cevap verilse bile²⁴

²³ Aynı yönde: Zekiye Özen İnci, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar,” *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 25 (Ağustos 2014): 110 vd.

²⁴ Bkz. İnci, “Hükmen Tutukluluk,” 115; Ünver ve Hakeri haklı olarak bu konuda uygulamadaki sıkıntıya da dikkat çekmektedir: “*Kanunun açık hükmü ve Yargıtay ve AYM’nin içtihatlarına rağmen uygulamada mahkemeler kendilerine verilen yetkiyi kötüye kullanmakta ve tutuklama süresi bakımından bir sorun çıkmasını önlemek amacıyla alalecele hükmü açıklamaktadır. Ancak mahkemelerin gerekçe üzerinde ayrıntılı çalışmaları gerektiğinden, gerekçeyi ancak uzunca bir süre sonra dosyaya koymaktadırlar. Böylece mahkemeler yargılamayı kanunda öngörülen tutuklama süresi içinde bitirdiklerini gösterebilmek için hükmü açıklamakta, ancak aslında yargılamayı, tutuklama süresi dolduktan sonra tamamlamaktadır. Mahkemeler uzunca bir süre daha dosya üzerinde çalışmakta, yargısını kurmaya, gerekçelendirmeye devam etmektedir. Böylece mahkeme aslında yargılamayı bitirdiği tarihte yani gerekçeyi açıkladığı tarihte dolacak olan 5 yılı süreyi aşmak için süre bitmeden yargılamayı bitmiş gibi göstererek kanunun açık hükmünü hile ile dolanarak sanıkların tahliyesini önlemektedir. ...Bu uygulama İHAS’ın ve CMK hükümlerinin açıkça dolanılması anlamını taşımakta ve bireysel özgürlük hakkının ihlali niteliğini taşımaktadır...*”. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 388-389. 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un (RG., T.2.3.2024, S.32487) 18. maddesiyle CMK’nın 273. maddesinde yer alan “*hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün*” ibaresi “*hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta*” şeklinde değiştirilmiştir. Yine aynı Kanun’un 19. maddesiyle CMK’nın 291. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün*” ibaresi “*hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece istinaf ve temyize başvuru süreleri gerekçeli kararın tebliğiyle başlayacak ve iki hafta sonunda bitecektir. Bu durumda da aynı sorunun devam edeceği söylenebilir. Yani tutukluluğa itirazın ilk derece mahkemesine mi yoksa BAM’a mı yapılacağı konusu yine sorun olabilecektir. Nitekim değişiklikten önceki uygulamada olduğu gibi kararını gerekçesiyle açıklayan yerel mahkeme işten el çektiğini belirtip tutukluluğa itirazların kanun yolu mahkemesine ait olduğunu söyleyebilecektir. Bu durumda süresi içinde istinaf yoluna başvurulmasından sonra dosyanın BAM dairesince ele alınması arasında geçecek süre içinde itirazın değerlendirilmesi de yapılamayacaktır.

itirazın reddedildiği durumda bir sonraki itirazın/salıverme talebinin²⁵ gerçekleşebilmesi için dosyanın ilgili BAM dairesine gelmesini beklemek gerekecektir. Zira CMK'nın 104/3 maddesine göre “*Dosya Bölge Adliye Mahkemesine veya Yargıtay’a geldiğinde salıverme istemi hakkında karar, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar resen de verilebilir*”. Uygulamada dosyanın ilk derece mahkemesinden çıkıp BAM’ın ilgili dairesine varış sürecinin yavaş işlediği bilinmektedir. Bu durumda tutuklu sanığın dosyası belirsiz bir süre bu süre zarfında hangi merciin yetkili olduğunun belirlenmiş olmaması nedeniyle²⁶ salıverme

²⁵ Anayasa’nın 19/8 maddesine göre; “*Tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma ve kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır*”. AİHS’nin 5/4 maddesine göre de; “*Yakalama ya da tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkesin özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvuru hakkı vardır*”. Bu düzenlemelere uygun olarak CMK’nın 104/1 maddesinde “*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli ve sanık salıverilmesini isteyebilir*” hükmü yer almaktadır.

²⁶ Uygulamada İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, hakkında mahkûmiyet verdiği ve mahkûmiyetle birlikte tutukluluk halinin devamına karar verdiği bir sanık hakkında daha sonraki tarihli bir salıverilme talebini incelemiş ve dosyayı halen temyiz aşamasında olan sanığın salıverilmesine karar vermiştir. (İst. 13. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 09.12.2013 tarih ve 2013/791 sayılı kararı). Ancak bu karar Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sonucunda sanığın tutukluluk süresinin uzunluğu nedeniyle uğradığı mağduriyetin Anayasa Mahkemesince giderilmesine karar vermesi sonucu verilmiştir. Bu nedenle buradan genel bir hüküm çıkarmak mümkün değildir. Zira 13. Ağır Ceza Mahkemesi’nin bu kararı AYM’nin sanık hakkında bireysel başvurusu üzerine verdiği ihlal kararına dayanmaktadır. (AYM, Bireysel Başvuru, B. No:2012/1272, T. 04.12.2013). <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> AYM tutukluluk sürelerinin denetim muhakemesi için de geçerli olup olmayacağı ile ilgili bir değerlendirme yapmadan sanık hakkında uygulanan tutukluluk süresinin makul süreyi aşması nedeniyle Anayasa’nın 19. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi de tutuklu sanık hakkında salıverme kararı vermekle beraber hükmen tutukluluk terimini kullanmış hatta hüküm kurduktan sonra bu kişilerle ilgili bir tasarrufunun söz konusu olmadığını da vurgulamıştır: “*Her ne kadar gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gereği, mahkemenin hüküm verdikten sonra hükmen tutukluluğuna karar verdiği sanıklarla ilgili herhangi bir tasarrufu söz konusu değilse de; anayasa Mahkemesinin bu kararının şekil olarak ifade ettiği öncelik ve bağlayıcılığı dikkate alınarak hemen tutuklu sanık M.B.’in tahliyesine...*” Bahsi geçen karar ve hakkında değerlendirmeler için bkz. İnci, “Hükmen Tutukluluk,” 118.

talepleri bakımından muhatap bulamayacaktır²⁷. Aynı durum sanığın ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmü vermesinden önce zaten tutuklu olması durumunda da geçerlidir. Mahkemenin mahkûmiyet kararıyla birlikte tutukluluğun devamına karar vermesi ve sonrasında da bu karara yapılan itirazı reddetmesi durumunda dosyanın yetkili BAM dairesine kadar gelmesine kadar bir boşluk olacaktır. İleriki aşamada dosyanın BAM'dan Yargıtay'a gitmesi sürecinde de bu gecikme olacağı için muhatapsızlık durumu devam edecektir. Böylece sanık azami sürelerin istinaf ve temyiz kanun yolları süresinde dikkate alınmamasından kaynaklanan mağduriyetinin yanında bir de dosyasının yolda geçirdiği belirsiz süreler boyunca hiçbir dayanak olmadan özgürlüğünden mahrum olacaktır.

CMK'nın 104/3 maddesine göre, *“Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir”*. Bu hükme göre istinaf ve temyiz kanun yolu aşamasına gelen dosyalarda tahliye taleplerinin Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay tarafından değerlendirilebilecektir. Uygulamada CMK'nın 104/3 maddesi dayanak gösterilerek tutukluların salıverme taleplerinin *“dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra”* karara bağlanacağı gerekçe gösterilerek dosya önlerine gelmeden bir değerlendirme yapılmamaktadır. Ancak CMK'nın 104/3 maddesindeki incelemeyi işin esasını inceledikten sonra şeklinde anlamamak ve tutukluluk haliyle ilgili incelemeyi işin esastan bağımsız olarak yapmak gerekir. Sanığın kanun yolu aşamasında Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'a sunduğu salıverme talebi hakkında CMK'nın 104/3 maddesi gereğince işin esastan bağımsız olarak ve dosya üzerinden yapılacak inceleme üzerine karar verilmesi kanun yolu merci tarafından işin esasına girinceye kadar tutuklunun mağduriyetine sebep olunmaması yönünden çok önemlidir. Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay sanığın salıverme taleplerini işin esasını inceleme yapmayı beklemeksizin değerlendirmeli ve bu konuda karar vermeli, en azından istinaf kanun yolu aşamasında bu yönde bir uygulama geliştirmelidir. CMK'nın 109/4 maddesinin 2. cümlesinde ilk derece mahkemelerine istinaf ve temyiz

²⁷ Bu durum yerinde bir benzetmeyle “tutuklu sanığın arafta kalma durumu” olarak isimlendirilmiştir. Bkz. İnci, “Hükmen Tutukluluk,” 117.

aşamasında olan dosyalarda adli kontrol kararı verebilme yetkisinin tanınması da kanun yolu aşamasında yapılacak olan tutukluluk incelemesinin de dosyanın esasından bağımsız şekilde yapılması yönünde yorumlanmasını desteklemektedir²⁸.

Aynı sorun tutukluluk halinin belli aralıklarla incelenmesinin öngören CMK'nın 108. maddesi bakımından da yaşanacaktır. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre, “*Hâkim²⁹ veya Mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de³⁰ re'sen karar verir*”. Görüldüğü gibi BAM'ın ilgili dairesinin ya da Yargıtay'ın ilgili dairesinin Kanunda emredilen periyodik tutukluluk incelemesini yapması için dosyanın önüne gelmesi ve oturum açılması da mutlaka gerekmemektedir. Maddede yer alan “*ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de*” ibaresinden anlaşılması gereken budur. Ancak yukarıda bahsedilen gecikmeler nedeniyle bu incelemenin yapılmasına kadar geçen sürede sanığın tutukluluk incelemesi yapılmamaktadır³¹.

Uygulamada yaşanan bir diğer önemli sorun, hakkında ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmü verilen kişinin statüsünü her ne kadar Yargıtay hükmen tutuklu olarak isimlendirse de Kanundaki statüsünün sanık olmasının doğurduğu mahrumiyetlerdir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik

²⁸ Bkz. Ersan Şen ve Beyza Başer Berkün, “Tutukluluğun Değerlendirilmesinde Fiili İnfaz Süresi Kriteri,” 12.05.2020, s.1. <https://sen.av.tr/tr/makale/tutuklulugun-degerlendirilmesinde-fiili-infaz-suresi-kriteri>. Erişim: 30.07.2024.

²⁹ Fıkra da hâkimden de bahsedilmesinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, “Tutuklulukta Azami Süre,” 46, dn.18.

³⁰ CMK m. 108/1: “*Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100'ncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafî dinlenilmek suretiyle karar verilir*”.

³¹ Bir görüşe göre: “*CMK'nın 108. maddesinde öngörülen en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluk incelemesi yapılması zorunluluğu, soruşturma aşaması ve ilk derece mahkemesinde yürütülen kovuşturma aşaması ile sınırlı tutulduğundan, kanun yolu aşamasında Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın bu şekilde inceleme yapması zorunluluğu olmadığı açıktır*”. Şen ve Berkün, “Fiili İnfaz Süresi Kriteri,” 1. Ancak uygulamada denetim muhakemesi sürecinde tutukluluğun en geç otuz günde bir incelenmiyor olması aksine bir sonuca varmayı gerektirmez. Zira özgürlüğün esas olduğu bir hukuk düzeninde BAM'ların ve Yargıtay'ın tutuklu sanığı salıverme yetkisinin olmadığı iddia edilemez. Bkz. Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, “Değerlendirmeler,” 186.

Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİHK) 107. ve 108. maddelerinde koşullu salıverme kurumu düzenlenmiştir³². Bu kurumun uygulanabilmesi için öncelikle kişinin statüsünün mahkûm/hükümlü olması gerekir. Gerçekten, hükmen tutuklu sıfatı verilerek kanun yolu aşamasında dayanaksız olarak özgürlüklerinden yoksun kılınan sanıklardan, ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmü temel alındığında koşullu salıverme süreleri dolanlar infaz kanununa göre hükümlü sayılmadıkları için bu haktan yararlanamamaktadır. Bu durumu bilen birçok sanığın uygulamada en temel kanuni haklarından olan kanun yoluna başvurma hakkını³³ kullanmadıkları görülmektedir.

Aynı Kanunun (CGTİHK) 105/A maddesinde 14.4.2020 yılında yapılan değişiklikle³⁴ koşullu salıverme süresinden önce hükümlüye denetimli serbestlikten faydalanarak cezanın infazına cezaevi dışında devam etmesi imkânı getirilmiştir. Kanunun geçici 6. maddesinde ise maddede sayılan bazı suçlar hariç olmak üzere 30.3.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından denetimli serbestlik süreleri hükümlü lehine artırılmıştır³⁵. Yine bu Kanun'un 14. maddesinde yapılan değişikliklerle³⁶ hükümlülerin cezalarının bir kısmını kapalı cezaevleri yerine açık infaz kurumlarında infaz edilmelerini sağlayan düzenlemeler yapılmıştır. Bu maddeye eklenen altıncı fıkrayla bu maddedeki

³² 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanunla koşullu salıvermeden yararlanmak için cezaevinde kalınacak süreler yönünden hükümlüler lehine önemli değişiklikler yapılmıştır. Bkz. 7542 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kabul tarihi: 14.4.2020, RG, 15.4.2020, S. 31100) md. 48, 49.

³³ Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasına göre; "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir".

³⁴ Madde 105/A (Ek: 5.4.2012-6291/1 md.) (1) (Değişik: 14.4.2020-7242/46 md.) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitim evinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az bir süre kalan iyi halli hükümlülerin talebi halinde, cezalarının koşullu salıverme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

³⁵ 5275 sayılı CGTİHK Geçici Madde 6-(Ek: 15.8.2016-KHK-671/32 md.; Değiştirilerek kabul: 9.11.2016-6757/28. md.; Değişik: 14.4.2020-7242/52 md.)

³⁶ Bkz. 14. 4. 2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun md. 18.

hususlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle³⁷ gösterileceği belirtilmiştir³⁸. Bütün bu imkânlardan yararlanmak için hükümlü statüsünde olmak gerekmektedir. Tutuklu statüsünde olanların bu imkânlardan yararlanması mümkün değildir³⁹. Kanun yollarında geçen sürelerin azami tutukluluk sürelerinin hesabında dikkate alınmamasından dolayı bazen sanığın tutuklulukta geçirdiği fiili süre, sanık hakkında ilk derece mahkemesince verilen cezanın kesinleşmiş olması durumunda fiilen cezaevinde yatacağı süreyi aşabilmektedir⁴⁰. Soruşturma ve ilk derece mahkemesi yargılaması sırasında (*ki bu süre ülkemiz koşullarında en az iki yıl sürmektedir*) tutukluluk süresini tamamını ya da önemli bir kısmını doldurmuş olan sanık istinaf ve temyiz aşamalarında tutuklu kalmaya devam ederse bu süreçte hakkındaki hüküm kesinleşmeden kesinleşmiş olsa idi alacağı cezayı fiilen cezaevinde geçirmiş olacaktır. Mahkûmiyet hükmünün bozulması durumunda mağduriyet daha vahim bir hal alacaktır. Yukarıda değindiğimiz gibi uygulamada sanıklar belirsiz bir süre tutuklu kalmak yerine bir an önce durumlarının kesinleşmesini sağlamak için kanun yoluna başvurmadan vazgeçebilmektedir. Ancak sanık başvurmasa bile C. Savcısının ya da katılanın kanun yoluna başvurması halinde yine mecburen bu sürecin sonucunu tutuklu olarak beklemek zorunda kalmaktadırlar⁴¹.

Değerlendirilmesi gereken bir sorun da ilk derece mahkemesince verilen kararın Bölge Adliye Mahkemesi tarafından veya Yargıtay tarafından bozulması sonucu dosyanın yeniden ilk derece mahkemesine gelmesi durumunda tutukluluk sürelerinin tekrar işleyip işlemeyeceğidir⁴². Bir görüşe göre bu durumda sürenin tekrar hesaplanması gerekir. İstinaf/temyiz aşamasında sürenin donduğu ve yerel mahkemenin yeniden yargılamaya başlamasıyla sürenin yeniden işlemeye başladığı kabul edilmelidir. Örneğin ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtan dolayı yargılanan kişinin 4

³⁷ Bkz. Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği, RG, 02.09.2012, S. 28399.

³⁸ Yapılan değişikliklerin nasıl uygulanacağı hakkında geniş bilgi için bkz. Orhan Özdemir, “7542 sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılmaları,” *Adalet Dergisi* sy. 67, (Şubat 2021): 379-410.

³⁹ CGTİHK’nın 114. maddesinde tutukluların hakları düzenlenmiştir. Ancak bunlar çalışma izni, ziyaretçi kabul, yazılı haberleşme, telefonla görüşme, müdafiyile görüşme gibi daha çok infaz rejimiyle ilgili haklardır.

⁴⁰ Şen ve Berkün, “Fiili İnfaz Süresi Kriteri,” 1.

⁴¹ Aynı yönde bkz. Şen ve Berkün, “Fiili İnfaz Süresi Kriteri,” 1.

⁴² Baytaç, “Hükme Bağlı Tutukluluk,” 145.

yıl 7 ay tutuklu iken hakkında mahkûmiyet kararının verildiği varsayılın. Bu kişi hakkında verilen hüküm Yargıtay tarafından bozulup yeniden yerel mahkemenin önüne gelmesi durumunda bu tarihten itibaren 5 ay sonra tutukluluk süresi 5 yılı dolduracağı için kişi hakkında tahliye kararı verilmelidir⁴³. Ancak bu çözüm Yargıtay'ın doğru bulmadığımız hükmen tutukluluk içtihadına uygun olarak görülebilirse de Kanuna uygun değildir. Gerçekte azami tutukluluk süresini denetim muhakemesi aşamasında çoktan doldurmuş olan sanığın bu süreci yok sayıp sanığın tutukluluğunu devam ettirmek yerinde bir benzetmeyle dolu bardağa tekrar su doldurmaya çalışmak gibi olacaktır⁴⁴. Ayrıca bu aşamada sanığın beraat etme ihtimali de vardır. Bu durum mağduriyeti daha da artıracaktır⁴⁵.

IV- AİHM'in KONUYLA İLGİLİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

AİHM'in 27 Haziran 1968 tarihinde verdiği ve yukarıda YCGK'nın hükmen tutuklu içtihadına dayanak yaptığını belirttiğimiz kararlardan birisi olan Wemhoff/Almanya kararında⁴⁶ konuyla ilgili olarak değerlendirmesi şu şekildedir: *“İncelenmesi gereken diğer bir konu madde 5/3 kapsamında tutukluluk süresinin sonunun mahkûmiyet kararının kesinleştiği gün mü yoksa sadece ilk derece mahkemesi tarafından cezanın verildiği gün mü olduğudur. Mahkeme ikinci görüşü benimsemektedir. Kesin olarak söylenebilecek husus*

⁴³ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 388. Anayasa Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir: “Ancak bozma kararı sonrasında bireyin durumu tekrar suç isnadına bağlı tutmaya dönüşeceğinden ilk derece mahkemesi önünde geçen süre değerlendirmede dikkate alınacaktır”. AYM, Bireysel Başvuru B. No: 2012/338, T.02.07.2013. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

⁴⁴ Bkz. İnci, “Hükmen Tutukluluk,” 113.

⁴⁵ “İlk derece mahkemesi tarafından tutuklu yargılanan bir sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün temyiz incelemesi sonucunda bozulması ve ilk derece mahkemesi tarafında bozma kararına uyularak yapılacak yeniden yargılanma sonunda aynı sanık hakkında bu kez beraat kararı verilmesi mümkündür. Böyle bir durumda sanığın haksız yere tutuklu kaldığı süreyi sanki yaşam süresine eklemek mümkünmüş gibi, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmü üzerine sanığın süre sınırı olmaksızın tutuklu kalmasında bir sakınca olmadığını kabul etmek hiç şüphesiz ceza hukukunun temel hak ve özgürlüklerin güvencesi sayan çağdaş ceza hukukçularının savunabileceği bir görüş değildir”. Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, “Değerlendirmeler,” 186.

⁴⁶ AİHM, Wemhoff /Almanya kararı, B. No: 2122/64. T.27.06.1968. <https://hudoc.echr.coe.int> Ayrıca bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları 1* (İstanbul: Legal Yayınları, 2004), 35 vd.

ilk derece mahkemesi tarafından hakkında hüküm verilen bir kişinin, o ana kadar tutuklanmış olsun ya da olmasın, ‘mahkûmiyet sonrası’ özgürlükten mahrum bırakılmaya izin veren madde 5/1a’da öngörülen durumda olduğudur. Haklarında ilk derece mahkemesinde hüküm verilmiş fakat tutuklu olmayan sanıkların duruşmaya geldiklerinde tutuklanmalarını kapsam dışı bırakacağı için, bu son ibare, sadece kesinleşmiş mahkûmiyet ile sınırlı bir şekilde yorumlanamaz. Günümüzde bu tür bir uygulama pek çok taraf ülkede mevcuttur ve bu ülkelerin söz konusu maddeyi inkâr ettiklerine inanmak mümkün değildir.

Ayrıca, temyiz ve itiraz aşamasında tutuklanan bir kişinin madde 6’ya uygun olarak yapılan bir yargılama ile hükme bağlanmış olan suçluluk durumunu göz ardı etmek de mümkün değildir. Bu bakımdan hüküm sonrası tutukluluğun bu hükme istinaden mi yoksa Federal Almanya’da olduğu gibi tutukluluk kararını onaylayan ayrı bir özel karara istinaden mi devam ettiğinin önemi yoktur. Temyiz aşamasındaki gecikme nedeniyle, mahkûmiyet kararı sonrası tutukluluk halinin uzunluğundan şikâyetçi olmak için gerekçesi bulunan bir kişi, madde 5/3’den yararlanamasa bile madde 6/1’de düzenlenen ‘makul süre’ ye uyulmadığı gerekçesiyle şikâyetle bulunabilir”

AİHM Wemhoff/Almanya kararıyla hüküm verilmeden önceki tutukluluk durumuyla hüküm verilmesinden sonraki tutukluluk durumunu kesin bir şekilde ayırmıştır. Mahkeme, tutuklu bulunsun ya da bulunmasın, ilk derece mahkemesince mahkûm edilen kişinin AİHS m. 5/1’in (a) bendine göre “mahkûmiyet kararı verilmesinden sonra” özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi olduğuna işaret etmiş ve bu ifadenin kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonraki evre ile sınırlandırılmayacağını belirtmiştir. Mahkeme bunun gerekçesini ise, eğer ifade kesinleşmiş mahkûmiyet şeklinde anlaşılırsa bu yaklaşımın “haklarında ilk derece mahkemesinde hüküm verilmiş fakat tutuklu olmayan sanıkların duruşmaya geldiklerinde tutuklanmalarını kapsam dışı bırakacağı” şeklinde açıklamıştır. Buna göre Mahkeme, Sözleşme’nin 5/3 maddesindeki güvencenin ilk derece mahkemesinin vereceği hükümden sonra yeterli olmayacağı kanaatindedir. Gerçekten madde 5/3’ün atıf yaptığı madde 5/1c’ye bakıldığında madde 5/3’de verilen güvencenin “Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde” ki yakalanması ve tutulması durumları için olduğu anlaşılmaktadır. Bir diğer deyişle buradaki

yakalama ve tutma ancak soruşturma evresinde ve kovuşturma evresinde hüküm verilmeden önce söz konusu olabilir. Yani bizzat Sözleşmenin kendisi hüküm öncesi ve sonrası tutma arasında ayrım yapmıştır. Zira Sözleşmenin 5/3 maddesindeki güvence hüküm verildikten sonraki aşamayı da kapsasaydı bu takdirde Sözleşme'nin 5/1a maddesine gerek olmazdı. Sözleşme hükümden sonraki tutmayı ayrı bir hükümle güvence altına aldığına göre, madde 5/3'deki düzenlemesiyle hükümden önceki aşamayı kastetmiş olmalıdır. Dolayısıyla AİHM'in somut olayı Sözleşme'nin bu anlayışına göre yorumlaması normal karşılanabilir. Ancak Mahkeme'nin "*Ayrıca, temyiz ve itiraz aşamasında tutuklanan bir kişinin madde 6'ya uygun olarak yapılan bir yargılama ile hükme bağlanmış olan suçluluk durumunu göz ardı etmek de mümkün değildir*" şeklindeki yaklaşımına katılmak mümkün değildir⁴⁷. Bir kişi hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmeden onu suçlu olarak görmek ceza muhakemesinin temel mantığına aykırıdır. Sözleşmenin 5/3 maddesindeki güvencenin sadece 5/1c maddedeki durumları kapsaması ve 5/1a maddesinden söz etmemesi nedeniyle a bendindeki özgürlük kısıtlamasının da bir güvencesi olması gerekir. İşte AİHM bu güvencenin Sözleşme'nin 6/1 maddesinde olduğunu belirtmektedir. Bahsi geçen kararda AİHM denetim muhakemesi sırasında tutuklanan kişiye isnat edilen suçun, AİHS'nin 6. maddesi gereğince gerçekleştirilecek yargılama ile tespit edileceğini, mahkûmiyet kararından sonra kanun yolu aşamasında yaşanacak gecikmeden dolayı tutukluluk halinin devam etmesinden şikâyetçi olan başvuruçunun AİHS'in 5/3 maddesine değil, 6/1 maddesine dayanabileceğini öngörmüştür⁴⁸.

AİHM 10 Kasım 1969 tarihli Stögmüller/Avusturya kararında da AİHS m. 5/3'deki makul süre ile AİHS m.6/1'deki makul süre kavramlarını keskin bir şekilde ayırmış ve AİHS m. 6/1'deki sürenin her somut olaya uygulanabileceğini, cezai konularda bir suç isnadı ile karşılaşan kişilerin uzun süre belirsiz bir konumda kalmasını önlemek amacıyla tanıdığını, ancak m. 5/3'deki makul sürenin tutuklu kişilerle ilgili olduğunu ve tutuklu kişilerle ilgili olayların kovuşturulmasında bu süreye yönelik özen yükümlülüğünün kastedildiğini belirtmiştir⁴⁹.

⁴⁷ Aynı yönde: Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, "Değerlendirmeler," 184.

⁴⁸ Bkz. Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, "Değerlendirmeler," 185.

⁴⁹ AİHM, Stögmüller/Avusturya davası, B.No:1602/62, T.10.11.1969.
<https://hudoc.echr.coe.int>

AIHM 28 Mart tarihli B v. Avusturya kararında aynı şekilde “Sözleşmenin madde 5/3 hükmünün sadece madde 5/1c’de öngörülen hallere uygulandığı ve bu iki maddenin bir bütünü oluşturduğu”nu ifade etmiştir.⁵⁰

Benzer şekilde AIHM 26.10.2000 tarihinde verdiği Kudla/Polonya kararında: “Mahkeme Sözleşmenin 5/3 maddesi ile aynı maddenin 1. fıkra c bendi arasındaki temel bağlantı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında bir mahkûmiyet kararı verilen bir kişinin 1. fıkra c bendi gereğince ‘suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunması nedeniyle yetkili merci önüne çıkarılmak üzere alıkonulmuş kişi’ olarak değerlendirilemeyeceği, bu durumdaki bir kişinin madde 5/1a bendi gereğince ‘yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine’ özgürlüğünden mahrum edilmiş olacağını vurgular” demiştir.⁵¹

AIHM’nin verdiği bu kararlara bakıldığında, kişinin ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmesine kadar tutuklu kalmasının Sözleşme’nin 5/3 maddesiyle bağlantılı gördüğü m. 5/1c kapsamında, ilk derece mahkemesinin kararı sonrası tutulması halinin ise Sözleşme’nin m. 5/1a maddesi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. AIHM’in bu yöndeki ilk kararlarındaki tutumu her üye devletin kendi mevzuatlarındaki duruma göre ayrı ayrı bir değerlendirme yapmamak yönünde olmuştur.

AIHM’in son dönem içtihatlarında iç hukuktaki düzenlemenin Sözleşme’ye göre daha ileri bir koruma sağladığı durumlarda ihlalin olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin Sözleşme hükümlerine göre değil, iç hukuk normlarına göre yapılması görüşünde olduğunu görüyoruz.

Aslında bizzat Sözleşme’nin kendisi de bu yönde bir uygulama yapılmasını istemektedir. AIHS’nin 53. maddesine göre, “Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi herhangi bir yüksek sözleşmecî tarafından kanunlara ve onun taraf olduğu bir başka sözleşme uyarınca tanıdığı insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek şekilde yorumlanamaz”. Gerçekten AIHM Stollenwerk/Almanya kararında bu hususu vurgulamıştır. AIHM 2017 yılında verdiği bu kararında önemli bir ilke ortaya koymuş ve iç hukuktaki düzenlemenin daha lehe olması durumunda Sözleşme hükmüne göre önceliğinin olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre

⁵⁰ Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, “Değerlendirmeler,” 184.

⁵¹ AIHM, Kudla/Polonya davası, B.No: 30210/96, T.26.10.2000. <https://hudoc.echr.coe.int>

“Sözleşmeye taraf olan ülkenin iç hukukunda Sözleşmenin 5/4 maddesinde⁵² sağlanan güvenceden daha fazlasını sağlaması durumunda iç hukukta yer alan düzenlemeye saygı gösterilmesi gerekir. ...üye bir devletin ulusal yasaları Sözleşmenin sağladığından daha ileri bir koruma sağlaması durumunda üye devlet kendi iç hukukuyla bağlıdır”⁵³. Bu gerekçeye dayanarak Mahkeme Stollenwerk davasında ihlal kararı vermiştir. Bu durumda tutuklama süreleri ile ilgili Türk hukukundaki düzenlemeler sanığın daha lehine olduğuna göre elbette bunların uygulanması gerekecektir⁵⁴.

Bu bakımdan Sözleşme hükümlerinin asgari bir sınır çizdiğini belirtmek gerekir. Taraf devletler bunun daha ötesinde standartları kendi ülkelerinde yaşayan bireylere tanıyan düzenlemeler yaparsa bunların geçerli olacağını kabul etmek gerekir⁵⁵. Ayrıca özgürlük ve güvenlik hakkının daha geniş kapsamda korunması amacıyla iç hukukta yapılan düzenlemeleri AİHS’ye aykırılık oluşturduğu yönünde yorumlamak doğru değildir⁵⁶. Bu standardın altına düşülmesini bizzat Sözleşme’nin kendisi yasaklamaktadır. Gerçekten AİHS’in 17. maddesi de üye devletlerin özgürlükler aleyhine Sözleşme’de öngörüldüğünden daha geniş bir sınırlama yapılmasının önünde bir engeldir. Sözleşmenin “*Hakları kötüye kullanma yasağı*” başlıklı 17. maddesine göre: “*Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçimde yorumlanamaz*”.

⁵² AİHS m. 5/4: “Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir Mahkemeye başvurma hakkına sahiptir”.

⁵³ AİHM, Stollenwerk/Almanya davası, B.No: 8844/12, T.17.09.2017.

⁵⁴ Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, “Değerlendirmeler,” 186.

⁵⁵ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 483; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Nisan Kitapevi, 2022), 310. Yazar aynı durumun tercümandan yararlanma hakkı bakımından da söz konusu olduğuna vurgu yapmaktadır. Buna göre AİHS yargılamanın yapıldığı dili konuşabilen kişiye tercüman atanması zorunluluğu getirmediği halde, CMK md. 202/4’deki düzenlemeyle sanık lehine daha lehe bir hüküm getirmiş ve Türkçe’yi etkin olarak konuşabilse bile, kendisini daha iyi ifade edebildiği bir dilde sorgusunun yapılmasını sağlama ve son sözünü söyleme imkânı getirilmiştir. Bkz. Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 310, dn.777.

⁵⁶ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 483.

Her halde ne AİHS'in ne de AİHM'in amacı makul süreyi çok çok aşabilecek sürelerle tutuklu kalan kişilerin mağduriyetine zemin hazırlamak değildir. Bu bizzat Sözleşme'nin kendi kendini inkâr etmesi anlamına gelir. Bu durumda AİHM'in yerleşik içtihadı ile ortaya koyduğu tutukluluk şartları ve süreleri için getirdiği asgari standardı bir kenara bırakıp, bu kararlarda yer alan denetim muhakemesi aşamasındaki tutukluluğun AİHS'in 5/(3) kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin birkaç paragrafı seçerek daha lehe olan iç hukuku göz ardı etmekle AİHS'nin gerekleri de yerine getirilmiş olmayacaktır⁵⁷.

V- YCGK'nın HÜKMEN TUTUKLULUK YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki hükmen tutukluluk kavramı ve uygulaması tutuklamanın temel yapısı, amacı ve temel özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Zira tutuklama CMK'da koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olanlar tarafından verilen ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren önlemlerdir⁵⁸. Koruma tedbirlerinin amacı sanığın muhakemede hazır bulunmasını sağlamak, delilleri korumak veya hükmün yerine getirilmesini sağlamaktır⁵⁹. Koruma tedbirlerinin temel özellikleri ise suç şüphesinin bulunması, kanunla konulmaları⁶⁰, kesin hükümden önce bir hakkı sınırlamaları, geçici olmaları, haklı görünüş, vasıta oluş,

⁵⁷ Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, "Değerlendirmeler," 187.

⁵⁸ Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 441.

⁵⁹ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 328.

⁶⁰ AİHS'nin "özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesinde kişinin özgürlük hakkı keyfi sınırlamalara karşı korunmuştur. Buna göre tutuklamanın koşulları mutlaka kanunda açıkça gösterilmelidir. Nur Centel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, sy. 1-2 (2011): 50. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının özlerine dokunulmaksızın Anayasa'da belirtilen sebeplere dayanarak ancak kanunla mümkün olacağı hükme bağlanmıştır. Kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı 19. maddesinde ise, suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişilerin hürriyetlerinin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmesini ve değiştirmesini önlemek amacıyla veya bu hususlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

başvurulmasında zorunluluk olması, gecikemezlik, orantılılıktır⁶¹. Tutuklama da şüphelinin/sanığın mahkûmiyetten önce özgürlüklerinin geçici kısıtlanmasına izin veren ve amacı sadece muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılmasını ve verilecek mahkûmiyet hükmünün kâğıt üzerinde kalmamasını sağlamak olan bir tedbirdir⁶². Tutuklama koruma tedbirinin iki amacı vardır: Şüphelinin/sanığın yargılamada hazır bulunmasını sağlamak ve bununla bağlantılı olarak muhakeme sonunda verilecek mahkûmiyet kararının uygulanabilmesini garanti altına almak, delillerin karartılmasını önlemek⁶³.

Hükmen tutukluluk uygulaması yoluyla tutuklama bir tedbir olmaktan çıkmakta ve bir ceza mahiyetine bürünmektedir⁶⁴. Mahkûmiyet hükümlerinin kesinleşmeden infaz edilememesi en temel infaz hukuku kurallarından biriyken⁶⁵ henüz kesinleşmeyen bir mahkûmiyet kararının verilmesini, kanunda yer almayan bir kavram yaratarak, denetim muhakemesi sürecinin

⁶¹ Bu özelliklerin bir kısmı doktrinde koruma tedbirlerinin ön şartları başlığı altında incelenmektedir. Çeşitli sınıflandırmalar ve isimlendirmeler için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 331 vd.; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 328 vd.; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 291 vd; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 231 vd.; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 442 vd.

⁶² Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, “Tutuklulukta Azami Süre,” 37.

⁶³ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 366.

⁶⁴ Aynı yönde: Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, “Değerlendirmeler,” 185; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 479; İnci, “Hükmen Tutukluluk,” 107. “Eskiden ceza muhakemesinin gayesi sanığı cezalandırmak iken tutuklamada cezalandırmak gayesi güdülmekte idi. Eski zihniyetin tesirinden kurtulamamış insanlar ve toplumlar bugün de ceza verme gayesi ile sanığın tutuklanmasını istemektedirler. Ancak ceza muhakemesinin gayesi artık sanığı cezalandırmak değildir. Hatta sanığın korunması gayesi de geride kalmış, hakikatin araştırılması gaye olmuştur. Suçlu olduğu bir mahkûmiyet yargısı ile sabit olmadıkça masum sayılan kimseye ceza vermeye hakkımız yoktur”. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2006, 751. Aynı yönde: Feyzioğlu ve Ergün Okuyucu, “Tutuklulukta Azami Süre,” 36, 39. Tutuklamanın ceza değil ceza muhakemesinin amacına ulaşmak için başvurulmuş bir araç bir koruma tedbiri olması konusunda açıklamalar için bkz. Metin Feyzioğlu, “Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler,” *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan* (Ankara 2009): 1189-1190.

⁶⁵ Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 4. maddesine göre: “Mahkûmiyet kararları kesinleşmedikçe infaz olunamaz”. Bu hükmün anayasal dayanağı suçsuzluk karinesidir. Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, “Tutuklulukta Azami Süre,” 37; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 479. Çünkü suçsuzluk karinesine göre bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında cezai yaptırımların uygulanabilmesi için kesin hükümle mahkûm olması gerekir. Bkz. Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi, Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,” *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, sy. 1-4 (199): 135 vd.

tutukluluk sürelerinin dışında tutulmasına dayanak yapmak adeta infazın başlatılması anlamına gelir. Nitekim yukarıda bahsi geçen kararında Yargıtay açıkça ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesini sanığın hükümlü olarak isimlendirilmesi için yeterli görmüştür. Bu anlayışın sonucu olarak ülkemizde zaten peşin bir ceza olarak uygulanan tutuklama hukuken gerçekten bir cezaya dönüşmektedir⁶⁶.

AIHM de birçok kararında tutuklamanın bir tedbir olduğunu ve bunun hiçbir zaman cezaya dönüşmemesi gerektiğine vurgu yapmakta ve bu yönde bir uygulamanın Sözleşmenin ihlali anlamına geleceğini söylemektedir. (Örneğin bkz. Letellier/ Fransa davası. Başvuru. No. 12369/86, 26 Haziran 1991⁶⁷).

İstinaf ve temyiz aşamalarında sanıkların tutukluluğa itiraz haklarının CMK’da kabul edilmesi kanun yolu aşamasında da sanık ve tutuklu statülerinin devam ettiğinin göstergesidir. CMK’nın tutukluluğu, tutukluluk sürelerini ve tutukluluğa itiraz usulünü düzenleyen 100-108 maddeleri incelendiğinde “mahkûmiyet öncesi- mahkûmiyet sonrası” şeklinde bir ayırım yapılmadığı görülecektir⁶⁸.

Tutuklama bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi geçici bir tedbirdir. Bu nedenle bu tedbire karar verilmesinden belirli bir sonra bu tedbirin uygulanmasına son verilmesi gerekir. Hem AIHS’ de hem Anayasa’da tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanma ve salıverilme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. AIHS’in 5/3 maddesinde bu hak “*İşbu maddenin 1.c. fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklanan herkesin bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılanma süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa’nın 19/5 maddesinde benzer şekilde bu hak “*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı*

⁶⁶ Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, “Değerlendirmeler,” 186.

⁶⁷ <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁶⁸ Aynı yönde: Özen, Güngör ve Ergün Okuyucu, “Değerlendirmeler,” 185. Yenisey ve Nuhoğlu’na göre gerçekte ilk derece mahkemesinin hükmünü verinceye kadar uygulanan tutuklama ile hükmün verilmesinden hükmün kesinleşmesine kadar devam eden tutuklama olmak üzere iki ayrı bir süreç vardır. Ancak bu durum CMK ile uyumlu değildir. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 401.

ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Tutukluluk süreleri “*tutuklulukta geçecek süre*” başlıklı CMK m. 102’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tutukluluk süresi Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girmeyen işlerde en çok bir yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren işlerde ise tutukluluk süresi en çok iki yıldır; bu süre de zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir, ancak uzatma süresi toplam üç yılı geçemez⁶⁹. Böylece Asliye Ceza Mahkemelerinde görülen işler bakımından tutukluluğun azami süresi uzatmayla beraber bir yıl altı ayken Ağır Ceza Mahkemelerinde görülen işlerde uzatmayla birlikte toplam beş yıldır. Ancak yine Ağır Ceza Mahkemelerinin bakacağı işlerden olmakla birlikte TCK’nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile TMK kapsamına giren suçlarda uzatma süresi beş yılı geçemeyecektir. Böylece söz konusu bu suçlar bakımından tutuklulukta geçecek süre toplam yedi yılı geçemeyecektir.

Bu düzenlemelerin gereği olarak CMK’nın 102. maddesinde öngörülen azami sürelerin dolmasıyla hangi aşamada olursa olsun, mahkeme

⁶⁹ Üç yıllık sürenin toplam süre mi yoksa uzatma süresi mi olduğu konusunda iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre bu süre tutuklulukta geçecek toplam süreyi ifade etmektedir. Her ne kadar maddenin lafzından toplam sürenin beş sene olması sonucu çıkabilirse de amaçsal yorum yapılarak toplam sürenin üç sene olarak anlaşılması gerekir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 256. Yenisey ve Nuhoğlu’na göre de ağır cezalı suçlardaki bu beş yıllık üst süre AİHS’nin 5. maddesinde gösterilen makul süreyi aşar nitelikli olduğu için maddeyi maksada uygun bir şekilde yorumlamalı ve “sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçemeyeceği” anlamı verilmelidir. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 398. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise olması gereken açıdan beş yıllık sürenin fazla olduğu ve bunun düşürülmesi gerektiği söylenebilirse de madde metninde açıkça uzatma süresi üç yıl, toplam süre beş yıl olarak belirlenmiştir. Bkz. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 478; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 386; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 309.

mahkumiyet hükmü vermiş bile olsa, sanıkların⁷⁰ derhal salıverilmesi gerekir⁷¹. Diğer bir ifadeyle Kanundaki azami tutukluluk süreleri sadece esas mahkemesi hüküm verinceye kadar değil, kanun yolu aşamasında da dikkate alınmalıdır⁷². Buna göre sürenin ilk derece mahkemesinde dolması halinde tahliye kararını ilk derece mahkemesi, istinaf aşamasında Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi, temyiz aşamasında Yargıtay dairesi ya da Ceza Genel Kurulu tarafından verilecektir⁷³. Salıverilen sanığın kaçma ihtimalinin olması dahi süresi dolan sanığın tutukluluğuna devam yönünde karar verilmesinin gerekçesi olamaz. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi sanığın kaçma ihtimalinin olması ve infazın gerçekleştirilemeyeceği kaygısı uygulamayı bu yönde karar vermeye yöneltmiştir. Burada asıl sorun ise yargılamanın tutuklama süreleri içerisinde kesin bir karar ile sona erdirilememesinde yatmaktadır⁷⁴.

Söz konusu bu sürelerin muhakemenin bütünü için mi yoksa sadece ilk derece yargılamasının sonuna kadar mı geçerli olduğu konusunda 102. maddede bir açıklık yoksa da CMK'nın tanımlar başlıklı 2/1 maddesinin (a)

⁷⁰ Her ne kadar 7188 sayılı Kanunla (Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, K.T:17.10.2019; R.G. 24.10, 2019, S.30928) 102. maddeye eklenen 4. fıkra düzenlemesinden önce tutukluluk sürelerinin soruşturma evresinde de dolabileceği ve sorunun daha bu aşamada ya da ilk derece yargılaması sırasında dolarsa bu aşamada da ortaya çıkabileceği söylenebilirse de uygulamada sorun daha çok denetim muhakemesi safhasında çıkmaktadır. Kaldı ki CMK'nın 102. maddesine 7188 sayılı Kanunla eklenen 4. fıkra soruşturma evresinde geçecek azami tutukluluk sürelerini belirlemiştir. Buna göre, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işler bakımından soruşturma evresindeki tutukluluk süresi altı ayı, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından ise bir yılı geçemeyecektir. Kanun koyucu 2. fıkradakine benzer şekilde TCK'da öngörülen bazı suçlar ve TMK kapsamına giren suçlar bakımından bu sürenin en çok 1 yıl altı ay olabileceğini, ancak gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabileceğine hükmetmiştir. Ancak 2. fıkradan farklı olarak söz konusu bu suçların yanına toplu olarak işlenen suçlar da eklenmiştir. Bu düzenlemeden ortaya çıkan sonuç 2. fıkrada öngörülen ve bütün muhakeme boyunca geçerli olacak olan toplam sürelerden soruşturma evresi için 4. fıkrada belirtilen sürelerin çıkartılması suretiyle elde edilecek süre muhakemenin kovuşturma evresindeki tutukluluk için geçerli olacak azami süredir. Görüldüğü gibi ek 4. fıkra tutukluluk sürelerini artırmamış ya da azaltmamış sadece bu sürelerin soruşturma evresinde en çok ne kadar sürebileceğini düzenlemiştir. Bu değişiklikten sonra soruşturma evresinde azami tutukluluk sürelerinin dolması mümkün görünmemektedir.

⁷¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 268, Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 328; Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, "Tutuklulukta Azami Süre," 56.

⁷² Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 328.

⁷³ Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, "Tutuklulukta Azami Süre," 56.

⁷⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 268.

ve (b) bentlerinde yer alan şüpheli ve sanık tanımları ile (e) ve (f) bentlerinde yer alan soruşturma ve kovuşturma kavramlarının tanımlarına bakıldığında kastedilenin muhakemenin bütünü olduğu ortaya çıkar⁷⁵. Söz konusu (a) bendinde şüpheli soruşturma evresinde suç şüphesi altında olan kişi olarak tanımlanırken, (b) bendinde sanık, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında olan kişiyi ifade etmektedir. Soruşturma 2/1 maddenin (e) bendinde kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre olarak açıklanırken kovuşturmanın ise (f) bendinde iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade ettiği belirtilmektedir. Bu düzenlemelerin sonucu olarak ilk derece mahkemesince mahkûm edilmiş olsa da mahkûmiyet hükmü kesinleşmediği sürece cezalandırmak amacıyla kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmak mümkün değildir⁷⁶; zira hakkında denetim muhakemesine başvurulabilir bir mahkûmiyet kararı verilen kişi mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar hükümlü sıfatını almaz, sanıklık sıfatı devam eder ve suçsuzluk karinesinden yararlanır⁷⁷. Bu durumda YCGK'nın yukarıda belirtilen karardaki yorumu kanuna dayanmayan bir özgürlük kısıtlaması sonucunu doğurmaktadır⁷⁸. YCGK'nın, AİHM'in denetim muhakemesi aşamasındaki tutukluluğu, Sözleşmenin 5(1) a kapsamında hükümlülük olarak nitelendirmesini esas alması iç hukukumuzda uygun değildir. Denetim muhakemesine gidilmesi kararın kesinleşmesini önler. Bu durumda olan bir sanık ise Anayasa'nın 38/4 ve AİHS'in 6/2 maddelerinde güvence altına alınan suçsuzluk karinesinden yararlanacaktır⁷⁹.

⁷⁵ Aynı yönde: Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 401; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 310. Aksi görüşte: Halit Dönmez, "CMK 102 deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme," *Ankara Barosu Dergisi* 68, (Nisan 2010): 193 vd.

⁷⁶ Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, "Değerlendirmeler," 185.

⁷⁷ Feyzioğlu ve Okuyucu Ergün, "Tutuklulukta Azami Süre," 37.

⁷⁸ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 401. Yazarlar bu uygulamanın hâlihazırda uygulanmasının mümkün olmadığını ancak kanunla yapılacak bir düzenleme ile bu ayrımın hukuk hayatımıza dâhil edilebileceğini belirtmişlerdir. Ancak bu yöndeki bir düzenlemenin uygun olmayacağını düşünüyoruz. Buna aşağıda değineceğiz.

⁷⁹ Özen, Güngör ve Okuyucu Ergün, "Değerlendirmeler," 186. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Hukuku'nun en temel ilkelerinden olan masumiyet/suçsuzluk karinesiyle hiçbir şekilde bağdaşmayan şu görüşe katılmak mümkün değildir: "AİHS'nin 5. Maddesinin 1. Paragraf (a) fıkrasında 'yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne/hukuka uygun olarak hapsedilmesi' hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çerçevesinde hüküm giymek işlenen suç neticesinde suçlu bulunmaktadır". Dönmez, Halit, "CMK'daki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme." *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 68, (Nisan 2010): "CMK 102 deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme," 193.

Bu noktada hükmün kesinleşmesi kavramını değerlendirmek istiyoruz. Her ne kadar CMK'nın “*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlıklı 223. maddesinde “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı hükümdür*” denilerek ilk derece yargılaması sonunda verilecek kararın “*hüküm*” niteliğinde olduğu açıklanmışsa da hakkında hüküm verilen kişinin hukuki statüsünün sanıklıktan hükümlüye dönüşmesi konusunda bir belirleme yapılmamıştır. CMK'nın altıncı kitabı olan Kanun Yolları başlığı altında düzenlenen “*kanun yollarına başvurma hakkı*” başlıklı 260. maddede kimlerin bu hakka sahip olduğu düzenlenmiştir. Aslında bu fıkra da hatalı olarak hükümlüden bahsedilmemiştir. Zira kanun yolları CMK'ya göre “*olağan kanun yolları*” ve “*olağanüstü kanun yolları*” olarak ikiye ayrılmaktadır. CMK'nın olağanüstü kanun yolları düzenlemelerinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz

yetkisi⁸⁰ ve Bölge Adliye Mahkemesi Başsavcılığı'nın itiraz yetkisinin⁸¹ düzenlendiği 308. madde hariç kanun yararına bozma⁸² ve yargılanmanın

⁸⁰ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisinin düzenlendiği 308. maddenin birinci fıkrasında “Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, resen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir” denildikten sonra “Sanığın lehine itirazda süre aranmaz” ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü gibi maddede “sanık” ifadesi kullanılmaktadır. Doktrinde bu kanun yolunun olağan bir kanun yolu mu yoksa CMK’da düzenlendiği yer itibarıyla olağanüstü bir kanun yolu mu olduğu konusunda tartışma vardır. Bizim de katıldığımız görüşe göre Yargıtay Başsavcısının itiraz yetkisi her ne kadar CMK’da olağanüstü kanun yolları başlığı altında düzenlense de gerçekte olağan kanun yoludur: “Yargıtay ceza dairesinin yerel mahkeme kararlarını bozma kararı üzerine de başvurulabilen ve henüz kesinleşmemiş kararları Y. Cumhuriyet Başsavcılına CGK’ya incelemek üzere götürdüğü Başsavcının İtirazı kanun yolu olağan kanun yollarındandır. CMK’nın bu kanun yolunu olağanüstü kanun yolları arasında düzenlemiş olması bizi yanıltmamalıdır. Gerçekte bu tasnif doğru değildir. Bu kanun yoluna başvurulduğunda henüz yerel mahkemece verilen ve Yargıtay ceza dairesi ve Yargıtay Başsavcılığı önünde bulunurken Yargıtay CGK’ya götürülen hüküm kesinleşmemiştir ve kesin hükmün sonuçlarını doğurmaz. O nedenle bu bir olağan kanun yoludur”. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 804. Centel ve Zafer de “CMK’nın m.308’in “olağanüstü kanun yolları” başlığı altında yer almasından dolayı sadece onama kararlarına karşı bu yola gidilebileceği; hükmün kesinleşmesini engelleyen kararlarına karşı bu yola gidilemeyeceği sonucuna ulaşılır. Çünkü olağanüstü kanun yolu kesinleşmiş kararlara karşı gidilen bir yasa yoludur” şeklinde görüş bildirmiş ancak olması gereken açısından kanuni bir düzenleme yapılarak bu kanun yolunun olağan kanun yolu olarak düzenlenmesi gerektiğini, çünkü dairelerin bozma kararlarına karşı da bu yola gidilmesinin şart olduğunu aksi takdirde sürecin gereksiz yere uzayacağını belirtmiştir. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 850-851. Aksi görüşte: Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 758; Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1003; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 776; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 663; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 677; Çetin Arslan, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK m.308)”, *Ceza Hukuku Dergisi* 2, sy. 5 (Aralık 2007): 113. Kurumun hukuki niteliği konusundaki görüşler için ayrıca bkz. Arslan, “Yargıtay,” 109-112.

⁸¹ CMK madde 308’e 7035 sayılı Kanunla eklenen 308/A maddesi Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yetkisini düzenlemiş ve burada da sanık kavramı kullanılmıştır. Maddenin bizzat kendisi “Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re’sen veya istem üzerine kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanık lehine itirazda süre aranmaz” ifadelerini kullanarak hakkında karar kesinleşen kişinin hukuki statüsünü “sanık” olarak belirlemiştir. Bunun hatalı olduğunu düşünüyoruz.

⁸² Kanun yararına bozma: CMK md. 309/1d: “Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder”.

yenilenmesi⁸³ olağanüstü kanun yollarında “hükümlü” terimi kullanılmaktadır. Görüldüğü gibi bir sanığa hükümlü sıfatını verebilmek için hükmün sadece ilk derece mahkemesi tarafından verilmesi yeterli değildir; bunun için hükmün kesinleşmesi gerekir. Tutukluluk sıfatıyla birlikte bile kullanılsa dahi hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmeyen bir sanığa hükümlü sıfatını vermek mümkün değildir. Bu bir yana hükümlülük ve tutukluluk sıfatının aynı kişide birleşmesi de ceza muhakemesi hukukunun mantığına hiçbir şekilde uygun değildir⁸⁴.

⁸³ Yargılanmanın Yenilenmesi: Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri Madde 311/1-“Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava aşağıda yazılı hallerde hükümlü lehine olarak yargılanmanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür: ...”. Ancak “hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi” başlıklı 311. maddeden farklı olarak aleyhe yargılama nedenlerinin düzenlendiği 314. maddenin başlığı “Sanık ve hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri” başlığını taşımaktadır. Madde metninde de sanık ve hükümlü beraber kullanılmaktadır. Kanun koyucunun lehe yargılama nedenleri bakımından yalnızca hükümlü kavramını kullanırken aleyhe yenilenme nedenleri bakımından hükümlü yanında sanık kavramını da kullanması anlaşılır değildir.

⁸⁴ Bu nedenle şu görüşlere katılmak mümkün değildir: “Yukarıda ilk taslakta belirtilen süreler içinde karmaşık davalar yönünden Türkiye şartlarında veya dünyanın herhangi bir yerinde kararın kesinleştirilmesini beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. O nedenle Kanun koyucunun süreleri belirlerken CMK 102 madde gerekçesinde atfı yapılan AİHS ve AİHM kararları yanında CMK 231/1’deki düzenlemeyi de nazara aldığı kabul etmek gerekir. Çünkü Adalet Bakanlığınca 22.01.2007 tarihli 45/1 nolu ‘Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler’ konulu genelgesi incelendiğinde de görüleceği üzere, genelgede açıkça hakkında ilk derece mahkemelerince mahkûmiyet hükmü kurulan fakat cezaları henüz kesinleşmeyen sanıklarla ilgili olarak “hükümözlü” kavramına yer verildiği, genelgenin hükümözlülerle ilgili kısımları incelendiğinde ise hakkında henüz karar verilmemiş ve yargılanmaları tutuklu olarak sürdürülen sanıklara göre daha sıkı infaz rejimine tabi oldukları görülmektedir. Bu uygulamanın CMK’nın 223/1. Maddesindeki ilk derece mahkemesince verilen kararın hüküm olduğuna ilişkin düzenlemeye dayandığı açıktır. Genelge ile yukarıdaki açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde hakkında ilk derece mahkemelerince hüküm kurulmuş ancak hükümlülükleri kesinleşmemiş olan kişilerin tutuklu olarak yargılanması süren diğer şahıslardan farklı bir statüye tabi oldukları, bu nedenle hükümözlü statüsüne geçmiş sanıklar hakkında Yargıtay’da geçen inceleme süresinin CMK 102 kapsamında tutukluluk olarak değerlendirilmediği gibi hükümözlü bu kişilerin tutukluluklarının Yargıtay’da CMK’nın 108/1 maddesinde belirtildiği şekilde en geç otuzar günlük süreler itibarıyla incelenmeye alınmasına ilişkin ne Yargıtay Kanunu’nda ne de CMK’da bir hüküm bulunmadığı düşünüldüğünde ilk derece mahkemesinde karar verildikten sonra temyiz aşamasında geçen tutukluluk süresinin CMK 102 kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ayrıca Anayasa’nın 19, CMK 223/1 maddeleri ve Türk İnfaz Hukukundaki uygulamanın da AİHS’nin 5/1-a maddesindeki düzenlemeyle örtüştüğü görülmektedir”. Dönmez, “CMK 102 deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme,” 195.

Nitekim Yargıtay da 2011 yılındaki bahsi geçen kararından önceki kararlarında tutukluluk sürelerinin denetim muhakemesi aşamasında da dikkate alınması yönünde bir yaklaşım göstermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.05 2009 tarihinde verdiği bir kararında⁸⁵ 29.08.2006 tarihinde tutuklanan ve 15.11.2006 tarihinde Asliye Ceza Mahkemesi tarafından hakkında mahkûmiyet verilen sanığın tutukluluk süresinin 2 yıl 9 ay olduğunu tespit etmiş bu durumda azami tutukluluk süresinin aşıldığını belirterek sanığı tahliye etmiştir.

CMK’da öngörülen azami tutukluluk sürelerinin, 102. maddede aksi belirtilmediğine göre kişinin birden fazla suçtan dolayı tutuklu olması halinde de geçerli olması gerekir⁸⁶. Anayasa Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir: *“5271 sayılı Kanun’un 102. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Madde metninde ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen suçlar bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Bireyler hakkında birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir koruma tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar yönünden en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez⁸⁷. Suç ve sanık sayısı, davanın karışık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınması mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun’un 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün*

⁸⁵ YCGK, E. 2009/9-73, K. 2011/129, 26.05.2009. www.kazanci.com.tr.

⁸⁶ Aynı yönde Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 389; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 327; Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 311.

⁸⁷ AYM’nin yukarıda belirttiğimiz kararında tutukluluk süreleri bakımından hükümden önce ve sonra ayrımı yaparken bu kararına yakın bir tarihte verdiği bu kararda tutukluluk bakımından bütüncül bir yaklaşım benimsemesi kayda değerdir.

*görünmemektedir”.*⁸⁸ Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı bu yorumun aynı sanığın bağlantılı bağlantısız bütün dosyaları bakımından kabul edilmesi gerekir. Bir başka deyişle AYM’nin kararındaki gibi sanığın dosyaları birleştirilmemiş bile olsa tutukluluk süresi sanığın tüm davaları tek bir dosya gibi kabul edilerek belirlenmelidir.

VI- ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen K.P. kararındaki yaklaşımını bu konuyu değerlendirdiği şu kararlarında da sürdürmüştür: *“Buna karşılık, kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark da bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmesi, şüphenin yenildiği anlamına gelmekte; isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Bir başka ifadeyle tutuklu sanığın hukuki statüsü değişmekte, tutuklanmasına neden olan (kuvvetli) şüphe yerini, her türlü şüpheden uzak bir kabulü ifade eden “kanaat”e bırakmaktadır. Bu nedenle mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesinin ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk halinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Bu bakımdan, mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. Nitekim gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), gerekse Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir. AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme’nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca “mahkûmiyet sonrası tutma” olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır (Benzer yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Solmaz/Türkiye, B. No: [27561/02](#), 16/1/2007, §§ 23, 24; Şahap Doğan/Türkiye, B. No: [29361/07](#), 27/5/2010, § 26). Aynı yaklaşım*

⁸⁸ AYM, Burak Döner kararı, B. No: 2012/521, T. 02.07.2013. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>. Ayrıca bkz. Dönmez, “CMK’daki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme,” 197.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) tarafından da benimsenmektedir. CGK'nin 12/4/2011 tarih ve E.2011/1-51, K.2011/42 sayılı kararında, "hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır." gerekçesiyle, temyizde geçen sürenin tutukluluk süresine dâhil edilmeyeceğine karar verilmiştir".⁸⁹

"Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü mahkûmiyet tarihi itibarıyla kişinin hukuki durumu "bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu" olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark da bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmesi, şüphenin yenildiği anlamına gelmekte; isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Bir başka ifadeyle tutuklu sanığın hukuki statüsü değişmekte, tutuklanmasına neden olan (kuvvetli) şüphe yerini, her türlü şüpheden uzak bir kabulü ifade eden "kanaat"e bırakmaktadır. Bu nedenle mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesinin ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk halinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Bu bakımdan, mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez (Hasan Elçi, B. No: 2013/6398, 3/4/2014, § 32)"⁹⁰

"Bir suç isnadına bağlı olarak" tutuklulukta geçen sürenin başlangıcı, başvurunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir (Murat Narman, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 66). Belirtilen tarihler arasında geçen süre esas alınarak "bir suç isnadına bağlı olarak" tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığı değerlendirmesi yapılacaktır.

⁸⁹ AYM, Hasan Elçi kararı, B. No. 2013/6398, T. 3.4.2014, Par. No:32.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

⁹⁰ AYM, Neytullah Bayram kararı, B. No. 2014/10339, T. 15.4.2015, Par. No: 35.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

Bu kapsamda “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu olma” durumunda, tutukluluk süresinin makul olmadığı iddiasıyla yapılacak bireysel başvurunun ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra ve serbest bırakılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir. AİHM de, mahkûmiyet kararından itibaren altı ay içerisinde yapılmayan “bir suç isnadına bağlı” tutma kapsamındaki başvurunun süresinde olmadığını belirtmiştir (Atalay Öztürk/Türkiye (kk), B. No: 54890/09, 7/1/2014, §§ 37-41).⁹¹

Görüldüğü üzere AYM söz konusu bu kararlarını YCGK’nın yukarıda belirttiğimiz kararına ve AİHM’in tutuklulukla ilgili verdiği kararlarına dayandırmaktadır. Yukarıda AİHM’in tutuklulukta geçen süre ile ilgili değerlendirmesinden bahsetmiştik. Kısaca yeniden belirtmekte yarar görüyoruz. AİHM Wemhoff/Almanya kararıyla hüküm verilmeden önceki tutukluluk durumuyla hüküm verilmesinden sonraki tutukluluk durumunu kesin bir şekilde ayırmıştır. Belirttiğimiz gibi Mahkeme, tutuklu bulunsun ya da bulunmasın, ilk derece mahkemesince mahkûm edilen kişinin AİHS m. 5/1’in (a) bendine göre “mahkûmiyet kararı verilmesinden sonra” özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi olduğuna işaret etmiş ve bu ifadenin kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonraki evre ile sınırlandıramayacağını belirtmiştir. Mahkeme bunun gerekçesini ise, eğer ifade kesinleşmiş mahkûmiyet şeklinde anlaşılırsa bu yaklaşımın “haklarında ilk derece mahkemesinde hüküm verilmiş fakat tutuklu olmayan sanıkların duruşmaya geldiklerinde tutuklanmalarını kapsam dışı bırakacağı” şeklinde açıklamıştır. Buna göre Mahkeme Sözleşmenin 5/3 maddesindeki güvencenin ilk derece mahkemesinin vereceği hükümden sonra yeterli olmayacağı kanaatindedir.

Bu anlayışın sonucu olarak AİHM, Sözleşme’nin 5/3 maddesinde yakalanan veya tutulan herkesin bir hakime ya da kamu görevlisine başvurarak salıverilmelerini isteme haklarını olduğunu belirtmektedir. Ancak söz konusu fıkranın kapsamının 5. maddenin 1c bendindeki durumlar için olduğunu yani “kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğunu doğuran makul gerekçelerin varlığı”

⁹¹ AYM, Muhittin Tulgar kararı, B. No. 2014/3456, T. 07.07.2015, Par. No: 23-25.
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

durumları için geçerli olduğunu açıkça belirtmiştir. AİHM de Sözleşme'nin bu maddesinde bahsedilen yakalama ve tutulma hallerini yerel mahkemelerin hüküm verme anına kadar bir koruma sağladığı şeklinde yorumlamaktadır. AİHM'in maddeyi bu şekilde yorumlaması haklı görülebilir zira aksi durumda Sözleşme'nin 5/1a maddesinde belirtilen tutma hali yani *“kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun tutulması”* halinin uygulama alanı belirsizleşecektir. Başka bir anlatımla Sözleşmenin 5/3 maddesindeki koruması sadece 5/1c bendindeki hallere münhasır değil bütün muhakeme sürecini kapsayacak şekilde anlaşılırsa bu durumda Sözleşmenin 5/1a maddesinin bir anlamı kalmayacaktır. AİHM Sözleşme'nin düzenlemesine uygun bir biçimde yorum yapmış ve muhakemenin bütün aşamalarındaki tutmaya karşı kişilerin güvenceye sahip olmaları yönünde kararlar vermiştir. Böylece Sözleşme'nin ruhuna uygun biçimde özgürlük kısıtlamalarına karşı her aşamada güvence sağlanmasını öngörerek özgürlükler lehinde yorum yapmıştır. Ancak yukarıda YCGK'nın kararını değerlendirdiğimiz başlıkta vurguladığımız gibi 5271 sayılı CMK'da böyle bir ayırım yapılmamıştır. CMK'nın 102. maddesinde öngörülen tutukluluk süreleri ile ilgili düzenleme muhakemenin hem soruşturma evresini hem kovuşturma evresini kapsamaktadır. Öyleyse AYM'nin CMK'nın 102. maddesine aykırı bir uygulama yaparken AİHM'in kararlarını referans göstermesi haklı görülemez. AİHM tutuklama konusunda Sözleşme hükümlerini özgürlükler lehine yorumlarken AYM'nin aynı kararlara dayanarak tam tersi bir yaklaşım içinde olması kabul edilebilir değildir. Bu noktada yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yeteniyoruz.

Diğer yandan AYM tutukluluk süresinin sadece ilk derece mahkemesinde geçen yargılamada dikkate alınacağı yönündeki görüşü benimsediğinden, yerel mahkemenin nihai kararını verdiği tarihten itibaren 30 gün içinde başvuru yapılmamasını gerekçe göstererek süre bakımından başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermektedir: *“Somut olayda başvuru 19/5/2008 tarihinde Kemer Sulh Ceza Mahkemesince tutuklanmış, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararını verdiği 30/11/2012 tarihinde tutukluluk hali bu anlamda sona ermiştir. Bu karar başvurucuya aynı tarihte tefhim edilmiş olup, başvuru, anılan karara karşı itiraz yoluna başvurduğuna dair bilgi veya belge sunmamıştır. Buna göre, başvurunun 13/8/2013 tarihinde yapmış olduğu bireysel başvurunun, bu şikayet yönünden süresi içerisinde yapıldığının kabul edilmesi mümkün değildir.*

*Açıklanan nedenlerle, ihlale neden olduğu iddia edilen karara ilişkin olarak 30 gün geçtikten sonra yapılan başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”.*⁹²

“Başvurucunun, isnat edilen suçlarla ilgili yargılama kapsamında ilk derece mahkemesince mahkûmiyet kararının verildiği tarihe kadar geçen sürede “bir suç isnadına bağlı olarak” özgürlüğünden yoksun bırakıldığı, mahkûmiyet kararından sonra geçen sürenin “mahkûmiyet sonrası tutma” kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

Hükümle birlikte verilen tutukluluk halinin devamı kararına itiraz edildiğine ilişkin başvuru tarafından herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığı tespit edilmiştir. Bu belirlemeler karşısında, “bir suç isnadına bağlı olarak” tutuklulukla ilgili şikayetleri içeren bireysel başvuruda, ilk derece mahkemesinin nihai kararını verdiği 9/11/2012 tarihinden itibaren otuz gün içinde başvuru yapılması gerekirken 13/3/2014 tarihinde başvuru yapılması nedeniyle süre aşımı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu noktada başvurunun 7/3/2014 tarihli dilekçesiyle Yargıtay 6. Ceza Dairesine yaptığı tahliye talebinin başvuru süresi üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

*Açıklanan nedenlerle, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmayan bireysel başvurunun bu kısmının “süre aşımı” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”*⁹³

AYM gerçekte bu yaklaşımıyla Anayasa’ya 2010 yılında dâhil edilmiş ve en temel haklardan biri haline getirilmiş bireysel başvuru hakkının uygulanmasını engellemektedir⁹⁴. Ayrıca bu yaklaşımıyla AYM yerel mahkemelerin mahkûmiyet kararları ile kovuşturma evresinin bitmediğini ve sanık sıfatının da sonlanmadığını, aksine düzenleme olmadıkça olağan kanun yolunda geçen sürenin tutuklama süresi dışında bırakılamayacağını göz ardı etmektedir. Diğer yandan CMK m. 104/3 ‘e göre yapılan tahliye talebine karşı bireysel başvuru yolunun kapatılamayacağını belirtmek gerekir. Tutuklu

⁹² AYM, Hasan Elçi kararı, B. No. 2013/6398, T. 3.4.2014, Par. No: 34, 36.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

⁹³ AYM, Muhittin Tulgar kararı, B. No. 2014/3456, T. 07.07.2015, Par. No: 27-29. Aynı yönde: AYM, Neytullah Bayram kararı, B. No. 2014/10339, T. 15.4.2015, Par No: 36-38.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

⁹⁴ Ersan Şen, “Temyizde Geçen Tutukluluk Süresi Açmazı”, s. 1. <https://www.hukukihaber.net/temyizde-gecen-tutukluluk-suresi-acmazi-makale,4219.html>. Erişim tarihi: .05.07.2024.

sanığın tahliye talebi BAM/Yargıtay tarafından reddedilirse bu redde karşı CMK m. 268 kıyasen uygulanarak aynı daireye itiraz dilekçesi verilebilir, bu itirazı bir sonraki daire inceleyebilir; bu dairenin kararına karşı otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulabilir; itiraz başvurusunda bulunulmamışsa bu halde CMK m. 104/3'e göre verilen kararın kesin kabul edilerek, bu karara karşı otuz gün içinde doğrudan bireysel başvuruda bulunulabilir⁹⁵.

Aslında AYM 02.07 2015 tarihinde oybirliği ile verdiği S.Z kararında bu kararlarının aksi yönünde olması gereken şekilde karar vermiştir: “*Bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu olma*” durumunda, tutukluluk süresinin kanuni süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılacak bireysel başvurunun, ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra veya serbest bırakılmadan itibaren başvuru süresi içinde yapılması gerekir (Mehmet Emin Kılıç, B. No: 2013/5267, 7/3/2014, § 28). Bununla birlikte anılan kural mutlak değildir. Bazı hâllerde kuralın, hakların kullanılmasına engel olacak aşırı şekilcilikten uzak bir şekilde esnek yorumlanması gerekebilir. Özellikle daha önce birçok kez tutukluluğun devamı kararlarına itiraz edilmiş ve sonuç alınamamışsa en son verilen tutukluluğun devamı kararına itiraz edilmediği dolayısıyla başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuru reddedilmemelidir.

Bu değerlendirmeler ışığında somut olaya bakıldığında ilk derece mahkemesinin başvurucunun tutukluluk hâlini resen veya başvurucunun talebi üzerine incelemiş olduğu ve her defasında formül gerekçelerle başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar verdiği, bu kararlara karşı yapılan itirazların da yine formül gerekçelerle reddedildiği anlaşılmıştır. Yargılama esnasında 6526 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği ve 5271 sayılı Kanun ile 3713 sayılı Kanun uygulaması ile belirlenen 10 yıllık azami tutukluluk süresinin 5 yıla indirildiği gerekçesiyle, 9/3/2014 tarihinde kanuni bir zorunluluk gereği başvuru tahliye edilmiştir. Formül gerekçelerle tutukluluğun devamına karar verilen bir davada başvurucunun yaklaşık beş yıl süren bir tutuklulukta, verilen son tutukluluğun devamı kararına karşı itiraz yoluna başvurmasını beklemek aşırı şekilci bir yaklaşım olacaktır. Kaldı ki başvuru 11/10/2013 tarihinde verilen tutuklamanın devamı kararına itiraz etmemiş olsa da başvurucunun tutukluluk hâlinin tahliye edildiği 9/3/2014 tarihine kadar devam ettiği anlaşılmaktadır.

⁹⁵ Şen, “Tutukluluk Süresi Açmazı,” 1. Aynı yönde: Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 387.

*Bu nedenlerle açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir”.*⁹⁶

VII- MECLİSTE ve DOKTRİNDE SUNULAN ÇÖZÜM ÖNERİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tutukluluk sürelerinin hesaplanmasında kanun yolu aşamasında geçen sürelerin dikkate alınmayacağı yönündeki Yargıtay’ın ve AYM’nin yukarıda belirttiğimiz yaklaşımlarının uygulamada mağduriyetlere sebep olduğu gerçeği meclisin de gündemine gelmiştir. Sorunun çözümü için üç milletvekili tarafından 06.02.2014 tarihinde meclise bir kanun teklifi sunulmuştur⁹⁷. Bu teklifte CMK’nın 102/2 maddesinin değiştirilmesi ve üçüncü dördüncü fıkraların eklenmesi istenmiştir. Buna göre yapılması istenen düzenleme şu şekildedir: “CMK madde 102/(2): Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek en çok bir yıl daha uzatılabilir.

(3) Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren işlerle ilgili ikinci fıkradaki tutukluluk sürelerine ilişkin sınırlar istinaf ve temyiz incelemesi aşamasında uygulanmaz. Tutuklu işlere ilişkin istinaf ve temyiz incelemeleri, toplamda en çok bir yıl içinde karara bağlanır. Haklarındaki istinaf ve temyiz incelemeleri toplam bir yıl içinde karara bağlanmayan tutuklu sanıklar derhal salıverilir”.

Teklifin CMK’nın 102/2 maddesiyle ilgili önerilen değişiklik kısmı olumludur. Zira Ağır Ceza Mahkemeleri’nde görülen işlerde tutukluluk sürelerinin normal süreye ek olarak üç yıl uzatılması şeklindeki hüküm doktrinde sıklıkla eleştiri konusu olmuştur. Ancak teklifin üçüncü fıkra olarak öngördüğü kısım için aynı şey söylenemez⁹⁸. Bu durum uygulamadaki yanlış kanuni bir kılıf uydurmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Tutuklu işlerde istinaf ve temyiz incelemelerinin en çok bir yıl içinde karara bağlanacağı şeklindeki düzenleme ile hükmen tutuklu kavramıyla uygulamanın dayanaktan yoksun olarak uzun süren tutukluluk uygulamalarına bir çözüm getiriliyormuş gibi görünse de bunun gerçekçi olduğunu düşünmek zordur. Özellikle ülkemizde denetim muhakemesinin yavaş işlediği de göz önüne alınırsa bunun ancak pek kapsamlı olmayan dosyalarda mümkün olabileceği

⁹⁶ AYM, Serdar Ziriğ kararı B.No. 2013/7766, T.02.072015, Par.No:27-29. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

⁹⁷ Bkz. www.tbmm.gov.tr.

⁹⁸ Aynı yönde: İnci, “Hükmen Tutukluluk,” 106, dn. 9.

anlaşılır. Ancak kapsamlı davalarda istinaf ve temyiz aşamalarının bir yılda tüketilmesi gerçekçi değildir. Ayrıca bu çözüm önerisi de sonuçta kovuşturma evresinin hükmün kesinleşmesine kadar olan bir süreci ifade ettiğini göz ardı etmekte ve tutukluluğu bir nevi erken infaza çevirmektedir.

Bu mağduriyetin sona ermesi için yapılan önerilerden birisi de şudur⁹⁹: “7542 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile CMK’nın 109/4 maddesinde yapılan değişikliğe¹⁰⁰ benzer şekilde, istinaf ve temyiz aşamaları da dâhil olmak üzere tutuklulukta geçen sürelerin, verilen cezaların kesinleşmesi durumunda cezaevinde fiilen infaz edilecek süreye yakın olduğu hallerde, dosyanın aşamasına göre bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, Yargıtay veya ilk derece mahkemesince talep üzerine veya resen tutukluluğun sonlandırılması ve adli kontrol kararı verilmesine dair yasal düzenleme yapılmalıdır. Hatta bu konuda yetki yalnızca ilk derece mahkemesine veya yeniden karar vermişse bölge idare mahkemesi ceza dairesine de tanınabilir. Bu makamlar tarafından resen veya talep üzerine dosyanın esası ile ilgili incelemeden bağımsız şekilde ve esasa dair inceleme sırası beklemeksizin değerlendirme yapılmalı ve cezanın kesinleşmesi halinde fiilen cezaevinde geçirilecek süre tutuklulukta geçirilecek süreyi karşılamakta ise veya bu süreler arasındaki fark önemli ölçüde az ise tutukluluk hali kaldırılarak adli kontrol kararı verilmelidir. Adli kontrol kararı verme hükmü özlü sıfatıyla sanığın ceza infaz kurumunda fiilen geçireceği sürenin dolması halinde zorunlu, sanığın açık ceza infaz kurumuna ayrılma hakkını kazanacağı süreye ulaşmakla birlikte buradaki sürenin azlığına veya çokluğuna göre takdiri olmalıdır”.

Ancak belirtelim ki aynı sorun burada da devam edecektir. Yani bu incelemenin yapılması için de dosyanın ilgili makam önüne gelmesi uygulamada yine belirsiz bir süreci gerektirecektir; ayrıca bu çözüm sanık için öngörülen cezanın tutukluluk sürelerinden çok daha fazla olabileceği durumlarda işe yaramayacaktır.

⁹⁹ Şen ve Berkün, “Fiili İnfaz Süresi Kriteri,” 1.

¹⁰⁰ 7542 sayılı Kanunun 15. maddesiyle CMK’nın 109/4 maddesinde yapılan değişiklikle, “Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması halinde UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de adli kontrol kararı verebilir” hükmü getirilmiştir.

VIII-SONUÇ

Görüldüğü gibi hükmen tutukluluk kavramı, uluslararası sözleşmelerin güvencesi niteliğini taşıyan AY m. 90/5 hükmünün sanıklar aleyhine yorumlanması suretiyle Türk hukukunda yer almıştır. Bu yorumla iç hukukta tutukluluk sürelerini sınırlandıran, kişi hürriyetlerini genişleten AY m. 19/7-8, CMK m. 2, 102, 104/3 ve CGTİHK m. 4 gibi sanıkların lehine düzenlenmiş bütün hükümleri yok sayarak bir içtihat oluşturulmuştur. Anayasa'nın 90/5 maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşme hükümleri ile iç hukuk hükümleri çatıştığında mahkeme iç hukuktaki hükmü ihmal edip sözleşme hükmünü uygulayacaktır. Söz konusu Anayasa hükmü bir varsayımdan hareket etmektedir: Temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşme hükmünün iç hukuk kuralından daha geniş bir hak ve özgürlük içeriyor olması. Bu varsayım kural olarak doğru olmakla birlikte bizzat AİHS'de de belirtildiği gibi bazen aksi bir durum da söz konusu olabilir. Bu durumda elbette iç hukukta temel hak ve özgürlükleri daha fazla gözetilen bir hüküm varsa Sözleşme hükmü değil iç hukuktaki hüküm tercih edilecektir.

Bu içtihadın sonucu olarak kanun yolu aşamasında geçen süre değerlendirmeye tabi tutulmadığından, derece mahkemesindeki yargılamada tutuklu olan sanığın tutukluluk süresinin CMK m.102'de belirtilen azami süreler içinde kalması halinde hem azami hem makul tutukluluk süresinin aşılmadığına karar verilmektedir. Denetim muhakemesi sırasında tutukluluk süreleri dolan sanıkların tahliye talepleri Yargıtay'ın ve AYM'nin yanlış yaklaşımı nedeniyle karşılık görmemektedir. Tutukluluk sürelerinin hesabında kanun yolu aşamasının dâhil edilmemesinin sonucu olarak, kanun yolu aşaması yıllarca sürse bile sanıkların başvurabileceği yargısal merci bulunmamaktadır. Böylece kişi özgürlüğü ve güvenliği ihlal edilen sanıklar bu ihlalleri iç hukukta hiçbir merci önünde tespit ettirememesi gibi bir durumla da karşı karşıya kalmaktadır. Kişilerin öngörülemeyen bir süre boyunca dayanaksız ve itiraz kabul etmez bir şekilde hürriyetlerinden mahrum edilmeleri Anayasa'nın 19. maddesine aykırı olduğu gibi AİHS'in 5. maddesine de aykırıdır¹⁰¹. Bu uygulamayla kişi özgürlüğü hakkının yanı sıra adil yargılama hakkı ve masumiyet karinesinin ihlali de gündeme gelmektedir.

¹⁰¹ AİHS'in 5. maddesinde tutuklamanın hangi koşullarda yapılabileceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin bu maddesi öncelikle tutuklamanın kanuna dayanması gerektiğini belirterek ulusal hukuku nazara vermektedir. Bu itibarla tutuklamanın Sözleşme hükümleri bakımından kabul edilebilir olması için öncelikle iç hukuktaki düzenlemelere uygun yapılması gerekmektedir.

Hükmen tutukluluk uygulamasının ayrıca Anayasa'nın 2, 13, 38 maddelerine aykırı olduğu çok açıktır. Aynı şekilde bu uygulama AİHS'in 53. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. İfade etmek gerekir ki AİHM de zaman zaman bu hükmü ihlal edebilmektedir. Yani bir taraf devletin mevzuatında bu devlet aleyhine ihlal başvurusunda bulunan başvurusunun daha lehine bir hüküm varken AİHM sorunu bunu dikkate almadan Sözleşme hükümlerine göre çözmekte ve sonuçta taraf devlet mevzuatına göre ihlal söz konusuysun AİHS'ne göre ihlal olmadığına karar verebilmektedir. Makul olmayan uzun tutukluluk sürelerinin önüne geçmek için bununla ilgili başvuruları değerlendirirken AİHS'in tutukluluğu hüküm öncesi ve hüküm sonrası şeklinde ayırması nedeniyle Mahkemenin de buna göre bir ayırım yapması anlaşılabilir. Ancak AİHS'in bir insan hakları sözleşmesi olduğu düşünülürse bunun amacının Sözleşme'nin yanlış yorumlanarak uzun süren tutukluluk sürelerinin yalnızca kişi hakkında soruşturma evresinde verilen tutukluluk süreleri dikkate alınarak değerlendirilmesinin önüne geçmek için hüküm sonrası tutuklamayla ilgili makul süre değerlendirmesini ayrıca düzenlemek olduğunu kabul etmek gerekir.

Son olarak CMK'daki tutuklama sürelerini düzenleyen 102. maddenin hem lafzına hem de amacına bakıldığında sürelerin ceza muhakemesi sürecinin tamamı için geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Aksine bir uygulama hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, 102. maddenin bir kenara bırakılması anlamına gelecektir. Tutuklama sürelerini uzatmak ya da kısaltmak yetkisi ancak kanun koyucudadır, yargı makamlarınca belirlenmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun ise bu hükmü düzenlerken mahkûmiyet kesinleşmeden önceki en ağır özgürlük kısıtlaması olan tutuklamanın sebep olacağı mağduriyetleri azaltmak için bir yandan tutuklulukta geçecek sürelerle bir sınır getirirken diğer yandan kanun yolu aşamasında bu sınırların geçerli olmayacağını kabul ettiğini düşünmek mümkün değildir.

Bu bağlamda Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'in eski içtihatlarına dayandırarak verdiği kararları AİHM'nin yeni tutumunu da dikkate alarak gözden geçirmesi ve Kanun'a uygun bir yorum yapması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Baytaz, Abdullah Batuhan, “Hükme Bağlı Tutukluluk.” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Yayını, sy. 6 (Şubat 2018): 133-153.
- Centel, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17, sy. 1-2 (2011): 49-93.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Çetin, Arslan, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK m.308)”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Aralık 2007, S. 5, 105-161.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları 1*, İstanbul 2004.
- Dönmez, Halit, “CMK’daki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme.” *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 68, (Nisan 2010): 189-198.
- Feyzioğlu, Metin, “Suçsuzluk Karinesi, Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, sy. 1 (1999):135-163.
- Feyzioğlu, Metin, “Tutuklamaya Dair Uygulamada Görülen Bazı Sorunlar, Tespitler, Değerlendirmeler”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, Ankara 2009, 1189-1193.
- Feyzioğlu, Metin, Okuyucu Ergün, Güneş, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, sy. 1 (Mart 2010): 35-59.
- İnci, Zekiye Özen, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar.” *Ceza Hukuku Dergisi* 9, sy.25 (Ağustos 2014): 103-123.
- Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Nisan Yayınevi, 2022.
- Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özdemir, Orhan, “7542 sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılmaları.” *Adalet Dergisi* 148, sy.67 (Şubat 2021): 379-410.
- Özen, Muharrem, Güngör, Devrim ve Okuyucu Ergün, Güneş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin

- Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler.” *Ankara Barosu Dergisi* 68, sy. 4 (Nisan 2010): 181-187.
- Öztürk, Bahri, Özbek, Veli Özer ve Erdem, M. Ruhan. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Gezer, Özge Sırma, Saygılar, F, Alan, Esra, Özaydın, Özdem, Tütüncü, Efser Erden, Villemin, Derya Altınok, Tok, Mehmet Can. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Şen, Ersan, “Temyizde Geçen Tutukluluk Süresi Açmazı”, <https://www.hukukihaber.net/temyizde-gecen-tutukluluk-suresi-acmazi-makale,4219.html>.
- Şen, Ersan ve Berkün, Beyza Başer, “Tutukluluğun Değerlendirilmesinde Fiili İnfaz Süresi Kriteri”, 12.05.2020, <https://sen.av.tr/tr/makale/tutuklulugun-degerlendirilmesinde-fiili-infaz-suresi-kriteri>.
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU

The Crime of Destruction of Data in Turkish Penal Code No.5237

Gülce Ecem UÇAR*

ÖZ

Yirminci yüzyılda bilgisayarın icadıyla başlayan dijital dönüşüm, yirmi birinci yüzyılda teknolojinin hızla günlük hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmesiyle zirve noktasına ulaşmıştır. Bu durum da, hayatın pek çok alanını olduğu gibi ceza hukukunu da etkilemiştir. Teknolojinin gelişimiyle, yapılabilecek hak ihlallerinin artması ve çeşitlenmesi, farklı suç tiplerinin ceza kanunlarına girmesine zemin hazırlamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde ilk defa hükme bağlanan “Verileri yok etmeme” suçu da kişisel verilere yönelik ihlallerin ceza hukuku aracılığıyla önlenmesi amacının bir yansımasıdır. Makalede, ilgili suç fiili incelenmiştir. Öncelikle kişisel veriler tanımlanarak ulusal ve uluslararası mevzuattaki düzenlemeler ele alınmış, sonrasında da suç fiili değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda, öncelikle suçun hukuki konusu, mağduru, faili ve maddi konusu tartışılmış, ardından suçun ikili ayrımı görüşü doğrultusunda maddi ve manevi unsuru ortaya konulmuştur. Suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında ise suça etki eden nedenler, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, iştirak ve içtima kurumları ele alınmış; ardından suça bağlanan yaptırıma ve kovuşturma usulüne yönelik bilgi verilmiştir. Son olarak da Alman hukukuyla kıyaslanarak suçun düzenlemesine ilişkin çeşitli öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Verileri Yok Etmeme Suçu, Türk Ceza Kanunu 138. Madde, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması, Kişisel Verileri Koruma Kanunu

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 05.02.2025.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 12.04.2025.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, E-posta: geucar@ankara.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7585-3302>. ROR ID: <https://ror.org/01wntqw50>.

ABSTRACT

The digital transformation, started with the invention of the computer in the twentieth century, reached its peak in the twenty-first century when technology rapidly became indispensable. With the development of technology, the increase and diversification of possible rights violations have paved the way for introducing different types of crimes into criminal laws. The offense of “destruction of data”, stipulated for the first time in Article 138 of the Turkish Penal Code No. 5237, reflects the aim of preventing personal data violations through criminal law. In this article, the relevant criminal act is analyzed. First, personal data is defined, the regulations in national and international legislation are discussed, then the criminal act is evaluated. Firstly, the crime's legal subject, victim, perpetrator, and material subject are discussed. Then, the material and moral elements of the crime are presented in line with the dual distinction view. After that, the circumstances of crime, attempt and voluntary abandonment, jointly committed offenses, and aggregation were discussed. Information was given on the sanction attached to the crime and the prosecution procedure. Finally, various suggestions regarding the regulation of the offense have been made by comparing it with German law.

Keywords: Personal Data, Crime of Destruction of Data, Article 138 of the Turkish Penal Code, Protection of Personal Data through Criminal Law, Personal Data Protection Law

GİRİŞ

Yirmi birinci yüzyıl, getirdiği “yeni normal” kavramıyla, insanların hayatını derinden değiştirdi. Söz konusu kavram, Covid-19 virüsünün yol açtığı pandemi nedeniyle kullanılmaya başlansa da, insanlığın yirmi birinci yüzyıldaki “yeni normal”i yalnızca sağlık tedbirleriyle sınırlı kalmadı. Teknolojinin günlük hayatın vazgeçilemez bir parçası halini alması nedeniyle, yirminci yüzyılda dünya savaşlarının yarattığı gereksinim sonucu bilgisayarın

icadıyla başlayan dijital dönüşüm,¹ yirmi birinci yüzyılda zirve noktasına ulaşarak topluma yeni ancak bu dönüşüm sonucu normalleşmiş bir bakış açısı² kazandırdı.

Dijital dönüşümün ve teknolojinin yaygınlaşmasının insan hayatına yönelik etkileri, tabii ki, günlük yaşamdan ve toplumsal değerlerden etkilenmeye açık olan ceza hukukunda³ karşılık bulmuştur. “Siber suç” kavramının sıklıkla tartışılması veya mevcut suçların bilgisayar ve internet gibi teknolojik vasıtalarla işlenmesi bu duruma örnek teşkil etmektedir⁴. Bu bağlamda düşünüldüğünde, kişisel verilerin korunmasının da yirmi birinci yüzyılın en temel gereklerinden biri olduğu kolaylıkla anlaşılabilecektir⁵. Zira bilgisayar ve internet kullanımının gerek kişisel gerek profesyonel yaşamın neredeyse en önemli parçası haline gelmesi, kişisel verilere ulaşmayı ve bu verileri depolamayı, eskiye nazaran, oldukça kolaylaştırmıştır⁶. Bu kolaylık ise, verileri, girdiği herhangi bir internet sitesi vasıtasıyla bile kolaylıkla işlenen kişileri savunmasız hale getirmiştir⁷.

Kanun koyucu, yaptığı yasal düzenlemelerle, temelleri yirminci yüzyılda bilgisayarın kullanılmasıyla atılan ve yirmi birinci yüzyılda insan hayatının yadsınamaz bir parçası haline gelen dijitalleşmeye yabancı kalmadığı gibi, kişisel verilerin korunması ihtiyacını da göz ardı etmemiş ve bu verilere ceza hukuku özelinde de koruma getirmiştir⁸. Bu çalışmada, söz konusu korumalardan biri olan ve Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesinde düzenlenen “Verileri Yok Etmeme” suçu detaylı biçimde ele alınacaktır. Bu doğrultuda, öncelikle, kişisel veri kavramı ortaya konulacak ve kişisel

¹ Güneş Okuyucu Ergün, “Machina Sapiens”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72, no. 2 (2023): 718-19.

² Uğur Orhan, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 4 (2021): 1360-61.

³ Ceza kanunlarının toplumsal değerlerden etkilendiği yönünde bkz.: Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 21.

⁴ Orhan, “Kişisel Verilerin,” 1360-61.

⁵ Murat Volkan Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2016): 102.

⁶ Orhan, “Kişisel Verilerin,” 1361.

⁷ Orhan, “Kişisel Verilerin,” 1361.

⁸ Orhan, “Kişisel Verilerin,” 1361.

verilerin korunmasına yönelik ulusal ve uluslararası düzenlemelere yer verilecektir. Ardından, verileri yok etmeme suçu, doktrindeki suça yönelik tartışmalar da göz önünde tutularak detaylı biçimde tahlil edilecek; suçun özel görünüş biçimleri, yaptırım ve kovuşturma usulü de incelenecektir. Son olarak ise, suçun düzenlenmesine yönelik çeşitli öneriler getirilecektir.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

A. Kişisel Veri Kavramının Tanımı

Kişisel veriler, kimliği belirli veya belirlenebilir kişilere ait olan verileri ifade eder⁹. Bir verinin, kişisel veri olarak değerlendirilmeye uygun olup olmadığının tespiti için somut olaylar bazında, kişiyi tanımlayabilme gücüne sahip bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir¹⁰. Bu noktada, söz konusu verilerin gerçek kişilere ait olma zorunluluğuna dikkat çekilmelidir¹¹. Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde¹², kanunun kişisel verileri işlenen gerçek kişiler hakkında

⁹ Ersan Şen, Mert Maviş, Alperen Gözükan, Enes Efe ve A. Fırat Çetintaş, *Savunma Hakkının Kişisel Veriler Karşısında Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 17.

¹⁰ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 17.

¹¹ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 17.

¹² **Kapsam**

MADDE 2- (1) Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.

uygulanabileceği belirtilirken “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde¹³ ise ilgili verilerin yalnızca gerçek kişilere ait olabileceği hükme bağlanmıştır¹⁴.

¹³ “**Tanımlar**

MADDE 3- (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

- a) Açık rıza: Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı,
- b) Anonim hâle getirme: Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesini,
- c) Başkan: Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanını,
- ç) İlgili kişi: Kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi,
- d) Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi,
- e) Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi,
- f) Kurul: Kişisel Verileri Koruma Kurulunu,
- g) Kurum: Kişisel Verileri Koruma Kurumunu,
- ğ) Veri işleyen: Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi,
- h) Veri kayıt sistemi: Kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemini,
- ı) Veri sorumlusu: Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder.”

¹⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun 19.11.2018 tarihli ve 2018/131 sayılı kararında, kişisel verilerin yalnızca gerçek kişilere ait olabileceği belirtilmiştir. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 17, 2. dn.

B. Ulusal ve Uluslararası Mevzuattaki Düzenlemeler

1. Ulusal Mevzuat

a. Anayasa

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin 1982 Anayasası'ndaki düzenleme, özel hayatın gizliliğini öngören 20. maddede¹⁵ yer almaktadır¹⁶. Tıpkı kanun koyucunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişisel verilere ilişkin suçları, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" arasında düzenlemesi gibi, Anayasa koyucu da benzer biçimde, kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkıyla olan ilişkisini gözetenek bu verilere Anayasal koruma kazandırmıştır.

1982 Anayasası'nın 20. maddesinde, 2010 yılında 5982 sayılı Kanun ile, 3. fıkra eklenmiştir. Eklenen bu fıkrayla, kişilerin kişisel verilerinin korunmasını isteme; kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakları Anayasal güvence altına alındığı gibi kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği de açıkça hükme bağlanmıştır¹⁷.

¹⁵ "Özel hayatın gizliliği

Madde 20 – Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/20014709/5 md.)

(Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

¹⁶ Ezgi Aygün Eşitli, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar." *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2024): 127-128.

¹⁷ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz. "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)," *İçinde Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a*

Bu doğrultuda düşünüldüğünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde özel hayata ve aile hakkına saygı hakkını düzenleyen 8. maddenin koruması kapsamında düşünülen¹⁸ kişisel verilerin, Anayasamızda doğrudan açık bir güvenceye sahip kılınması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

b. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)

Ülkemizde kişisel verilerin korunması konusundaki temel mevzuat, 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı KVKK'dır¹⁹. KVKK'nın ilk maddesinde²⁰ kanunun amacı; kişisel verilerin korunması hakkının, özel hayatın gizliliği başta olmak üzere diğer haklarla olan ilişkisi üzerinden açıklanmıştır²¹. Dolayısıyla, KVKK'da da, kişisel verilerin korunması hakkının, özel hayatın gizliliği hakkının bir yansıması olarak görüldüğü söylenebilecektir²². Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddesi²³ ise, KVKK'nın verileri işlenen gerçek kişiler hakkında uygulama alanı bulacağını belirterek kişisel veri tanımı doğrultusunda bir yaklaşım ortaya koymuştur. Kanunun beşinci bölümünde ise kişisel verilerin ihlali dolayısıyla ortaya çıkan suçlara ve kabahatlere yer verilmiştir. KVKK'nın suçlara ilişkin düzenleme öngören 17.

Armağan 21, Özel Sayı (2019): 72. Mahmut Koca, "Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçu," İçinde *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Ed. Mahmut Koca (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 618.

¹⁸ "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi," Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Erişim tarihi: 15.11.2024, 42. <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020115014Guide%20Art%208-TUR.pdf>.

¹⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2023), 292.

²⁰ "Amaç

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir."

²¹ Gamze Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK Madde 138)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 47.

²² Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 47.

²³ "Kapsam

MADDE 2- (1) Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır."

maddesi²⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na yollamada bulunurken kabahatlere ilişkin esasları hükme bağlayan 18. maddesinde²⁵, maddede yer alan kabahatlere bağlanan idari para cezası yaptırımını doğrudan düzenlenmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda, KVKK'nın, kişisel verilere ilişkin esasları genel bir çerçeve içerisinde ortaya koyduğu söylenebilir.

c. Türk Ceza Kanunu (TCK)

Günümüzde kişisel verilere yönelik çok boyutlu ihlallerin giderek artması, kişisel verilerin ceza hukuku yoluyla korunması ihtiyacını doğurmuştur²⁶. Bu ihtiyacın sonucu olarak da kişisel verilere yönelik gerçekleşen değişik ihlal ihtimallerinden, kanun koyucunun bu yöndeki tercihi doğrultusunda cezai müeyyide gerektirenler, TCK'da suç olarak

²⁴ “Suçlar

MADDE 17- (1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır.

(2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.”

²⁵ “Kabahatler

MADDE 18- (1) Bu Kanunun;

a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar,

b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

d) **(Ek:2/3/2024-7499/35 md.)** 9 uncu maddenin beşinci fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

idari para cezası verilir.

(2) **(Değişik:2/3/2024-7499/35 md.)** Birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu, (d) bendinde öngörülen idari para cezası veri sorumlusu veya veri işleyen gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır.

(3) **(Ek:2/3/2024-7499/35 md.)** Kurulca verilen idari para cezalarına karşı, idare mahkemelerinde dava açılabilir.

(4) Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir.”

²⁶ Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması,” 116.

düzenlenmiştir. Türk hukukunda, kişisel verilere yönelik ilk suç düzenlemesi, 765 sayılı mülga TCK'da yer almaktadır²⁷. Söz konusu kanunun 525 a/1 hükmünde²⁸ ortaya konulan “Verilerin Ele Geçirilmesi” suçu, kişisel verileri ceza hukuku yoluyla koruma yönünde atılan ilk adım olsa da ihtiyaç duyulan korumayı sağlayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁹.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinin ardından ise, aşağıda daha detaylı biçimde ele alınacağı üzere, kişisel verilere yönelik suçlar, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” arasında hükme bağlanmıştır.

2. Uluslararası Mevzuat

a. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) Düzenlemesi

1980 yılında OECD tarafından, “Kişisel Verilerin Sınıraşan Trafiği ve Verilerin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeleri”, kişisel veriler alanında kabul edilen ilk uluslararası belgedir³⁰. Ancak OECD tarafından yayımlanan bu rehber ilkeler, bağlayıcı nitelikte değildir³¹. Söz konusu rehber ilkeler; veri toplamanın sınırlılığı, veri kalitesi, belirli amaç, kullanımın sınırlılığı, veri güvenliği, açıklık, bireyin katılımı ve hesap verilebilirliktir³². Bağlayıcı nitelikte olmayan bu ilkeler; üye devletlerde, kişisel verilerin korunmasına yönelik minimum standardı oluşturmaktadır³³. Bu ilkelerle amaçlanan, OECD

²⁷ Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması,” 116.

²⁸ İlgili hüküm, aşağıdaki gibidir:

“Bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutmuş bir sistemden, programları, verileri veya diğer herhangi bir unsuru hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve birmilyon liradan onbeşmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemde yer alan bir programı, verileri veya diğer herhangi bir unsuru başkasına zarar vermek üzere kullanan, nakleden veya çoğaltan kimseye de yukarıdaki fıkra yazılı ceza verilir.”

²⁹ Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması,” 116. Yener Ünver, “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler,” içinde *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, Ed. Yener Ünver (İstanbul: İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1998), 437.

³⁰ İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 155. Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 18.

³¹ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 18.

³² “Kişisel Verilerin Korunması Tarihine Yolculuk,” KVKK Blog, erişim tarihi: 10.11.2024, <https://kvkkblog.com/kisisel-verilerin-korunmasi-tarihine-yolculuk/>.

³³ Uğur Ersoy, “Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması,” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, (Ankara: 2009), 55. Korkmaz, *Kişisel Verilerin*, 156.

üyeleri devletlerde; çoğulcu demokrasinin, insan haklarına saygının ve serbest piyasa ekonomisinin benimsenmesini sağlamaktır³⁴.

b. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

Avrupa Konseyi belgeleri arasında, ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) değinilmelidir. AİHS'te her ne kadar kişisel verilerin korunmasına yönelik açık bir hüküm bulunmasa da, özel hayata ve aile hakkına saygı hakkını düzenleyen 8. maddenin³⁵, kişisel verilerin korunması hakkına temel teşkil ettiği düşünülebilir³⁶. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), kişisel verilerin korunması hakkını, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında koruduğu kararları mevcuttur³⁷.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk bağlayıcı uluslararası belge³⁸, 28.01.1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'dir. 01.10.1985 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme, doğrudan kişisel verilere yönelik ilk uluslararası belge olup kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeknesak kuralların ortaya çıkmasına dayanak teşkil etmiştir³⁹. Sözleşme, üye ülkelerde, gerçek kişilerin- herhangi bir uyruk veya ikametgâh farkı gözetmeksizin- temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kişisel nitelikteki verilerin otomatik yollarla işleme tabi tutulması karşısında özel hayat haklarını korumayı amaçlamaktadır⁴⁰. Sözleşmenin, OECD tarafından çıkarılan rehber ilkelerden ayrılan noktaları ise, temel ilkelerin aksine bağlayıcı olması ve yalnızca otomatik olarak işlenen verileri kapsamına

³⁴ Korkmaz, *Kişisel Verilerin*, 156.

³⁵ AİHS madde 8 aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

³⁶ “Madde 8 Rehberi,” 42.

³⁷ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 20.

³⁸ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 18. Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması,” 105.

³⁹ Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması,” 105.

⁴⁰ “Kişisel Verilerin Korunması Tarihine Yolculuk.”

almasıdır⁴¹. Türkiye, sözleşmeyi, 26.01.1981 tarihinde imzalamasına rağmen kişisel verilerin korunmasına yönelik ulusal mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler, 6698 sayılı KVKK'nın kabul edilmesiyle sağlandığı için sözleşme 30.01.2016 tarihinde onaylanarak iç hukukun bir parçası haline gelmiştir⁴².

c. Birleşmiş Milletler (BM) Düzenlemeleri

Barışı ve güvenliği koruyarak uluslararası alanda ekonomik, toplumsal ve kültürel bir işbirliği sağlamayı amaçlayan BM tarafından 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde⁴³ özel hayatın gizliliği hakkı hükme bağlanmıştır⁴⁴.

Özel hayatın gizliliğine yönelik benzer bir düzenleme, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesinde⁴⁵ de öngörülmüştür. BM İnsan Hakları Komitesi, 16. Genel Yorumu'nda, kişisel verilerin korunması hakkının, 17. madde bağlamında düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁶.

BM Genel Kurulu, 14 Aralık 1990 tarihinde, "Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarının Düzenlenmesine İlişkin Rehber İlkeler'i kabul etmiş ve bu yolla kişisel verilerin bilgisayarlarla işlenmesi sonucunda oluşabilecek hak ihlallerini engellemeye çalışmıştır⁴⁷. Bu ilkeler, üye devletleri bağlayıcı nitelikte olmayıp devletlerin ulusal mevzuatlarında sağlamaları gereken minimum standartları belirlemektedir⁴⁸. BM Rehber

⁴¹ "Kişisel Verilerin Korunması Tarihine Yolculuk."

⁴² "Kişisel Verilerin Korunması Tarihine Yolculuk."

⁴³ "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır."

⁴⁴ Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, 158.

⁴⁵ "Mahremiyet hakkı

1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir."

⁴⁶ Korkmaz, *Kişisel Verilerin*, 159.

⁴⁷ Korkmaz, *Kişisel Verilerin*, 160.

⁴⁸ Korkmaz, *Kişisel Verilerin*, 160.

İlkeleri, kişisel verilerin korunması için bağımsız organlar kurulmasını öngören ilk belge olması nedeniyle önem arz etmektedir⁴⁹.

d. Avrupa Birliği (AB) Düzenlemeleri

AB'nin kişisel verilere yönelik ilk düzenlemesi, 95/46/ EC sayılı "Avrupa Topluluğu Veri Koruma Direktifi'dir⁵⁰. Söz konusu direktifin 2. maddesinde kişisel veri "doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilintili olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi" şeklinde tanımlanmıştır⁵¹.

AB'nin kişisel verilere ilişkin ilk direktifinin yerini 2016 tarihli ve IP/12/46 sayılı Direktif almıştır⁵². İlgili direktifin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; veri sahibi; "Doğrudan ya da dolaylı olarak, makul bir şekilde bir kontrolör ya da diğer bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından kullanılması muhtemel, kimlik numarası, konum bilgisi, çevrimiçi tanımlayıcı veya kişiye ait bir ya da birden fazla fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel ya da sosyal tanımlayıcı işleve ilişkin, belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişidir."⁵³ biçiminde tanımlanırken kişisel veri ise "veri sahibine ilişkin herhangi bir veri"⁵⁴ olarak açıklanmıştır⁵⁵.

2018 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)⁵⁶, Avrupa Birliği sınırları içerisinde, kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler getirmektedir⁵⁷.

Ayrıca 2020 yılında Nice'te onaylanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın "Kişisel Bilgilerin Korunması" başlıklı 8. maddesinde, kişisel verilerin korunmasını talep etme, temel bir hak olarak düzenlenmiştir⁵⁸.

⁴⁹ Korkmaz, *Kişisel Verilerin*, 160.

⁵⁰ Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması," 105.

⁵¹ Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması," 105. Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004), 33.

⁵² Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması," 105.

⁵³ Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması," 106.

⁵⁴ Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması," 106.

⁵⁵ Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması," 106.

⁵⁶ "General Data Protection Regulations"

⁵⁷ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 18.

⁵⁸ Şen, Maviş, Gözükan, Efe ve Çetintaş, *Savunma Hakkının*, 19.

II. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU

A. Yasal Düzenlemeler

1. TCK'daki Düzenleme

Türk hukukunda, kişisel verilere yönelik ilk suç düzenlemesi, 765 sayılı mülga TCK'da verilerin ele geçirilmesi suçu ile yapılsa da, ilgili düzenlemenin, kişisel verileri ceza hukuku yoluyla koruma ihtiyacına karşılığında söylenemez⁵⁹. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, kişisel verilerin ceza hukuku yoluyla korunması amacına 5237 sayılı TCK döneminde yaklaşıldığı iddia edilebilir. Zira yürürlükteki TCK'nın 135 vd. hükümlerinde, kişisel verilerin kaydedilmesinin, hukuka aykırı olarak verilmesinin veya ele geçirilmesinin ve öngörülen sürenin sonunda yok edilmemesinin cezai müeyyideye bağlandığı anlaşılmaktadır. Makaleye konu olan verileri yok etmeme suçu da ceza kanunundaki dayanağını, 5237 sayılı TCK ile kazanmıştır⁶⁰.

Verileri yok etmeme suçu, TCK'nın 138. maddesinde⁶¹, iki fıkralık bir düzenleme olarak, hükme bağlanmıştır. İlgili hükme bakıldığında, kanun koyucunun “kişisel veri” ifadesi yerine, “veri” kavramını kullanmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, kişisel verilere ilişkin diğer suç tipleri olan TCK'nın 135. maddesinde hükme bağlanan kişisel verilerin kaydedilmesi suçu⁶² ile 136. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı

⁵⁹ Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması,” 116. Ünver, “Federal Almanya’da,” 437.

⁶⁰ Büşra Nur Parlak, “Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Verileri Yok Etme Suçu (TCK m. 138),” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (İstanbul: 2021), 82-83.

⁶¹ “**Verileri yok etmeme**

Madde 138- (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) (Ek: 21/2/2014-6526/5 md.) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

⁶² “**Kişisel verilerin kaydedilmesi**

Madde 135- (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

olarak verme veya ele geçirme suçunda⁶³ “kişisel veri” ifadesini kullanırken verileri yok etmeme suçunda bu tercihinin sürdürmemesi eleştirilmiştir⁶⁴. Ancak bu terminolojik farklılığa rağmen, kanun koyucunun 138. maddedeki “veri” kavramıyla, “kişisel veri”leri kastettiği açıktır⁶⁵.

Kanun koyucu, kimi kanuni düzenlemelerde, kişisel verilerin yok edilmesine ilişkin süreler öngörmüştür⁶⁶. Aşağıda daha detaylı ele alınacağı üzere, bu düzenlemelere aykırılık teşkil edecek biçimde, kişisel verilerin yok edilmemesini de bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası olarak somutlaşan bir cezai müeyyideye bağlamıştır. İlk fıkra suçun basit halini bu şekilde hükme bağlayan kanun koyucu, ikinci fıkra ise CMK’ya göre yok edilmesi gereken kişisel verilerin imhasının yapılmamasını, cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak öngörmüştür.

2. KVKK’daki Düzenleme

6698 sayılı KVKK’nın “Suçlar ve Kabahatler” başlıklı beşinci bölümünde yer alan 17. madde, kişisel verilere ilişkin suçlara yönelik düzenleme getirirken 18. madde ise kabahatlere ilişkin esasları ortaya koymaktadır. Makale kapsamında TCK 138 hükmünde öngörülen “Verileri yok etmeme” suçu ele alındığından, bu başlık altında suçlara yönelik düzenlemeler getiren 17. madde üzerinde durulacaktır.

İlgili hükmün ilk fıkrası, kişisel verilere ilişkin suçlar hakkında TCK’nın 135 ila 140. maddelerine yollamada bulunarak söz konusu suçlar ve bu suçların gerektirdiği cezai müeyyideler konusunda yeknesaklık sağlamayı amaçlamıştır. İkinci fıkra ise, doğrudan verileri yok etmeme suçuna ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. KVKK 17/2 hükmü, aynı kanunun 7. maddesine atıfla, kişisel verileri silmeyen veya anonim hale getirmeyenlerin

⁶³ “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme

Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek:17/10/2019-7188/17 md.) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.”

Madde başlığında “veri” kavramı kullanılırken hükümde “kişisel veri” ifadesine yer verilmesi de eleştiriye açıktır.

⁶⁴ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 92.

⁶⁵ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 91.

⁶⁶ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 92.

TCK 138 hükmü doğrultusunda cezalandırılacaklarını öngörmektedir. Ancak aşağıda daha ayrıntılı biçimde ele alınacağı üzere, aynı suç fiili ortaya konulurken ilgili hükümde ve TCK'nın 138. maddesinde farklı ifadelerle yer verilmesi, kanun koyucunun ilk fıkrada hedeflediği yeknesaklaşmadan uzaklaşılması sonucunu doğurmuştur.

B. Hukuki Konu

Genel olarak bir suç tipinin incelenebilmesi için öncelikle o suçun hukuki konusu belirlenmelidir. Suçun hukuki konusu, suç fiilinin özünde yer alan ihlal ediciliğin yöneldiği varlık veya menfaati gösterir niteliktedir⁶⁷. Bir suç fiilinin ihlal ediciliğinin, muhakkak belli varlık veya menfaatlere yönelmesinin şart olması nedeniyle her suçta bulunan hukuki konu⁶⁸, suç tipi incelemelerinin başlangıç noktasını teşkil etmektedir. Suçun hukuki konusu, suçu öngören norm tarafından korunan ve fakat suç fiili tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat olarak tanımlanmaktadır⁶⁹.

Verileri yok etmeme suçunun hukuki konusunu tespit edebilmek için sistematik yoruma uygun biçimde⁷⁰, suçun TCK'da düzenlendiği bölüm⁷¹ dikkate alınmalıdır. Verileri yok etmeme suçu, TCK'nın özel hükümler adlı ikinci kitabının dokuzuncu bölümünde, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, kanun koyucunun, ilgili bölüm altında yer alan suçları, özel hayatın gizliliği

⁶⁷ Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 87. Zeki Hafizoğulları ve Devrim Güngör, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 69 (2007): 23. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 48. Yazar, eserinde, hukuki konu yerine "hukuksal değer" adlandırmasını tercih etmiştir. Bu tercihini ise, "hukuksal değer" teriminin, kavramın diğer yararlılardan ve somut varlıklardan ayrılmasını sağlamasıyla açıklamıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Ünver, *Hukuksal Değer*, 56. Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik," *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2022): 139.

⁶⁸ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2024): 216. Katoğlu, "Biçim ve İçerik," 139.

⁶⁹ Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 1981), 3. Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 164. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, (Ankara, Savaş Yayınevi: 2023), 110. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 217.

⁷⁰ Faruk Erem, "Hususi Hükümlere Giriş," *Adalet Dergisi* 55, no. 5-6 (1964): 482.

⁷¹ Dönmezer, *Özel Kısım*, 3. Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 226-27. Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2008), 66.

bağlamında kişisel verilerin korunmasını sağlamak için öngördüğü anlaşılabacaktır⁷². Verileri yok etmeme suçu ise, verilerin; kanunların belirlediği süreler geçtiği takdirde, bulundukları sistemden yok edilmesine ilişkin kişisel-kamusal menfaati korumaktadır⁷³. Dolayısıyla, söz konusu suçun hukuki konusu, bahsedilen bu menfaattir.

C. Mağdur

Suçun mağduru, suç fiilini öngören norm tarafından korunan ve fakat suç fiili tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaatin sahibi veya hamilidir⁷⁴. Bir başka deyişle suçun mağduru, suçun hukuki konusunun hamili veya sahibidir⁷⁵. Suçun hukuki konusu ile suçun mağduru kavramları arasındaki bu ilişki, her suçun muhakkak bir mağdurunun bulunması sonucunu doğurmaktadır⁷⁶.

TCK 138 hükmünde düzenlenen verileri yok etmeme suçunun mağduru, sistemde bulunan kişisel verileri, kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen, yok edilmemiş gerçek kişilerdir⁷⁷.

D. Fail

Suçun faili, soyut suç hipotezinde öngörülen suç fiilini, dış dünyada bütün unsurlarıyla gerçekleştiren kişidir⁷⁸. Her suçta, söz konusu suç fiilini dış dünyada işleyen bir failin bulunması şarttır⁷⁹.

⁷² Zeynel T. Kangal, *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 154.

⁷³ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Benzer yönde bkz.: Gökçe Yıldırım, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar,” Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Ankara: 2016), 217.

⁷⁴ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 172. Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 115. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 226. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 2 (2012): 661. Eylem Baş, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 669.

⁷⁵ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 174. Katoğlu, “Biçim ve İçerik,” 139. Baş, *Fail ve Mağdur*, 672.

⁷⁶ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 172. Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 113. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 225.

⁷⁷ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 159. Yıldırım, “Özel Hayata,” 218.

⁷⁸ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 108.

⁷⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 393.

Kanun koyucu, bazı suçlar açısından, failin belli hukuki veya fiili niteliklere sahip olmasını şart koşturmuştur⁸⁰. Failinin, kanunda aranan bu niteliklere sahip olmadığı durumlarda meşru bir fiile veya farklı bir suç tipine dönüşen suçlar, özgü suç olarak adlandırılmaktadır⁸¹.

Kişisel verileri imha etmeme suçu da özgü suç niteliğindedir⁸². Zira TCK 138 hükmüne bakıldığında, kanun koyucunun, “verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olan” kişilerin fail olabileceğini düzenlediği anlaşılmaktadır⁸³. Verileri yok etmeme suçunun, mahiyeti gereği, sıklıkla kamu görevlileri tarafından işlenebildiği düşünülse de failin kamu görevlisi olması, suçun basit hali için şart olmadığı gibi nitelikli hale dönüşmesine de yol açmamaktadır⁸⁴. Zira, suçun, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını belirten “Nitelikli Haller” başlıklı 137. madde⁸⁵, 138. madde hükmünde düzenlenen verileri yok etmeme suçu bakımından uygulanabilir nitelikte değildir⁸⁶.

E. Maddi Konu

Suçun maddi konusu, suç fiiline vücut veren davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan insan veya şeydir⁸⁷. Her suçun muhakkak bir

⁸⁰ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 66. Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 109.

⁸¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 109.

⁸² Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Elif Beyza Akkanat ve Can Eralp Elibol. “KVKK m. 17/2 ile Mukayeseli Olarak Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçuna (TCK m. 138’e) Dair Hukuki Problemlerin Değerlendirilmesi,” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2023): 7. Onur Can Anadut, “Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçu,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Bilişim Hukuku Anabilim Dalı, (İstanbul: 2024), 38.

⁸³ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar,” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 4 (2009): 22. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 157.

⁸⁴ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Hafizoğulları ve Özen, “Özel Hayata,” 22.

⁸⁵ “Nitelikli haller

Madde 137- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,
b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,
İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁸⁶ Yıldırım, “Özel Hayata,” 218.

⁸⁷ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 60. Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 111. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 226. Uğur Orhan, *Suçun Maddi Konusu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 37.

hukuki konusu, mağduru ve faili bulunurken maddi konusu olmayan suç fiilleri de söz konusu olabilir⁸⁸. Zira, her suç, dış dünyada, fiziksel varlığı olan bir insan veya şey üzerinde gerçekleştirilmek zorunda değildir. Verileri yok etmeme suçunun maddi konuya sahip olup olmadığıyla ilgili doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlar, veri kavramı, dış dünyada somut bir gerçekliği haiz olmadığından veriler yok etmeme suçunun maddi konusunun bulunmadığını belirtirken⁸⁹ diğer bazı yazarlar ise, kişisel verilere ilişkin suçların veriler üzerinde işlendiğinden bahisle, genel olarak kişisel verilere ilişkin suçların ve dolayısıyla verileri yok etmeme suçunun maddi konusunun veri olduğunu⁹⁰ söylemektedirler. Ayrıca verileri yok etmeme suçu için ağırlaştırıcı sebep öngören TCK 138/2 hükmü okunduğunda da suçun konusunun veri olduğu şeklinde bir yoruma ulaşmak mümkün görünmektedir. Nitekim Kanun'un gerekçesinde de, kişisel verilere yönelik suçların maddi konusunun veri olduğu belirtilmektedir⁹¹.

Kanun'un gerekçesi bağlayıcı olmadığından ve suçun konusu ile maddi konu kavramları arasında fark bulunduğundan⁹², aksi görüşlere rağmen, verinin maddi konu olamayacağı kanaatindeyim. Zira maddi konu, dış dünyada somutlaşmış bir maddi varlığa sahip olan insan veya şey olduğundan veri kavramının bu kapsamda düşünülmemesi gerekir⁹³. Veriler, kaydedildiği yerlerde ve belgelerde somutlaşabilseler de, bu somutlaşmanın dış dünyada bir maddi varlığa tekabül ettiği söylenemez⁹⁴. Bu nedenle, verileri yok etmeme suçunun maddi konusu bulunmamaktadır.

F. Suçun Unsurları

Geleneksel teori, suçu kusurlu irade ile dış dünyada somutlaşan insan fiili biçiminde tanımlayarak suçun ikili ayrımı benimsemektedir⁹⁵. Söz konusu

⁸⁸ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, 61. Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 112. Orhan, *Maddi Konusu*, 110.

⁸⁹ Orhan, *Maddi Konusu*, 86-87. Yıldırım, "Özel Hayata," 217.

⁹⁰ Koca ve Üzülmüş, "Verileri Kaydetme Suçu," 76. Koca, "Verileri Yok Etmeme," 623. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 159.

⁹¹ Orhan, *Maddi Konusu*, 86.

⁹² Orhan, *Maddi Konusu*, 32.

⁹³ Orhan, *Maddi Konusu*, 87.

⁹⁴ Orhan, *Maddi Konusu*, 86.

⁹⁵ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 128. İkili ayrımla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İsmail Akgün Matbaası, 1949), 22.

ayrım doğrultusunda, suçun maddi ve manevi unsurdan oluştuğu söylenir. Maddi unsur kendi içerisinde davranış, sonuç, davranış ve sonuç arasındaki illiyet bağı ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğundan oluşurken manevi unsur ise kasıt ya da taksir biçiminde ortaya çıkar⁹⁶. Bu çalışmada da, verileri yok etmeme suçu, ikili ayrım görüşü doğrultusunda incelenecektir.

1. Maddi Unsur

Bir üst başlıkta da belirtildiği üzere, maddi unsurun; davranış, sonuç ve ikisi arasındaki nedensellik bağı olmak üzere üç adet müspet; hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu biçiminde de bir adet menfî alt unsuru bulunmaktadır⁹⁷.

a. Davranış

Maddi unsur bağlamında ele alınan ilk alt başlık olan davranış, failin iradesi doğrultusunda, dış dünyada yapma veya yapmama şeklinde somutlaşır⁹⁸. Failin yapma biçiminde ortaya çıkan aktif davranışı hareket suçlarını oluşturmaktayken yapmama biçimindeki pasif davranışı ise ihmal suçlarına vücut vermektedir⁹⁹.

Davranışa ilişkin bu genel nitelikteki açıklamaların ardından, verileri yok etmeme suçu bağlamında davranış ele alınmalıdır. Verileri yok etmeme suçu, ihmali davranış ile işlenebilen bir suçtur¹⁰⁰. Zira, suç fiilinin isminden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, suçun gerçekleşebilmesi için suç failinin, kendisinden beklenen aktif davranışta bulunmamasını aramaktadır.

İlgili suç, sırf ihmal suçu niteliğindedir¹⁰¹. Sırf ihmal suçları, failin yapması gereken hareketi yapmamasıyla oluşur¹⁰². Verileri yok etmeme suçu

⁹⁶ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 128-29.

⁹⁷ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 133.

⁹⁸ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 135. Selahattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 40, no. 1 (1988): 123. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 241. Yaprak Öntan, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 25-26.

⁹⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 135. Öntan, *Davranış ve Netice*, 25-26.

¹⁰⁰ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Orhan Gazi Yaşar, “Kişisel Verilere İlişkin Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru,” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 1 (2023): 130.

¹⁰¹ Hafizoğulları ve Özen, “Özel Hayata,” 22.

¹⁰² Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 135.

da, verileri yok etmekle yükümlü failin, kanunda öngörülen sürelerin geçmesine rağmen verileri yok etmemesiyle tamamlanır.

Verileri yok etmeme suçu, suçun devamına ilişkin ayrımlar¹⁰³ açısından ani suç niteliğini taşımaktadır¹⁰⁴. Korunan varlık veya menfaatin anlık ihlal edilmesiyle tamamlanan suçlar ani suçlarken¹⁰⁵ Suçun tamamlanması için korunan hukuki varlık veya menfaatin ihlalinin bir süre devam etmesinin arandığı kesintisiz suçlarda, tamamlanma ve sona erme anları arasında zaman farkı vardır¹⁰⁶. Her ne kadar, ihmali kesintisiz suçlar mümkün olabilse de¹⁰⁷ sırf ihmal suçu niteliğindeki verileri yok etmeme suçunda, suça son verilebilmesi için yapılması gereken aktif davranış anlık olduğundan; inceleme konusu suç, ani suçtur¹⁰⁸.

Verileri yok etmeme suçu, zarar suçu- tehlike suçu ayrımı açısından da incelenmelidir. Suça özünü veren ihlalin gerçekleşme şeklini dikkate alan¹⁰⁹ zarar suçu- tehlike suçu ayrımında, suç fiilinin suçun hukuki konusu üzerindeki etkisi değerlendirilmektedir¹¹⁰. Zarar suçlarında, suçu öngören normla korunan varlık veya menfaatin zarara uğratılması, yani ilgili varlık veya menfaatin imhası, azaltılması ya da yok edilmesi söz konusu olmaktadır¹¹¹. Tehlike suçları ise, kendi içerisinde somut ve soyut tehlike olmak üzere ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında, tipik fiilin, somut olayda bir tehlikeye yol açması aranırken¹¹² soyut tehlike suçlarında ise, somut tehlike

¹⁰³ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 297. Yazarlar, suçların devamına ilişkin olarak ani suç ve kesintisiz (mütemadi) suç ayrımını yapmaktadırlar.

¹⁰⁴ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 157. Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 114.

¹⁰⁵ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 297.

¹⁰⁶ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 298-99. Kesintisiz suç tanımına yönelik tartışmalar hakkında bkz.: Tuğrul Katoğlu, *Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 58 vd.

¹⁰⁷ Tuğrul Katoğlu, *Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 66.

¹⁰⁸ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 300-01.

¹⁰⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 146-47.

¹¹⁰ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 146-47. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 204. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2020), 270. Uğur Ersoy, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 41 (2020): 31.

¹¹¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 147. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 221. Öntan, *Davranış ve Netice*, 301-03.

¹¹² Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 147-48. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 223. Elvan Keçelioğlu, "Sıf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu mudur?," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 2 (2021): 448.

suçlarından farklı biçimde, suç fiiline vücut veren davranışın gerçekleşmesi yeterlidir; davranışın, somut olayda, ayrıca bir tehlikeye yol açması aranmaz¹¹³. Verileri yok etmeme suçu, sisteme kayıtlı verilerin, öngörülen süreler geçmesine rağmen verilerin yok edilmemesi durumunda oluştuğu için soyut tehlike suçu niteliğindedir¹¹⁴.

Süre kavramından ne anlaşılması gerektiği de ele alınmalıdır. TCK 138 hükmünde geçen süre ifadesi; gün, ay veya yıl biçiminde belirlenmek zorunda değildir¹¹⁵. Belli koşulların sağlanmasının veya olayların gerçekleşmesinin ardından da verilerin yok edileceği hükme bağlanmış olabilir¹¹⁶. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesi, söz konusu duruma örnek teşkil eden düzenlemeler içermektedir¹¹⁷. Nitekim hükmün ilk fıkrasının a bendinde, ilgilinin ölümü üzerine kayıtların tamamen silineceği öngörülmektedir. İlgili kanunun 9. maddesinde de verilerin yok edilmesine ilişkin benzer nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır.

Verileri yok etmeme suçuna vücut veren davranışın kanuni düzenlemesine birtakım eleştiriler yöneltmek mümkündür. Hüküm, *“Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın”* ifadeleriyle başlamaktadır. Ancak verilerin yok edilmesine ilişkin sürelerin hangi kanunlarda bulunduğu dair bir açıklık yoktur. Nitekim 6698 sayılı KVKK'da verilerin yok edilmesi hususunda bir süre düzenlemesi öngörülmemiştir. Söz konusu sorunun, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik doğrultusunda çözülebileceği düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun, TCK m. 138 hükmünde “mevzuat” yerine “kanun” ifadesini kullanması karşılığında, suça vücut veren davranışın hangi sürelerin geçmesiyle işlenmiş sayılacağına ilgili yönetmelik hükümlerine bakılarak belirlenmesinin kanunilik ilkesine uygunluğu tartışmalıdır¹¹⁸. Kanunilik ilkesi açısından doğurduğu olumsuz

¹¹³ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 148. Hafızoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 223. Ersoy, “Tehlike Suçları,” 30. Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçu,” 448.

¹¹⁴ Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 628. Aygün Eşitli, “Kişisel Verilere,” 157.

¹¹⁵ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 167.

¹¹⁶ Rıza Saka, Ramazan Çağlayan ve Mahmut Koca. *Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 396.

¹¹⁷ Saka, Çağlayan ve Koca, *Kişisel Verilerin İmhası*, 392-93.

¹¹⁸ Fahri Gökçen Taner, “Kişisel Verilerin Ceza Hukuku ve KVKK Kapsamında Korunması,” TBB TV, 15 Mayıs 2020, 42. dk, <https://www.youtube.com/watch?v=NwPtNkRzGiY>. Benzer yönde bkz.: Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 106.

sonuçlara rağmen, doktrindeki ağırlıklı görüş, madde metnindeki kanun ifadesini mevzuat anlamında geniş yorumlamaktır¹¹⁹. Ancak kanaatimce, bu geniş yorumla doğrudan kanuni tip değiştirildiği için TCK 138 hükmündeki kanun ifadesinden, kanun koyucunun kanun adı altında yaptığı işlemler anlaşılmalıdır. Hükmün şekli anlamda kanunla sınırlandırılmamasının, kanun koyucunun amacına daha uygun düştüğü düşünülse bile, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, böyle bir genişletici yorumu engellemektedir¹²⁰. Bu doğrultuda düşünüldüğünde verilerin yok edilmesine ilişkin sürelerin, aşağıda ayrıca ele alınan ve suçun nitelikli haline vücut veren CMK’da veya Adli Sicil Kanunu gibi şekli anlamda kanunlarda yer aldığı anlaşılabacaktır¹²¹.

Ağırlıklı görüş kanun ifadesini, mevzuat anlamına gelecek şekilde geniş yorumlama eğiliminde olduğundan; doktrinde, amirin, mevzuatta öngörülenden daha kısa bir süre içerisinde verilerin yok edilmesini talep ettiği ihtimalde, verileri yok etmeyen kimsenin davranışının, ilgili suça vücut verip vermeyeceği de tartışılmıştır¹²². Ancak, TCK 138 hükmündeki kanun ifadesi geniş anlamda mevzuat olarak değerlendirilse bile, hükmün kapsamına amirler tarafından verilen emirlere uymamanın girmeyeceği açıktır¹²³.

Kanunilik ilkesine yönelik bir diğer problem ise yok etme kavramından ne anlaşılması gerektiğinin de tartışmalı olmasıdır. Tartışmanın esas nedeni, kişisel verilere ilişkin suçlar ve kabahatleri düzenleyen KVKK’nın 17. maddenin 2. fıkrası hükmünün yaptığı atıfla KVKK’nın 7. maddesindeki¹²⁴

¹¹⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 611. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 165. Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (İstanbul: Hukuk Akademisi Yayınları, 2020), 722. Dülger de benzer görüşte olmasına rağmen, kanun yerine “yazılı hukuk kuralları” ifadesinin tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

¹²⁰ Benzer yönde bkz.: Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 619. Akkanat ve Elibol, “KVKK m. 17/2,” 10.

¹²¹ Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 622.

¹²² Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 106. Parlak, “Kişisel Verilerin Korunması,” 95.

¹²³ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 106. Parlak, “Kişisel Verilerin Korunması,” 95.

¹²⁴ “(1) Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. (2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

ifadelerin, TCK 138 hükmüyle uyumlu olmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim TCK 138 hükmünde “yok etmeme” ifadesine yer verilirken KVKK 7 hükmünde, “kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi” hipotezleri yer almaktadır. Ayrıca KVKK’nın 7. maddesinin 3. fıkrası “*Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.*” hükmünü getirmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik’e bakıldığında ise, ilgili yönetmeliğin 9. maddesinde yok etmenin, “*kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılmaz halde getirilmesi*” şeklinde tanımlandığı anlaşılmaktadır. İfadelerdeki bu örtüşmeme, doktrinde TCK 138 hükmü ile KVKK 17/2 hükümlerinin farklı suçlar teşkil edip etmediği tartışmasına yol açmıştır. Bu doğrultuda, kimi yazarlar, kanun koyucunun bilinçli olarak farklı ifadeler seçtiğini ve dolayısıyla KVKK 17/2 hükmündeki TCK 138 atfının, yalnızca cezai müeyyide yönünden olduğunu ileri sürmüşlerdir¹²⁵. Ancak, ilgili hükümler arasındaki terminoloji farklılığının, kanunların yürürlüğe girmesi arasında geçen yaklaşık 11 yıllık¹²⁶ zaman farkından kaynaklandığı kabul edilmiştir. Bu bağlamda, çalışma kapsamında, ilgili hükümlerin, aynı suç fiilini düzenlemeye yönelik olduğu görüşü benimsenmiştir¹²⁷. Dolayısıyla, KVKK 17/2 hükmü, TCK 138 hükmünün KVKK’daki yansıması olarak düzenlenmiştir. Tüm bu hükümler birlikte ele alındığında, yok etmenin; veriyi kullanılabilir olmaktan çıkarmak, silmek veya ortadan kaldırmak anlamlarını taşıdığı ileri sürülmüştür¹²⁸.

Verileri yok etmeme suçu, sırf ihmal suçu niteliğinde olduğundan maddi unsur bağlamında ayrıca sonuç ve nedensellik bağı kavramları incelenmeyecektir.

(3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”

¹²⁵ Dülger, “Kişisel Verilerin,” 135.

¹²⁶ 5237 sayılı TCK 1 Haziran 2005’te yürürlüğe girmişken 6698 sayılı KVKK 7 Nisan 2016’da yürürlüğe girmiştir.

¹²⁷ Akkanat ve Elibol, “KVKK m. 17/2,” 10-13. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 160.

¹²⁸ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298.

b. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Yokluğu

Suçun varlığı için dış dünyaya yansıyan insan fiilin ihlal edici nitelikte olması şarttır¹²⁹. Dolayısıyla failin gerçekleştirdiği fiil, suçu öngören normdaki tipe uygun ve aynı zamanda ilgili normla çatışma halinde olmalıdır¹³⁰. Suç fiilini öngören normun bir içeriğe sahip olmasını sağlayan bu ihlal edicilik¹³¹, suç fiiline içkin olan ve bu fiilin özünü oluşturan hukuka aykırılıktan kaynaklanır¹³². Hukuka aykırılık, ceza kanununda suç olarak öngörülmüş bir fiilin, yine ceza kanunundaki veya genel olarak hukuk düzeninde yer alan bir hüküm tarafından meşru sayılmamış olması biçiminde tanımlanabilir.¹³³

Verileri yok etmeme suçu açısından TCK'nın 24. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen kanunun hükmü hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelmesi mümkündür¹³⁴. Nitekim KVKK 7/2 hükmü; kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğunu belirterek verilerin yok edilmemesi suçu açısından kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabileceğine işaret etmiştir¹³⁵. Dolayısıyla kişisel verilerin, kanunda öngörülen süre geçmesine rağmen yok edilmemesini meşru kılan bir kanun hükmünün varlığı, verileri yok etmeyen kimsenin fiilinin suç olmasını engelleyecektir¹³⁶.

İlgili suç açısından, yine TCK'nın 24. maddesinde düzenlenen amirin emri hukuka uygunluk nedeninin de gündeme gelmesi ihtimali de tartışılmalıdır. Amirin emri hukuka uygunluk nedeninden bahsedilebilmesi için taraflar arasında kamu hukukundan kaynaklı bir ast- üst ilişkisi bulunması gerekir¹³⁷. Kanunun, verilerin yok edilmesine dair hükmüne rağmen amirin, verileri yok etmekle görevli memura, aksi bir emir vermesi suç teşkil

¹²⁹ Keyman, "Cürmi Fiilin," 132.

¹³⁰ Katoğlu, "Biçim ve İçerik," 140.

¹³¹ Keyman, "Cürmi Fiilin," 132.

¹³² Katoğlu, "Suçun Mağduru," 661.

¹³³ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970), 8.

¹³⁴ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 171.

¹³⁵ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 171.

¹³⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298.

¹³⁷ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 162-63.

edecektir¹³⁸. Suç teşkil eden emri yerine getiren memur; yalnızca TCK 24/4 hükmü uyarınca, emrin hukuka uygunluğunun denetiminin kanun tarafından engellendiği durumlarda sorumluluktan kurtulabileceğinden ve verileri yok etmeme suçu açısından bu ihtimal mümkün görünmediğinden, amirin emri hukuka uygunluk nedeni, incelenen suçla bağdaşmamaktadır¹³⁹.

TCK'nın 25. maddesinde hükme bağlanan meşru savunma ve zorunluluk hali de verileri yok etmeme suçu bağlamında ele alınmalıdır. Hükmün ilk fıkrasında düzenlenen meşru savunmanın, mahiyeti gereği, verileri yok etmeme suçu ile bağdaşmayacağı açıktır. İkinci fıkra da yer alan zorunluluk halinin ise somut olayın şartlarına göre söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁰. Failin daha üstün nitelikte olan bir hukuki varlık veya menfaati korumak için kişisel verileri ihmal etmemesi durumunda, zorunluluk halinin gündeme geleceği düşünülebilir¹⁴¹. Örneğin kişisel verileri yok etmesi gereken süre dolmak üzereyken, hayati tehlikesi bulunan bir hastaya müdahale eden ve bu nedenle söz konusu verileri yok edemeyen bir doktor açısından zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıkacağı söylenebilir¹⁴².

Verileri yok etmeme suçu bakımından, TCK'nın 26. maddesinin ilk fıkrasında hükme bağlanan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni gündeme gelemez. Zira, verileri yok etmemenin, bir hak olarak ortaya çıkması düşünülemez. İlgili suç bakımından, TCK 26/2 hükmünde düzenlenen mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni söz konusu olamaz¹⁴³. Zira, verileri yok etmeme suçu, verilerin; kanunların belirlediği süreler geçtiği takdirde, bulundukları sistemden yok edilmesine ilişkin kişisel-kamusal yararı koruduğundan¹⁴⁴ ilgili kişinin verileri üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisi bulunduğu söylenemez¹⁴⁵.

¹³⁸ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 146.

¹³⁹ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 146.

¹⁴⁰ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 171. Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 148.

¹⁴¹ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 171.

¹⁴² Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 146.

¹⁴³ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Hafizoğulları ve Özen, "Özel Hayata," 22.

¹⁴⁴ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Benzer yönde bkz.: Yıldırım, "Özel Hayata," 217.

¹⁴⁵ Aksi yönde bkz.: Koca, "Verileri Yok Etmeme," 628-29. Kangal, *Kişisel Verilerin*, 171. Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 147.

2. Manevi Unsur

Verileri yok etmeme suçunun maddi unsuruna yönelik bu açıklamaların ardından suçun manevi unsuruna da değinilmelidir. İşlenen suç fiilinin, faile psikik yönden bağlanabilmesi şeklinde tanımlanan manevi unsur¹⁴⁶; suç tiplerinde, kast veya taksir olarak somutlaşır.

Manevi sorumluluğun esas biçimi olan kast, TCK 21 hükmünde, “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kast, bilme ve isteme unsurlarıyla somutlaşır. İsteme unsurundan önce oluşan bilme unsuru¹⁴⁷; failin, suç fiilini zihninde tasavvur etmesi ve söz konusu fiili bütün unsurlarıyla bilmesi¹⁴⁸ olarak tanımlanabilirken kastı karakterize eden isteme unsuru¹⁴⁹ ise, failin suç fiiline vücut verecek zararlı neticeyi isteyerek veya göze alarak davranışını gerçekleştirmesi¹⁵⁰ biçiminde açıklanabilir. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, verileri yok etmeme suçu açısından failin, kanundaki süreler geçmesine rağmen ilgili kişisel verileri bilerek ve isteyerek yok etmemesi gerekir¹⁵¹.

Kasta ilişkin ayrımlar da ele alınmalıdır. Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken ilk ayrım, doğrudan kast- dolaylı/ olası kast ayrımıdır. Fail, suçun kanuni tanımında yer alan suç hipotezini biliyor ve söz konusu hipotezi bütün unsurlarıyla birlikte gerçekleştirmeyi istiyorsa doğrudan kastın; ilgili suç hipotezini biliyor, ancak hipotezi gerçekleştirmek istememesine rağmen ortaya çıkması ihtimalini göze alarak yine de davranışta bulunuyorsa olası kastın varlığından bahsedilecektir¹⁵². Bir başka deyişle, fail, her iki kast türünde de suça vücut veren davranış gerçekleştirmeyi istemesine rağmen doğrudan kastta sonucun ortaya çıkmasını da isterken olası kastta ise sonucu

¹⁴⁶ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 201. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 234.

¹⁴⁷ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Legem Yayınevi, 2022), 434.

¹⁴⁸ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 223. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 273. Özgenç, *Genel Hükümler*, 237.

¹⁴⁹ Soyaslan, *Genel Hükümler*, 434.

¹⁵⁰ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 222-23. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 273.

¹⁵¹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298.

¹⁵² Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 226. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 278.

sadece öngörmektedir¹⁵³. Yukarıda da belirtildiği üzere, verileri yok etmeme suçu, sırf ihmal suçudur¹⁵⁴. Yani ihmali davranışın bir sonuca yol açması aranmaz. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, ilgili suçun olası kastla işlenemeyeceği anlaşılabacaktır¹⁵⁵. Zira olası kastı belirleyen husus, sonucun fail tarafından göze alınmasıdır¹⁵⁶.

Kasta yönelik ayrımlardan ikincisi ise, genel kast- özel kast ayrımıdır. Kanun koyucunun, failin işlediği suç fiilinin bilinçli ve iradi olmasını gerekli ve yeterli saydığı suç hipotezlerinde genel kasttan bahsedilirken, failin suç fiilini belli bir amaçla işlemesini aradığı durumlarda özel kast söz konusu olacaktır¹⁵⁷. Verileri yok etmeme suçunun düzenlendiği TCK 138 hükmüne bakıldığında, suçun oluşumu açısından, failin yok etmeme davranışını belli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirmesi gerekliliğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır¹⁵⁸. Dolayısıyla verileri yok etmeme suçu, genel kastla işlenen bir suçtur. Failin, verileri yok etme yükümlülüğünü, bilerek ve isteyerek ihmal etmesi, suçun oluşumu bakımından gerekli ve yeterlidir¹⁵⁹.

TCK'nın 22. maddesinde “...dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesi” biçiminde tanımlanan taksirli sorumluluk istisnai niteliktedir¹⁶⁰. Dolayısıyla, bir suç fiilinin taksirli halinin cezalandırılacağı kanunda açıkça düzenlenmediyse o suç fiili açısından taksirli sorumluluk söz konusu olmaz¹⁶¹. Verileri yok etmeme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden söz konusu suç, taksirle işlenemez¹⁶². Bu nedenle, verileri yok etmekle yükümlü kimsenin, kanunda yazan sürelerin geçmesinin ardından verileri yok etmeyi unutması durumunda, suç fiili oluşmayacaktır¹⁶³. Zira, verileri silmeyi unutan kimsenin, verileri silmeme

¹⁵³ Soyaslan, *Genel Hükümler*, 435.

¹⁵⁴ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298.

¹⁵⁵ Aksi yönde görüş için bkz.: Akkanat ve Elibol, “KVKK m. 17/2,” 15.

¹⁵⁶ Hakan Karakehya, “Olası Kast,” *Ceza Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (2006): 37.

¹⁵⁷ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 226-27. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 278.

¹⁵⁸ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 170.

¹⁵⁹ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 299.

¹⁶⁰ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 233. Haluk Toroslu, “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 29, no. 126 (2016): 97.

¹⁶¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 233.

¹⁶² Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 628.

¹⁶³ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 169. Akkanat ve Elibol, “KVKK m. 17/2,” 15.

davranışı açısından kastından bahsedilemez, yalnızca taksiri söz konusu olabilir.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Suça Etki Eden Nedenler

Suç eksi eden nedenler; suç fiilinin kurucu unsurlarını etkilemeyen, ancak suçun basit haline kıyasla niteliksel veya niceliksel olarak daha hafif ya da daha ağır cezalandırılması sonucunu ortaya çıkaran nedenlerdir¹⁶⁴. Dolayısıyla, tali unsur niteliğinde olan suç eksi eden nedenlerin yokluğu, suçun oluşumu üzerinde bir etkiye sahip değilken asli unsurların bulunmaması, suçun oluşmasını engelleyecektir¹⁶⁵. Bir başka deyişle, suçun kurucu unsurlarının eksikliği, ilgili fiili suç olmaktan çıkarır veya başka bir suç eksi dönüştürürken suç eksi eden nedenler, temel cezayı etkiler¹⁶⁶. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, suçun basit hali unsur eksikliği nedeniyle gerçekleşmediği takdirde, suçun nitelikli halinden bahsedilmesinin mümkün olmadığı anlaşılabacaktır¹⁶⁷.

TCK'nın 138. maddesine, 21.02.2014 tarihinde, 6526 sayılı Kanun ile eklenen 2. fıkra da *“Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”* düzenlemesiyle bir nitelikli hal öngörmektedir¹⁶⁸. İlgili hüküm uyarınca cezanın ağırlaştırılması için CMK hükümlerine göre yok edilmesi gereken bir verinin yok edilmesi ihmal edilmiş olmalıdır. Örneğin CMK'nın 80 ve 81. madde hükümleri, genetik inceleme veya fizik kimliğin tespiti sonucu elde edilen kişisel verilerin, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi halinde derhal yok

¹⁶⁴ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 283. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 385. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 229. Atacan Köksal, *Ceza Hukukunda Suça Eksi Eden Nedenler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 24.

¹⁶⁵ Alacakaptan, *Suçun Unsuruları*, 5. Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 283. Köksal, *Suç eksi Eden Nedenler*, 24- 25.

¹⁶⁶ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 283. Köksal, *Suç eksi Eden Nedenler*, 25.

¹⁶⁷ Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 143.

¹⁶⁸ Hüküm, suçun konusunun veri olduğunu anlatacak şekilde kaleme alınmasına rağmen kişisel verilerin maddi konu olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görüşü, ilgili başlık altında, ortaya konulmuştur.

edilmesi gerektiğini öngörmektedir¹⁶⁹. CMK 137/3 hükmü ise, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının ardından şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi veya hakim onayının alınmaması durumlarında, tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edileceğini düzenlenmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla, suçun cezasının TCK 138/2 hükmü uyarınca bir kat artırılması için ilgili verilerin derhal veya belli bir süre sonra yok edilmesinin aranması açısından bir fark bulunmamaktadır. Eğer CMK'da verilerin belli bir süre sonunda yok edilmesi¹⁷¹ arandıysa o sürenin, derhal yok edilmesi¹⁷² arandıysa da makul bir sürenin geçmesine rağmen verilerin yok edilmemesi, suçun nitelikli haline vücut verecektir¹⁷³.

2. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

TCK'nın 35. maddesinde, *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”* biçiminde tanımlanan teşebbüs ile TCK 36 hükmünde *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”* biçiminde düzenlenen gönüllü vazgeçme kavramları, icra hareketlerinin tamamlanmaması veya tamamlanmasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumunda gündeme gelir.¹⁷⁴ Gönüllü vazgeçme ile teşebbüs arasındaki temel fark ise, teşebbüste söz konusu durumun failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklanıyken; gönüllü vazgeçmede bu iki ihtimalin iradi olarak ortaya çıkmasıdır.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 623.

¹⁷⁰ Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 626.

¹⁷¹ CMK 137 hükmünde böyledir.

¹⁷² CMK 80 ve 81 hükümlerinde böyledir.

¹⁷³ Koca, “Verileri Yok Etmeme,” 626.

¹⁷⁴ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 316. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 324. Koca ve Üzülmmez, *Genel Hükümler*, 433-34. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 488-89. Özgenç, *Genel Hükümler*, 584.

¹⁷⁵ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 317. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 324. Koca ve Üzülmmez, *Genel Hükümler*, 438-39. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 490. Özgenç, *Genel Hükümler*, 585.

Verileri yok etmeme suçunun, sırf ihmal suçu niteliğinde olduğu yukarıda açıklanmıştı. Dolayısıyla, verileri yok etmeme suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı, sırf ihmal suçlarına teşebbüs sorusu doğrultusunda cevaplanmalıdır.

Verileri yok etmeme suçu sırf ihmal suçu olduğundan, mahiyeti gereği, suça teşebbüs mümkün değildir¹⁷⁶. Verileri yok etmeme suçuna teşebbüs mümkün olmadığından suç açısından gönüllü vazgeçmenin de gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır.

3. İştirak

Kanuni tipte, suçun işlenebilmesi için tek failin bulunmasının gerekli ve yeterli sayıldığı suçlara tek failli suçlar olarak adlandırılırken¹⁷⁷ bazı suçlar zorunlu olarak birden fazla failin varlığıyla işlenir. Kanun koyucunun suç fiilinin işlenmesi için birden fazla failin bulunmasını aradığı suçlar açısından zorunlu iştirakten bahsedilir¹⁷⁸. Ancak zorunlu olarak iştirak halinde işlenmesi gerekmeyen tek failli suçlara da iştirak mümkün olabilir¹⁷⁹. Tipik fiilin gerçekleşmesi için gerekenden fazla failin, iştirak iradesiyle ve birlikte suç fiilini işlemeleri halinde, muhtemel iştirakten söz edilir¹⁸⁰. Verileri yok etmeme suçunun da muhtemel iştirakle işlenmesi mümkündür.

Verileri yok etmeme suçu, özgü suç niteliğinde olduğundan, özgü suçlara iştirake ilişkin genel kural uygulanmalıdır. Bu doğrultuda, özgü fail niteliğinde olmayan kimseler, özgü suçlara yalnızca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebilir¹⁸¹. TCK 40/2 hükmünde¹⁸² öngörülen bağlılık

¹⁷⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Özel Hükümler*, 298. Aygün Eşitli, “Kişisel Verilere”, 157.

¹⁷⁷ Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1998,) 26.

¹⁷⁸ Toroslu ve Toroslu, *Genel Hükümler*, 322. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 324. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 537. Özgenç, *Genel Hükümler*, 597. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 531. Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 447. Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 737.

¹⁷⁹ Faruk Erem, “Suça İştirak”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1, (1946): 62. Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, 26.

¹⁸⁰ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 322. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 324. Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 447. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 531. Özgenç, *Genel Hükümler*, 597.

¹⁸¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 354. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 374.

¹⁸² “Bağlılık kuralı

kuralı gereği, yalnızca özgü fail niteliğini taşıyan kimseler, ilgili suçu asli fail sıfatıyla işleyebilir¹⁸³. Dolayısıyla, verileri yok etme yükümlülüğüne sahip olmayan kimseler; TCK 38 hükmü¹⁸⁴ uyarınca suç işleme düşüncesi bulunmayan failin, suç işleme kararı almasına neden olurlarsa azmettiren¹⁸⁵ veya TCK 39 hükmü¹⁸⁶ uyarınca asli failin gerçekleştirdiği verileri yok etmeme suçuna, “suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek”, “suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak” ya da “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”

Madde 40- (2) 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.”

¹⁸³ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 173. Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 154.

¹⁸⁴ “Azmettirme

Madde 38- (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”

¹⁸⁵ Toroslu ve Toroslu, *Genel Hükümler*, 358. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 324. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 564. Özgenç, *Genel Hükümler*, 630. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 545. Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 494. Dülger, *Genel Hükümler*, 776.

¹⁸⁶ “Yardım etme

Madde 39- (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.”

şekillerinde maddi veya manevi nitelikte katkı sunarak¹⁸⁷ yardım eden sıfatıyla iştirak edebilirler.

4. Suçların İçtiması

Suçların içtiması bağlamında ele alınacak ilk içtima şekli, bileşik suçtur. TCK 42 hükmünde, “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir.*” şeklinde tanımlanan bileşik suç; unsur suçların birleşerek yeni bir suçu oluşturmasıyla meydana gelebileceği gibi, bir suçun diğerinin ağırlaştırıcı nedeni teşkil etmesiyle de ortaya çıkabilecektir¹⁸⁸. Verileri yok etmeme suçu, ayrı unsur suçlardan meydana gelen bir bileşik suç olup olmadığı ve ilgili suç, bir başka bileşik suçun unsur suçlarından birini teşkil edip etmediğinden bileşik suç hipotezi, verileri yok etmeme suçu açısından gündeme gelmeyecektir¹⁸⁹.

İkinci olarak, zincirleme suç ele alınmalıdır. Zincirleme suç, TCK’nın 43. maddesinin ilk fıkrasında, “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi*” ihtimalinin de zincirleme suça vücut vereceği ifade edilmiştir¹⁹⁰. Eğer fail; bir suç işleme kararının icrası için, farklı tarihlerde, aynı mağdurun kişisel verilerini yok etmediyse TCK’nın 43. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Fail; bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda, aynı mağdura karşı, hem CMK’dan hem de diğer kanunlardan kaynaklanan yok etme

¹⁸⁷ Toroslu ve Toroslu, *Genel Hükümler*, 358-59. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 324. Demirbaş, *Genel Hükümler*, 567. Özgenç, *Genel Hükümler*, 635. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 551. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 508. Dülger, *Genel Hükümler*, 790.

¹⁸⁸ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 365. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 356. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 564. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 567. Özgenç, *Genel Hükümler*, 673.

¹⁸⁹ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 155.

¹⁹⁰ Benzer yönde bkz.: Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 371-72. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 363.

İlgili hükmün aynı nevi’den fikri içtimaya vücut vereceği yönünde bkz.: Demirbaş, *Genel Hükümler*, 599. Murat Dülger, *Genel Hükümler*, 817-18. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 530. Özbek, Doğan, Meraklı, Bacaksız ve Başbüyük, *Genel Hükümler*, 580. Özgenç, *Genel Hükümler*, 696.

yükümlülüğünü ihmal ettiyse yine TCK 43/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁹¹. Zira bir suçun basit hali ile nitelikli hali birleşerek zincirleme suça vücut verebilirler¹⁹².

Zincirleme suça yönelik ikinci hipotez ise TCK 43/2 hükmünde yer almaktadır. Nitekim ilgili hüküm, “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.*” şeklinde bir düzenleme öngörerek failin; birden fazla mağdura karşı, tek bir davranışla, aynı suçu işlemesi durumunda da zincirleme suçun meydana geleceğini ortaya koymuştur¹⁹³. Failin; aynı tarihte, farklı mağdurlara karşı, aynı kanun hükmünden doğan verileri yok etme yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda, verileri yok etmeme suçunun, zincirleme suçun TCK 43/2 hipotezinde öngörülen şekli doğrultusunda işlenmiş olacağı söylenebilecektir¹⁹⁴.

Suçların içtimaı kapsamında, son olarak, fikri içtima¹⁹⁵ değerlendirilmelidir. Fikri içtima, TCK 44 hükmünde, “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*” biçiminde öngörülmektedir. Failin işlediği suç fiili; bir yönüyle TCK’nın 138. maddesinde ortaya konulan verileri yok etmeme suçuna, bir başka yönüyle ise farklı bir suça vücut verdiği takdirde, fikri içtima hükmü gereği, en ağır cezai müeyyideye bağlanan suçtan cezalandırılacaktır¹⁹⁶. Verileri yok etmeme suçu açısından fikri içtimanın gündeme nasıl geleceği, farklı suç tipleri açısından ele alınmalıdır. Verileri yok etmeyen failin, bu verileri ayrıca kaydetmesi veya üçüncü kişilere aktarması halinde iki ayrı fiil söz konusu olacağından, ilk ihtimalde TCK 135

¹⁹¹ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 156.

¹⁹² Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 370-71.

¹⁹³ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 371-72.

¹⁹⁴ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 175. Kangal, TCK 43/2’de öngörülen suçların içtimaı hipotezini, aynı neviden fikri içtima saymasına rağmen, verileri yok etmeme suçunun bu hipotez doğrultusunda gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 157.

¹⁹⁵ KVKK’nın 17. maddesinin ikinci fıkrasının farklı bir suç tipine vücut verdiği görüşünü benimseyen yazarlar, KVKK 17/2 ile TCK 138 hükümleri arasında fikri içtimanın söz konusu olup olamayacağını tartışmışlardır. Ancak bu makalede, iki hükmün de aynı suçu düzenlediği görüşü benimsendiğinden söz konusu tartışmaya yer verilmemiştir. İlgili tartışma ve bu tartışmaya yöneltelen eleştiriler için bkz.: Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 159.

¹⁹⁶ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 157.

ve TCK 138, ikinci ihtimalde ise TCK 136 ve TCK 138 hükümleri arasında gerçek içtimanın söz konusu olacağı söylenmelidir¹⁹⁷. Fikri içtima bağlamında ele alınması gereken bir diğer hüküm ise, TCK'nın 257. maddesidir. Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen ilgili hükmün ikinci fıkrası¹⁹⁸, söz konusu suçun ihmalî davranışla işlenilmesi hipotezine yer vermektedir. Doktrinde, TCK 257/2 ile TCK 138 hükümleri arasında genel norm- özel norm ilişkisi olduğu, bu nedenle de iki hüküm açısından fikri içtimanın gündeme gelemeyeceği, TCK 138'in özel norm olarak uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁹. Ancak katıldığım bir diğer görüşe göre, söz konusu normlar arasında genel norm- özel norm ilişkisinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir²⁰⁰. Zira TCK 257 hükmü, yalnızca kamu görevlisi fail tarafından işlenebilirken TCK 138 hükmü açısından failin, verileri yok etmekle yükümlü bir kimse olması gerekli ve yeterlidir²⁰¹. Kamu görevlisi olması şart değildir²⁰². Fail açısından var olan bu farklılığın yanında TCK 257/2 hükmünde, “*kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi*”nin cezalandırılacağı öngörülerek ilgili suçun, bir zarar suçu olduğu²⁰³ ortaya konulmuştur. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, verileri yok etmeme suçu, soyut tehlike suçu niteliğinde olduğundan, inceleme konusu suçun dış dünyada bir zarara yol açması aranmamaktadır²⁰⁴. İşaret edilen bu farklılardan dolayı, hükümler arasında bir genel norm-özel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak TCK 257/2 hükmünde ortaya konulan görevi kötüye kullanma suçunun ihmalî davranışla gerçekleştirilmesi hipotezi ile TCK'nın 138. maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçu arasında fikri içtima ilişkisi de söz konusu olmayacaktır. Nitekim, TCK 257/2 hükmü, “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ifadesiyle, zaten içtima sorununu

¹⁹⁷ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 157-58.

¹⁹⁸ “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

¹⁹⁹ Kangal, *Kişisel Verilerin*, 174.

²⁰⁰ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 158-59.

²⁰¹ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 158-59.

²⁰² Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 158-59.

²⁰³ Güneş Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 82 (2009): 153.

²⁰⁴ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 159.

çözmüştür²⁰⁵. Dolayısıyla kişisel verileri yok etmekle yükümlü olan bir kamu görevlisi, bu görevini ihmal ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olursa ya da kişilere haksız bir menfaat sağlarsa TCK 257/2 ve TCK 138 hükümleri arasında görünüşte normlar içtimalı meydana gelecek²⁰⁶ ve fail yalnızca verileri yok etmeme suçundan cezalandırılacaktır.

H. Yaptırım ve Kovuşturma

Verileri yok etme suçuna ilişkin ele alınması gereken son husus, suç için öngörülen cezai müeyyide olarak somutlaşan yaptırım²⁰⁷ ve söz konusu müeyyidenin faile uygulanması için yürütülmesi gerekli olan muhakeme evresini²⁰⁸ ifade eden kovuşturmadır.

TCK 138/1 hükmünde, suçun basit hali için bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun nitelikli halini düzenleyen ikinci fıkrada ise CMK'ya göre imha edilmesi gereken kişisel verilerin imha edilmemesi durumunda, verilecek cezanın bir kat artırılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla verileri yok etmeme suçunun basit ve nitelikli halleri için öngörülen yaptırım, hapis cezasıdır. Suç için adli para cezası yaptırımı öngörülmemiştir.

“Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması” başlıklı TCK 140 hükmü²⁰⁹ uyarınca, kişisel verilerin yok edilmemesi bir tüzel kişi yararına haksız menfaat sağladığı takdirde, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine başvurulabilir. Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, TCK'nın 60. maddesinde²¹⁰ hükme bağlanmıştır. İlgili hüküm doğrultusunda,

²⁰⁵ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 92.

²⁰⁶ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 91.

²⁰⁷ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 36.

²⁰⁸ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 3-4.

²⁰⁹ “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması

Madde 140- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

²¹⁰ “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri

Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

verilerin yok edilmemesi bir tüzel kişiye yarar sağladığı²¹¹ takdirde, söz konusu tüzel kişi hakkında iznin iptali veya müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanması gündeme gelecektir.

Verileri yok etmeme suçu için öngörülen yaptırımın ele alınmasının ardından, suçun muhakemesine de değinilmelidir. Bu doğrultuda, öncelikle ilgili suçun soruşturulup kovuşturulmasının bir muhakeme şartına bağlanıp bağlanmadığı değerlendirilmelidir. TCK'nın 139. maddesinin²¹² açık hükmü gereği, verileri yok etmeme suçunun muhakemesi, şikayet şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla verileri yok etmeme suçunun işlendiğini öğrenen yetkili makamlar, suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaya resen başlayacaklardır. Kanun koyucu özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar açısından bir ayrıma giderek, kişisel verilere ilişkin olan TCK 135 hükmünde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi, TCK 136 hükmünde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ile TCK 138 hükmünde düzenlenen verileri yok etmeme suçunun resen soruşturulup kovuşturulacağını²¹³, aynı bölümde yer alan diğer suçlar olan TCK 132 hükmünde öngörülen haberleşmenin gizliliğini ihlal, TCK 133 hükmünde öngörülen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile TCK 134 hükmünde öngörülen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarının ise muhakeme şartı olarak şikayete bağlandığını ortaya koymuştur. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, kanun koyucunun kişisel verilere ilişkin suçların muhakemesi açısından toplumsal faydayı, mağdurun bireysel faydasının üstünde tuttuğu anlaşılabacaktır²¹⁴.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

²¹¹ Yarar kavramının yalnızca tüzel kişiyi zenginleştirmeye yönelik maddi kazanç olarak değil, tüzel kişinin temel fonksiyonlarını veya amaçlarını gerçekleştirmek biçiminde geniş olarak değerlendirilmesi yönünde bkz.: Kangal, *Kişisel Verilerin*, 176.

²¹² “Şikayet

Madde 139- (1) Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.”

²¹³ TCK 138/2 hükmünde yer alan nitelikli halin resen soruşturulup kovuşturulurken suçun basit halinin şikayete bağlı olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz.: Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 163.

²¹⁴ Yıldız Tarman, *Kişisel Verilerin Korunması*, 162.

Suça yönelik kovuşturmanın madde yönünden yetki açısından hangi mahkemede yapılacağına da değinilmelidir. Madde yönünden yetkili mahkeme, yargılama konusu suç ve suç için öngörülen cezai müeyyideye göre, yargılamanın yapılacağı ilk derece mahkemesidir²¹⁵. Verileri yok etmeme suçunun yargılanmasında madde yönünden yetkili mahkeme; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi doğrultusunda, ilgili suç için öngörülen cezanın üst sınırı, ağır ceza mahkemelerinin görevli olmasını gerektiren kapsam içerisinde kalmadığından²¹⁶, yine aynı Kanun'un 11. maddesi uyarınca, genel görevli olan asliye ceza mahkemesidir.

Suçun kovuşturulması konusunda yer yönünden yetkili mahkeme ele alınmalıdır. Yer yönünden yetki; madde yönünden yetkisi aynı olan mahkemeler arasında, yargılamanın nerede bulunan mahkeme tarafından yürütüleceğini göstermektedir²¹⁷. Yer yönünden yetkili mahkeme, CMK'nın 12. maddesi uyarınca tespit edilir. İlgili maddenin ilk fıkrası, "*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.*" şeklinde bir düzenleme öngörerek genel yetki kuralını hükme bağlamaktadır²¹⁸. Verileri yok etmeme suçu açısından, CMK'nın 12. maddesinin diğer fıkralarında sayılan istisnai durumlar söz konusu değilse, söz konusu suçun kovuşturması, yer bakımından genel yetkili mahkeme olan suçun işlendiği yer mahkemesinde yürütülecektir.

SONUÇ VE SUÇUN DÜZENLENMESİNE YÖNELİK ÖNERİLER

Yukarıdaki bölümde, verileri yok etmeme suçu, ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Bu bölümde ise yukarıda çeşitli başlıklar altında değinilen, suçun kanundaki düzenlenmesine yönelik eleştirileri giderebilecek öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

Verileri yok etmeme suçuna yöneltelen eleştirilerin başında, TCK 138 hükmünde yer alan "*kanunların belirlediği süreler*" ifadesinin belirsizliği gelmektedir. Nitekim kanun koyucunun, hükümde "kanun" ifadesiyle,

²¹⁵ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 66- 67.

²¹⁶ İlgili hükme göre, suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı on yıldan fazla ise, ilgili suçun yargılama sırasında ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

²¹⁷ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 73.

²¹⁸ Hükümün diğer fıkralarında, genel yetki kuralından ayrılmayı gerektirecek istisnai haller düzenlenmiştir.

yalnızca kanunları mı yoksa geniş anlamda mevzuatı mı kastettiği anlaşılmamaktadır. Biçimsel kanuniliğin, ceza hukukunu şekillendiren en temel ilkelerden olduğu²¹⁹ düşünüldüğünde, suç fiiline vücut veren davranışın bu denli muğlak kaleme alınmasının yanlışlığı gözler önüne serilecektir. Bu nedenle, yukarıdaki bölümde de belirtildiği üzere, eğer verilerin yok edilmesine ilişkin süreler; Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik ile belirlenecekse TCK 138 hükmündeki “kanun” ifadesinin yerine, “mevzuat” ifadesi kullanılmalıdır. Hükmün mevcut haliyle, verilerin yok edilmesine ilişkin sürelerin, yönetmelik gibi kanun haricindeki işlemlerle de belirlenebileceği yorumunu yapmak; kanunilik ilkesini ihlal eder niteliktedir.

Verileri yok etmeme suçu özelinde kişisel verilere ilişkin suçlara yöneltilen en temel eleştiri, tipik fiilin kapsamının oldukça belirsiz olmasıdır²²⁰. Nitekim TCK 138 hükmüne bakıldığında “...verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde” cezai müeyyide uygulanacağı anlaşılmaktadır. Fakat, her ne kadar, söz konusu yok etmeme davranışının içi doldurulmaya çalışılsa da, hükümden kasıtlı her yok etmemenin suç teşkil edeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, kanunda öngörülen süreler geçmesine rağmen, yalnızca depolama amacıyla verileri tutmaya devam eden kimse; tipik fiili gerçekleştirmiş olacaktır. Bu durum, son çare²²¹ olması gereken cezai müeyyideye, bu amacına aykırı biçimde başvurulması sonucunu doğurmaktadır.

Kanuni tipin muğlaklığı problemi, ancak bir kanun değişikliği ile çözülebilir niteliktedir. Kanun koyucunun söz konusu problemi kanun değişikliği yoluyla çözebilmesi, muğlaklığa yol açan sebeplerin tespitiyle mümkündür. Hükmün anlamını bu denli belirsizleştirip genişleten temel sorun; ilgili suçun, genel kastla işlenen bir soyut tehlike suçu olmasıdır.

Manevi unsur başlığı altında, verileri yok etmeme suçunun genel kastla işlenebildiği, dolayısıyla failde ayrıca özel bir amacın aranmayacağı belirtilmişti. Kanunun, tipik fiilin bilinmesi ve istenmesinin haricinde failin özel bir amaçla davranışta bulunmasını da aradığı suç tipleri, özel kastla

²¹⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 47.

²²⁰ Taner, “Kişisel Verilerin,” 52. dk.

²²¹ *ultima ratio*

işlenir²²². Bu bağlamda düşünüldüğünde, failin, “*mağduru zarara uğratmak maksadıyla*” kanunların belirlediği süreler geçmesine rağmen, mağdura ait verileri yok etmemesinin aranması, mevcut hükümdeki muğlaklığı giderebilecek niteliktedir²²³. Önerilen değişiklik sonrasında da, “zarara uğratmak maksadı” ifadesinin sınırlarının çok net olmamasından dolayı mevcut muğlaklığın devam edeceği düşünülebilir. Ancak özel kastla işlenen diğer suçlar açısından da, özel kastı ortaya çıkaran faildeki amacın hakim tarafından somutlaştırılıyor olması, bu eleştiriye cevap teşkil edebilecek niteliktedir. Nitekim özel kastla işlenen suçların belki de en tipik örneği olan hırsızlık suçunda, failin, başkasına ait bir taşınır malı, “*kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla*” alması aranmaktadır²²⁴. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, özel kastla işlenen suçlarda; failde, yarar sağlamak maksadının arandığı gibi, mağduru zarara uğratmak maksadının da aranabileceği anlaşılabilecektir. Benzer bir düzenleme, Alman Ceza Kanunu'nda da yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 126a hükmü²²⁵, kişisel verilerin tehlike yaratacak biçimde yayılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Hüküm, her ne kadar verileri yok etmeme suçunu düzenlemese de, faildeki zarar verme kastını ortaya koyması bakımından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim hükme bakıldığında, failin, kişisel verileri yayma davranışını; veri sahibi kişinin en az bir yıllık hapis cezasını gerektiren bir suç²²⁶ hakkında

²²² Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 226-27.

²²³ Benzer yönde bir düzenleme için bkz.: Alman Ceza Kanunu 126a hükmü.

²²⁴ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 227.

²²⁵ Hüküm aşağıdaki gibidir:

“126a Gefährdendes Verbreiten personenbezogener Daten

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) personenbezogene

Daten einer anderen Person in einer Art und Weise verbreitet, die geeignet und nach den Umständen bestimmt

ist, diese Person oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr

1. eines gegen sie gerichteten Verbrechens oder

2. einer gegen sie gerichteten sonstigen rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die

körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert

auszusetzen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt es sich um nicht allgemein zugängliche Daten, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder

Geldstrafe.

(3) § 86 Absatz 4 gilt entsprechend.”

²²⁶ 126a hükmünde geçen “Verbrechen” ifadesi, en az bir yıllık hapis cezasını gerektiren suçlar anlamına gelmektedir. Bkz.: Alman Ceza Kanunu 12. madde hükmü.

yargılanması veya cinsel dokunulmazlığına, vücut bütünlüğüne, kişi özgürlüğüne veya önem teşkil eden bir mal varlığı değerine yönelik bir tehlikeye uğraması amacıyla gerçekleştirmesinin arandığı görülecektir. Dolayısıyla, failde, mağdura zarar verme amacının bulunması gerekmektedir²²⁷. Alman Ceza Kanunu'ndaki bu suç örneği göz önüne alınarak, TCK'nın 138. maddesindeki verileri yok etmeme suçu açısından da failin, mağdura zarar verme amacıyla ihmali davranışı gerçekleştirmesi, böylelikle suçun genel kastla işlenen bir suç fiili olmaktan çıkarılarak manevi unsur açısından özel kastın aranması, bir çözüm önerisi olarak düşünülebilir.

Mevcut hükmün uygulama alanının belirginleştirilmesi konusunda getirilebilecek bir diğer öneri ise, verileri yok etmeme suçunun soyut tehlike suçu yerine, somut tehlike veya zarar suçu olarak düzenlenmesidir²²⁸. Nitekim hüküm mevcut haliyle bir soyut tehlike suçu teşkil ettiği için tipik fiilin gerçekleştirilmesi yeterlidir²²⁹. Söz konusu tipik fiilin, her somut olayda, hukuki konuya yönelik²³⁰ bir tehlikeye yol açıp açmadığı ayrıca tespit edilmez²³¹. Dolayısıyla, failin davranışı, kanuni tanımında yer alan tipik fiile uygun düştüğü takdirde, mağdurun somut olayda bir zarara uğramasından veya somut bir tehlikeyle karşılaşmasından bağımsız olarak verileri yok etmeme suçu oluşacaktır. Bu durumda da, kanuni tipin sınırları belirsiz biçimde genişlemektedir. Söz konusu problemin önüne geçebilmek için suçun koruduğu hukuki varlık veya menfaatin zarara uğraması veya somut bir tehlikeyle karşı karşıya bırakılması çözümü benimsenebilir²³².

²²⁷ Eric Hilgendorf ve Brian Valerius. *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, çev. Salih Oktar, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 100. Alman hukukunda, “özel kast” kavramı kullanılmamaktadır. Ancak kimi suçlarda, “failin fiili işleme iradesini aşan bir maksat”tan bahsedilmektedir. İşte kastın bu maksat unsuru, makalede kullanılan “özel kast” kavramını karşılamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hilgendorf ve Valerius, *Alman Ceza Hukuku*, 100-01.

²²⁸ Benzer yönde bkz.: Taner, “Kişisel Verilerin,” 33. dk.

²²⁹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 148.

²³⁰ Zarar ve tehlike suçu ayrımının; suç fiilinin, hukuki konuya zarar vermesi veya onu tehlikeye koyması ayrımına dayandığı yönünde bkz.: Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 146-47. Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 204. Centel, Zafer ve Yenerer Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, 270. Ersoy, “Tehlike Suçları,” 31.

²³¹ Toroslu ve Toroslu, *Genel Kısım*, 148.

²³² Taner, “Kişisel Verilerin,” 33. dk.

KAYNAKÇA

- Akkanat, Elif Beyza ve Can Eralp Elibol. "KVKK m. 17/2 ile Mukayeseli Olarak Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçuna (TCK m. 138'e) Dair Hukuki Problemlerin Değerlendirilmesi." *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2023): 3-21.
- Alacakaptan, Uğur. Suçun Unsurları, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Anadut, Onur Can. "Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçu." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Bilişim Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul: 2024.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi." Erişim tarihi: 15.11.2024.<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020115014Guide%20Art%208-TUR.pdf>.
- Aygün Eşitli, Ezgi. "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar." *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2024): 123-67.
- Baş, Eylem. Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Başalp, Nilgün. Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2020.
- Demirbaş, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dönmezer, Sulhi. Ceza Hukuku Özel Kısım: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.
- Dülger, Murat Volkan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dülger, Murat Volkan. Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul: Hukuk Akademisi Yayınları, 2020.
- Dülger, Murat Volkan. "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2016): 101-68.
- Erem, Faruk. "Hususi Hükümlere Giriş," *Adalet Dergisi* 55, no. 5-6 (1964): 480-87.
- Erem, Faruk. "Suça İştirak," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1, (1946): 62-107.

- Ersoy, Uğur. “Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara: 2009.
- Ersoy, Uğur. “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları.” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 11, no. 41 (2020): 27-64.
- Hafizoğulları, Zeki ve Devrim Güngör. “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 69 (2007): 21-50.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar.” Ankara Barosu Dergisi 67, no. 4 (2009): 9-22.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: US-A Yayıncılık, 2024.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara: US-A Yayıncılık, 2023.
- Hilgendorf, Eric ve Brian Valerius. Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çeviren Salih Oktar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Kangal, Zeynel T. Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Karakehya, Hakan. “Olası Kast.” Ceza Hukuku Dergisi 1, no. 2 (2006): 19-46.
- Katoğlu, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik.” Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10, no. 1 (2022): 135-45.
- Katoğlu, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları.” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61, no. 2 (2012): 657-93.
- Katoğlu, Tuğrul. Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Keçelioğlu, Elvan. “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu mudur?.” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, no. 2 (2021): 433-64.
- Koca, Mahmut. “Kişisel Verileri Yok Etmeme Suçu.” İçinde Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Ed. Mahmut Koca, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, 620-31.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmaz. “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135).” İçinde Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan 21, Özel Sayı (2019): 69-93.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmaz. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Korkmaz, İbrahim. Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

- Köksal, Atacan. Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kunter, Nurullah. Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- Keyman, Selahattin. "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 40, no. 1 (1988): 121-71.
- KVKK Blog. "Kişisel Verilerin Korunması Tarihine Yolculuk." Erişim tarihi: 10.11.2024. <https://kvkkblog.com/kisisel-verilerin-korunmasi-tarihine-yolculuk/>.
- Okuyucu Ergün, Güneş. Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Okuyucu Ergün, Güneş. "Görevi Kötüye Kullanma Suçu." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 82 (2009): 139-69.
- Okuyucu Ergün, Güneş. "Machina Sapiens." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72, no. 2 (2023): 717-58.
- Okuyucu Ergün, Güneş. Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2008.
- Orhan, Uğur. "Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70, no. 4 (2021): 1359-84.
- Orhan, Uğur. Suçun Maddi Konusu, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Öntan, Yaprak. Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek Veli Özer, Koray Doğan, ve Pınar Bacaksız. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özbek Veli Özer, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Parlak, Büşra Nur. "Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m. 138)." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul: 2021.
- Saka, Rıza, Ramazan Çağlayan ve Mahmut Koca. Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Soyaslan, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Legem Yayınevi, 2022.

- Şen, Ersan, Mert Maviş, Alperen Gözükan, Enes Efe ve A. Fırat Çetintaş. Savunma Hakkının Kişisel Veriler Karşısında Korunması, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Taner, Fahri Gökçen. “Kişisel Verilerin Ceza Hukuku ve KVKK Kapsamında Korunması.” TBB TV, 15 Mayıs 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=NwPtNkRzGiY>.
- Toroslu, Haluk. “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi 29, no. 126 (2016): 95-122.
- Toroslu, Nevzat. Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Ünver, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünver, Yener. “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler.” İçinde Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Ed. Yener Ünver, İstanbul: İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1998, 385-464.
- Yalçın Sancar, Türkan. Çok Failli Suçlar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1998.
- Yaşar, Orhan Gazi. “Kişisel Verilere İlişkin Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru.” Ankara Barosu Dergisi 81, no. 1 (2023): 115-47.
- Yıldırım, Gökçe. “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar.” Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara: 2016.
- Yıldız Tarman, Gamze. Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK Madde 138), Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

7452 SAYILI KANUN İLE ACELE KAMULAŞTIRMANIN YENİ PARADİGMASI: ŞEHİRCİLİK HUKUKUNDA OLAĞANÜSTÜ HALİN SÜREKLİLEŞMESİ

*The New Paradigm of Urgent Expropriation under Law No. 7452:
The Perpetuation of the State of Emergency in Urban Law*

İlgin ÖZKAYA ÖZLÜER*

ÖZ

Mülkiyet hakkı odaklı gelişen şehircilik anlayışında yaşanan dönüşüm, çok katmanlı bir hukuki arka plana dayanır. Çalışma, inşaat odaklı şehircilik pratiğinde kamu gücünün kullanımının mülkiyet hakkı ve şehircilik hukukunda dönüşüm yarattığını ileri sürmektedir. Bu dönüşüme paralel biçimde kamu gücünün kullanım biçimi olarak 2942 Kamulaştırma Kanunu ve burada düzenlenen acele kamulaştırmayla 7452 sayılı Kanun'da düzenlenen acele kamulaştırma uygulamalarının şehircilik hukukunu inşaat odaklı ve köklü bir dönüşüme uğrattığı ortaya konulmaktadır. Afet sonrası konut ihtiyacını karşılamak amacıyla alınan acele kamulaştırma kararlarındaki kamu yararı yaklaşımı, taşınmazların mülkiyet rejimindeki değişikliğin özel konut üretimi üzerinde de etki göstermesi nedeniyle tartışmanın merkezini oluşturmaktadır. 2023 depremi ardından kabul edilen 7452 sayılı Kanun, planlama sürecine tabi olmaksızın, şehirleri dönüştürecek yeni bir paradigma olarak özel yarar odaklı “konut ihtiyacı” kavramını gündeme getirmiştir. Kanunda ve idari uygulamalarda, “kamu yararı” gücü atfedilen bu “konut ihtiyacı” paradigması, acele kamulaştırma gibi kamu gücü kullanılan uygulamalar yoluyla hayat bulmaktadır.

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 06.04.2025.

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 02.06.2025.

* Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: ilginozkaya@gmail.com,
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4242-6208>. RORID: <https://ror.org/01wntqw50>.

Bu kapsamda makalede, mülkiyet hakkının anayasal bir güvence olmaktan çıkmasına neden olabilecek “konut ihtiyacı” temelinde ve 7452 sayılı Kanun kapsamında yürütülen acele kamulaştırma uygulamaları, Danıştay’ın yargısal pratikleri ışığında eleştirilmiştir. Bu bağlamda şehircilik hukukunun bütüncül planlama ekseninde tartışılması gerektiği belirtilerek, olağanüstü hal mekanizmalarının süreklileşmesinin şehirleşme süreçlerinde radikal bir krize yol açabileceği hukuki bağlamlarıyla tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Acele Kamulaştırma, 7452 sayılı Kanun, Mülkiyet Hakkı, Kamu Yararı, Şehircilik

ABSTRACT

The transformation in the understanding of urbanism centered around property rights is grounded in a multilayered legal background. This study argues that the use of public authority in construction-oriented urban practices has triggered a shift in both the right to property and urban law. In parallel with this, it is observed that the Expropriation Law No.2942 and the urgent expropriation practices regulated therein, along with those introduced by Law No.7452, have restructured urban law with a construction-centered and radical perspective. The public interest rationale in urgent expropriation decisions, adopted to meet post-disaster housing needs, becomes central to the debate as changes in property regimes influence private housing production. Following the 2023 earthquake, Law No. 7452 introduced the concept of “housing need,” centered on private interest, as a new paradigm allowing urban transformation without formal planning processes. This concept, defined as “public interest” in legal texts and administrative practices, materializes through urgent expropriation mechanisms.

Within this scope, the article critically examines the expedited expropriation practices implemented under Law No. 7452 on the grounds of “housing need,” which may undermine the constitutional guarantee of the right to property, in light of the jurisprudence of the Council of State. Furthermore, it is argued that urban law should be addressed within the framework of comprehensive planning, and that the institutionalization of emergency governance mechanisms may lead to a fundamental legal crisis in urbanization processes.

Keywords: Urgent Expropriation, Law No. 7452, Right to Property, Public Interest, Urbanism

GİRİŞ

Şehirleşme, mekânsal organizasyonu aşan biçimde kamusal otoritenin nasıl yapılandığını gösteren bir hukukî inşa alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Mülkiyet hakkının, şehircilik süreçlerinde kamusal müdahale yoluyla yeniden tanımlandığı bir dönemde, özellikle olağanüstü hal sonrası dönemlerde kamu gücünün kullanımı hem şehircilik hukukunun ilkeleri hem de anayasal güvence altındaki haklar bakımından yeniden düşünülmelidir. 7452 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Yerleşme ve Yapılaşmaya İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kabul Edilmesine Dair Kanun ile afet sonrası konut ihtiyacına dayalı olarak gündeme gelen acele kamulaştırma uygulamaları, olağanüstü bir usulün olağanlaştırılması riskiyle birlikte, kamu yararı gerekçesinin yeniden tanımlanarak idarenin geniş bir takdir yetkisi ile donatılmasına yol açmaktadır. Bu çalışma, acele kamulaştırmanın istisna niteliği ile planlama, yerleşme ve mülkiyet ilişkileri arasındaki yapısal dönüşümü ele almakta; şehircilik hukukunun kamu yararı, eşitlik, öngörülebilirlik ve ölçülülük ilkeleri doğrultusunda nasıl şekillendiğini sorgulamaktadır.

I- Tarihsel Gelişim ve Kavramsal Çerçeve

Kamulaştırma¹ ilk kez, 10.01.1945 tarih ve 4695 sayılı Anayasa'nın 74'üncü maddesi ile kullanılmaya başlanmış² ve 1961 Anayasası'nda 38'inci maddesinde “Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” şeklinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın kamulaştırmayı düzenleyen 46'ncı maddesi de 1961 Anayasasında olduğu gibi bir tanıma yer verilmeksizin, “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve

¹ Kamulaştırma müessesesi ilk kez 1924 Anayasası'nın 74. Maddesinde düzenlenmiş ancak Türkçe bir kavram olarak 1945 yılında Anayasada yer bulmuştur. 1924 Anayasası'nın 74.maddesinin özgün halinde “Menafii umumiye için lüzumu usulen tahakkuk etmedikçe ve kanunu mahsus mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlâk olunamaz. Fevkalâde ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdi, aynî ve sayü amele mütaallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakârlığa icbar edilemez.” biçiminde düzenlenmiştir.

² Mukbil Özyörük, *Kamulaştırma Hukuku* (Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O.,1948), 15.

usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.” hükmüyle düzenlenmiştir.³ Bu yolla, tıpkı 1961 Anayasasındaki gibi bir tanım yapılmamış ancak kamulaştırmanın temel ilkeleri belirlenmiştir. Anayasanın 46’ncı maddesi ile Kamulaştırma Kanunu’nun 1’inci maddesine göre devlet veya diğer kamu tüzel kişileri kamulaştırma yapmaya veya kamulaştırmaya başvurmaya yetkilidir ve kamulaştırmanın kamu yararı amacı dışında yapılması da mümkün değildir.

Acele kamulaştırma ise olağanüstü⁴ bir usul olarak istisnai durumlarda⁵ uygulanması öngörülen, idarenin acele durumlarda kamulaştırma işlemine yönelik öngörülen usullerden kıymet takdiri haricinde kalanların daha sonra tamamlanmak üzere, mahkeme tarafından yedi günlük süre içerisinde bilirkişi vasıtasıyla tespit edilen bedelin taşınmaz maliki adına bankaya yatırılarak ilgili taşınmaza idarenin el koyabilmesine olanak tanıyan⁶ bir diğer müessese olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 27’nci maddesinde düzenlenmiştir.⁷ Söz konusu usulün, olağan kamulaştırma işlemine göre daha istisnai⁸ ve özel koşulların varlığının gerekli kıldığı ve esas olarak mülkiyet hakkına doğrudan etki eden idarenin kamulaştırma tasarrufuna dair özel bir usul olduğu vurgulanmalıdır.⁹

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda acele kamulaştırmanın yapılabilmesi için sayılan ve bu özel usulün uygulanabileceği sınırlı sayıda

³ Bu maddeye paralel olarak 04.11.1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 3’üncü maddesinde, idarelerin, kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını kamulaştırma yoluyla temin edebilmelerini düzenlemiştir.

⁴ Cenk Şahin, *Acele Kamulaştırma* (On İki Levha Yayıncılık, 2018), 7.

⁵ D.6.D, E.2009/2838, K.2011/122, 01.02.2011.

⁶ Mehmet Arslanoğlu, “Acele Kamulaştırma,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no 3 (2013): 205.

⁷ Acele Kamulaştırma başlıklı Kamulaştırma Kanunu’un 27’nci maddesi, “3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın 10’uncu madde esasları dairesinde ve 15’inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına 10’uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir.”

⁸ Yunus Emre Yılmazoğlu ve Özgür Duman, “Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi’nin Ali Ekber Akyol ve Diğerleri ile Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Kararlarının Analizi,” *Uyuşmazlık Dergisi* 11, (2018): 535.

⁹ Acele kamulaştırmadan önce olağan kamulaştırma yolunun tercih edilmesi gerektiğine dair DİDDK, E.2017/782, K.2017/2772, 06.07.2017.

olan haller, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacının gerekli kılması; aceleliğine Cumhurbaşkanınca karar alınacak bir halin bulunması ve özel kanunlarla öngörülen olağanüstü bir durumun varlığıdır. Bu sınırlı hallerin varlığı, kamulaştırmanın halihazırda mülkiyet hakkının sınırlandırılması için kamulaştırmada kamu yararı şartının merkez bir önemde olduğu prosedürünün hızlandırması dışında, idari tasarrufların hukuka uygunluğu sağlayan sebeplerin kanunda açıkça düzenlenmesi açısından önemlidir.¹⁰ Diğer bir deyişle, acele kamulaştırma yapılabilmesi için kanunda sayılan bu hallerden birinin¹¹ gerçekleşmesi gereklidir.

1983 yılından beri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27'nci maddesinde yer alan acele kamulaştırma usulü 4650 sayılı Kanun'la 2001 yılında esaslı bir değişikliğe tabi tutulmuştur. Her ne kadar acele kamulaştırma usulüne benzer düzenleme, 2942 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 31.08.1956 tarihli 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 27'nci maddesinde acele istimlak olarak yer almaktaysa da acele kamulaştırmanın bugünkü usulünü de etkileyebilecek nitelikteki düzenlemeler, mülkiyet hakkının dokunulmaz hak olarak düzenlendiği modern devlet anlayışıyla birlikte ve temel hakların sınıflandırılması kapsamında sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır.¹² Acele kamulaştırma 2942 sayılı Kanun'da istisnai bir müessese olarak düzenlenmiş olup, kanun gerekçesinde bu yöntemin, olağan kamulaştırma usullerine riayet edilmesinin kamuda büyük zararlara yol açabileceği acele ve istisnai durumlarda bir tedbir olarak öngörüldüğü belirtilmiştir.¹³ Diğer yandan bu önlemin bir boyutunun Anayasa'nın 35'inci madde gerekçesinde¹⁴ “Devletten önce de var olan bir gerçek” olarak anılan mülkiyet hakkının korunması olduğu da açıktır.

¹⁰ D.6.D, E.2004/1179, K.2004/5503, 09.11.2004.

¹¹ Kamulaştırma Kanunu'ndaki istisna uygulama olan acele kamulaştırmanın çalışmamız açısından önem kazanan kısmı ise “özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda” mülkiyetin el değiştirmesi halidir.

¹² Gülbahar Göktaş, “Acele Kamulaştırma” (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, 2024), 38.

¹³ Gerekçede belirtilen bu hususun acele kamulaştırmanın sebep ve amaç unsurlarının içeriğini belirleyen en önemli olgu olduğunu ifade eden görüş için bkz: Buket Karaman, “Acele Kamulaştırma” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2015), 54.

¹⁴ https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf

A- Kamulaştırma Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı

Kamulaştırma işlemi kamu yararı amacına dayalı olarak¹⁵, özel mülkiyetteki taşınmaza malikinin rızası aranmaksızın idare tarafından zorla el atılması sonucu doğuran bir işlemdir. Diğer bir anlatımla kamulaştırma, kamu hukukunu ve diğer yandan da etki ve sonuçlarını özel mülkiyet üzerinde göstermesi ve mülkiyet hakkına doğrudan bir müdahale sonucu doğurması nedeniyle özel hukuku ilgilendiren çok yönlü bir idari tasarruftur.¹⁶ Bu çok yönlü etkileri nedeniyle kamulaştırma işlemi, özel yararın kamu yararıyla karşılaştığı yerde, başka bir ifadeyle bireylerin haklarıyla kamu gücünün temas ettiği yerde ortaya çıkar; hukuki etki ve sonuçlarını da mülkiyet hakkı üzerinde kamu yararı kavramı özelinde gösterir.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında da kamulaştırma,¹⁷ Anayasa'nın 46'ncı maddesi uyarınca kamu yararına dayanarak devlet ve kamu tüzel kişileri bedelini ödemek şartıyla mülkiyet hakkı üzerinde malik lehine değiştirici ve dönüştürücü etki doğuran bir işlem olarak tanımlanmıştır.¹⁸ Kısaca kamulaştırma, özel mülkiyeti sınırlandıran değil ortadan kaldıran bir değişiklik ve aynı zamanda “şey” üzerindeki mülkiyeti kaldıran değil mülkiyet rejimini dönüştüren bir idari karardır. Diğer bir anlatımla, kamu yararı amacı idarenin mülkiyet üzerindeki değişiklik ve dönüşüm gücünün çağdaş hukuktaki dayanağıdır.¹⁹

Acele kamulaştırma yoluna başvurabilmek için idarenin Kanun'da sınırlı sayı ilkesi ile belirlenmiş ve yalnızca belirli hallerin varlığında bu karara başvurabileceğini düzenleyen 27'nci maddenin yorumlanması açısından kamu yararı kavramı oldukça önemli rol üstlenmiştir. Usule ilişkin bu farklılık acele kamulaştırma işleminde olağan kamulaştırma usulüne temel alınan “kamu yararı” gerekçesinde daha ayrıntılı ve somut olarak ortaya konulabilir bir sebebin de gösterilmesini gerekli kılar.

¹⁵ Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku* (Filiz Kitabevi, 1999), 71-72.

¹⁶ Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri* (Sevinç Matbaası, 1979), 147.

¹⁷ H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*, (Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi yayını, 2018), 132-139.

¹⁸ Ayşe Didem Özdemir Akça, Eşref Uğur Şenol, Mahmut Altın ve diğerleri, *Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri* (Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2020), 33-39.

¹⁹ Nermin Tombaloğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no 1:353-388.

Acele kamulaştırma için idareyi bu işlemi yapmaya sevk eden somut gerekçenin, mülkiyet hakkındaki değişimi ve dönüşümü haklı kılacak şekilde, denetlenebilir ve öngörülebilir açıklıkta ve aceleliğin şartlarının açıkça ortaya koyabilir olması gereklidir. “*Acele Kamulaştırma işleminde acelelik halinin söz konusu olabilmesi için, işlemin yapılmadığı her zaman diliminde kamunun zarara uğrama, kamu düzeninin bozulma riski gündeme gelmelidir. Nitekim kanun koyucu da Kamulaştırma Kanunu’nun 27’nci maddesine ilişkin gerekçede, “kamunun büyük bir zarara uğraması” riskinden bahsetmektedir.*”²⁰ Bu nedenle haklı gerekçenin acele kamulaştırma yapılmaması halinde doğması ihtimali olan zararı ortaya koyan bir kamu yararını taşıması gereklidir.

B- Mülkiyetin Sınırlandırma Sebebi Olarak Kamu Yararı Kavramı ve Anayasal İlkeler

Kamulaştırma gibi kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmede kullanılan ve temel hakların sınırlandırılmasında başvurulacak başlıca nedenlerden biri olan kamu yararı kavramı, yaygın kullanımına karşın içeriği, konusu ve maddesi belli olmayan,²¹ üzerine ortaklaşmış bir tanım olmayan bir ‘gerekçe ve amaçtır’. Bu nedenle Akıllıoğlu’nun da haklılıkla ifade ettiği üzere tanımı, biçimi üzerinden yapılabilmektedir.²² Kamulaştırma hukuku açısından söz konusu kavramı açıklığa kavuşturan biçim, başta anayasal ilkeler ve daha sonra da kamulaştırma hukukunun temel konusu olan mülkiyet hukukuyla ilişkili diğer genel ilkelerdir.²³

Mülkiyet ilişkisini yalnızca ‘şey’ ile kişi arasında kurulan bir ilişki olmaktan çıkarıp aynı zamanda ona toplumu da katıp sosyal bir fonksiyon

²⁰ Dilara Şengöz, “Acele Kamulaştırma” (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2019), 32.

²¹ “*Kamu yararı doğası gereği geniş bir kavramdır.*” AYM, “Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi: 19.12.2013.

²² Tekin Akıllıoğlu, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, no: 1-3 (Haziran 2011): 11.

²³ “*Kanunların Anayasa’nın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır. Bu evrensel ilkelerin birçoğu, evrensel insan hakları ve özgürlüklerinin parçası olarak uluslararası belgelerde yer almaktadır. Danıştay bazı uyuşmazlıkların çözümünde, hukukun genel ilkelerinin yer aldığı AİHS gibi insan hakları sözleşmelerini kararlarında doğrudan kullanmaktadır.*” AYM, E. 1963/166, K. 1964/76, 22.12.1964.

yükleyen²⁴ çağdaş hukuk yaklaşımı açısından mülkiyet hakkı, kamu yararı ile özel yarar arasındaki dengede²⁵ “ilkeler” yoluyla kurulur. Çünkü “*mülkiyet hakkı [yalnızca] sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri tanıyan bir aynı hak değil, bu yetkiler yanında ödevler de yükleyen sosyal niteliği de olan bir haktır.*”²⁶ Bu yetki- ödev dengesinde kamu yararı kavramı kilit rol oynamaktadır. Mülkiyet hakkı, sadece bireyin ekonomik güvenliğini korumaya yönelik bir hak değil, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin kurumsal güvencesi altında bulunan, pozitif ve negatif yönleriyle devlete çok yönlü yükümlülükler yükleyen anayasal bir hak olduğundan kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkına yönelik kamu gücü müdahalesinin hem meşruiyet sınırını çizen, hem de bu müdahaleyi anayasal düzleme taşıyan belirleyici unsurdur. Negatif yükümlülük yönünden devlet, mülkiyet hakkını sınırlarken keyfilikten kaçınmalı; müdahaleleri ancak “zorunlu²⁷, öngörülebilir²⁸ ve ölçülü biçimde”²⁹ gerçekleştirmelidir.³⁰ Pozitif yükümlülük açısından ise kamu yararı gerekçesi yalnızca müdahalenin nedeni değil; aynı zamanda bu müdahalenin hukukiliğinin idari ve yargısal denetiminde esas alınması gereken somutlaştırılmış bir çerçevedir. Özellikle acele kamulaştırma gibi olağanüstü nitelik taşıyan müdahalelerde kamu yararı gerekçesinin soyut bırakılması, hem mülkiyet hakkının negatif güvenliğini, hem de devletin pozitif koruma sorumluluğunu zedeleyen yapısal bir ihlal alanı yaratmaktadır.

Mülkiye hakkına müdahalenin kamu yararı adına gerçekleştirilmesi, onu doğrudan meşru kılmaz; bu müdahalenin anayasal sınırlar içinde ve yargı denetimine açık biçimde yürütülmesi zorunludur. Söz konusu ilkeler idarenin kamu yararını³¹ sağlama amacıyla kullandığı kamusal gücün sınırları

²⁴ İnci Ercan, “Yargıtay Kararlarında Oluşan Son Eğilimlerle Kamulaştırma, Acele İşlerde Elkoyma, Acele Kamulaştırma” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2000), 13.

²⁵ “... malike aşırı bir külfet yüklemekte ve kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozmaktadır” AYM, E. 2016/196, K.2018/34, 28.03.2018.

²⁶ Ercan, “Yargıtay”, s.25.

²⁷ AYM, “Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2018/1567, Karar Tarihi: 10/2/2022.

²⁸ AYM, “Züliye Öztürk Kararı Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2014/1734, Karar Tarihi:14.9.2017.

²⁹ AYM, “Sevil Gümüş Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2014/13956, Karar Tarihi: 9.1.2019.

³⁰ Cansu Bereket Dağ, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no 2 (2020): 498

³¹ AYM, E. 2013/72, K.2013/126, 31.10.2013.

düzenlerken bir yandan da ilgililerin mülkiyet hakkını özüne dokunma³² /ortadan kaldırma sonucunu doğuran idari prosedürün öngörülebilirliğini, belirlenebilirliğini ve ölçülülüğünü hukuki zeminde denetlenebilir kılmaktadır.

Anayasada güvence altına alınan hakların korunmasını ve özel yarar ile kamu yararı arasındaki dengede korunan değerlerin belirlenebilmesini bu ilkeler sağlamaktadır.³³ Bu yönden, “kamu yararına malikinden alıp kamuya mal eden ve sonuçta bir taşınmazın kamuca edinilmesi”³⁴ sonucunu doğuran kamulaştırma işlemine hakim ilkeler, kamulaştırma süreçlerinin³⁵ tümüne hakim kabul edilmelidir. Bu nedenle de mülkiyet hakkı üzerinde³⁶ sonuç doğuran kamulaştırma işleminin³⁷ Anayasa’nın 13’üncü maddesinde temel haklara ilişkin genel güvence sağlayan kanunilik, öngörülebilirlik, ölçülülük ilkelerine uygunluğu sağlanmalıdır.³⁸ Hukuk devletinde özel yarar

³² Esin Örücü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması* (Sulhi Garan Matbaası, 1976), 55.

³³ “Çağdaş demokrasiler, demokratik hukuk devletlerinde hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler ise, haklara müdahale eden kuralların anılan nitelemeye uygun biçimde dar yorumundan kaçınarak değerlendirilmesi gerekir. Hukuk devletinden, hak ve özgürlükleri koruması her alanda güçlenerek, adaletli bir düzen sağlaması, hakka saygılı, hakkın elde edilmesini kolaylaştıran önündeki engelleri kaldıran, mutluluğu amaç edinen hakkaniyetli, müdahale eden kural içeriğinin, bireyin davranış direncine izin verecek ölçekte olması beklendiğinde, kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir dengenin de gözetilmiş olması zorunludur.” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

³⁴ Ercan, “Yargıtay”, 13

³⁵ Bireylerin mülkiyet hakkının usuli güvencelerinin korunması açısından kamulaştırma işlemindeki usul hükümlerinin önemi ile ilgili olarak bkz: H. Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasında Adil Denge” İlkesi,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Prof. Dr. İl Han Özyay’a Armağan) 69, no 1-2 (2011):660.

³⁶ “Malikin mülkiyet hakkı ve taşınmaz üzerindeki diğer aynı haklar kesin olarak kalkarken, ondan tamamen ayrı ve farklı olarak kamu tüzel kişinin yeni bir mülkiyet hakkı doğar. Bu hak ortadan kalkan mülkiyet hakkının bir devamı değildir.” Betül Özlük Tiryaki, “Depremde Hasar Gören veya Yıkılan Yapıların Dönüşümüne İlişkin Hukuki Sorunlar,” *Ankara Barosu Dergisi* 81, Özel Sayı (Ekim 2023): 167.

³⁷ “Türk hukuk sisteminde olduğu üzere, Fransız hukukunda da bireylerin mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler yönünden usuli güvencelerin getirildiği ile ilgili olarak Christian Lavialle, *Droit Administratif des Biens*, PUF, Paris, 1996, s.373’ den aktaran Onur Kaplan, “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda Aceleliğine Karar Verilen Haller Bakımından Bir Değerlendirme,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no 1 (2018): 185.

³⁸ Acele kamulaştırma işleminin dayanağı olan kamu yararı kararının ve imar planının, işlemin tesisinden sonra alınmasının, işlemin hukuki dayanağının eksik olmasına neden

karşısında³⁹ kamu yararı gerekçesiyle şey üzerinde doğrudan etki doğuran ve belirli kişilerin haklarını kullanımını etkileyen istisnai usulün kullanımında eşitlik ilkesine uygunluk da bu nedenle önemlidir.

Eşitlik ilkesine uygunluk yönünden denetim, acelelik⁴⁰ halini gerektiren gerekçenin ve kamu yararı kararının sebebinin açık olması halinde etkili olabilir. Bu açıdan Anayasa'nın 10'uncu maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi⁴¹, kamulaştırma uygulamasına konu edilen bölgelerin ve taşınmazların seçilmesine esas alınan kriterlerin belirlenmesini, haklarında kamulaştırma kararı alınan taşınmazların malikleri arasında kararın sonuçlarından etkilenmeleri açısından bir dengenin sağlanmasını, ödenecek tazminatların takdirinde kullanılan değer belirlenmesini ve mülkiyetin kamuya geçmesinden sonra kamu arazilerinin yeniden işlevlendirilerek düzenlenmesi açısından hukuka uygunluğu sağlayan şarttır. Bu nedenle kamulaştırma işlemine dayanak kamu yararı kararının denetlenebilmesini sağladığından, sebep ögesi yani idareyi bu kararı almaya sevk eden somut gerekçeler ile konu ögesi yani işlemde beklenen nihai sonucun eşitlik ilkesine uygunluğu da sağlanmalıdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde acele kamulaştırma kararının mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan etkiler doğurması ve gerek kamulaştırma sürecine göre idari ve yargısal süreçleri hızlandırması ve gerekse de ilgililerin hakları

olduğu sonucuna ulaşan Danıştay kararında kanunilik ilkesine yapılan vurgu bu noktada önemli bir örnektir. DİDDK, E. 2024/99, K.2024/351, 21.02.2024. Ayrıca, Danıştay 6. Dairesi'nin 30.04. 2024 tarihli E. 2022/9343, K.2024/2584 kararında da acele kamulaştırma işlemlerinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği ve bu nedenle kesin, açık ve öngörülebilir olması gerektiği vurgulanmıştır.

³⁹ Özel yarar- kamu yararı arasındaki denge kurulması hakkında bkz: Emre Terece, "Yargı Kararlarında Mülkiyet Hakkı," *Avrasya Bilimler Akademisi Sosyal Bilimler Dergisi* 41, (2022): 38.

⁴⁰ Uyuşmazlık konusu olayda, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen acele kamulaştırma prosedürünün uygulanması için gerekli olan olağanüstü koşulların bulunmadığı, bu yöntemle başvurulmaması halinde kamu düzeninin bozulacağına açıkça ortaya konulmadığı görülmektedir. Bu durumda, dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." D.6.D, E. 2009/2320, K. 2011/3676, 12.10.2011.

⁴¹ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin James v. UK (1986) kararında ifade edilmiş olduğu gibi sonucunda belirli grupların sürekli aşırı yük altında bırakılması sonucunu doğuran kamulaştırma işlemleri; Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin hakkaniyet ve ölçülülük ilkesi gereği düşük gelir gruplarının orantısız şekilde zarar görmesine neden olan kamulaştırma işlemleri eşitlik ilkesine aykırıdır.

üzerinde olağan kamulaştırma yöntemine göre daha güvencesiz sonuçlar doğurması yönleriyle kamu yararı kavramı ve anayasal ilkeler açısından özel inceleme gerektiren bir idari karar olduğu açıktır.⁴² Çünkü bu kararın merkezindeki “kamu yararı”, idarenin haklar üzerinde genişletilmiş yetkiler kullanmasının gerekçesidir.

II- Acele Kamulaştırma Uygulaması ve ‘Özel Kanunlarla Öngörülen Olağanüstü Durum’ Örneği Olarak 7452 Sayılı Kanun

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 27. maddesinde acele kamulaştırmanın kararının nedeni olarak sayılan ve istisna bir usul öngörülen üç halden özellikle özel kanunlarda düzenleme yapılması hali, 7452 sayılı Kanun temelinde yapılacak bir inceleme için önemlidir. Çünkü Kamulaştırma Kanunu’nun 27’nci maddesinde yer alan özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda acele kamulaştırma yetkisi, *“diğer iki gerekçenin aksine yürütme tarafından değil, yasamanın düzenleyeceği bir kanun ile hayata geçmektedir. Söz konusu yetki kaynağının meclis olması, hayata geçirilen kamu politikasını da etkilemektedir. Çünkü burada yürütmenin birikim rejimini desteklemek için aldığı kısa erimli hızlı kararlar söz konusu değildir. Burada görülen, çok daha kapsamlı ve görece daha uzun vadeli bir kamu politikasının uygulanması için, idarenin özel olarak görevlendirilmesidir.”*⁴³ Buna göre, özel kanunlarda yer alan acele kamulaştırma uygulamaları, olağanüstü yetkilendirmeyi öngören bazı konularda acelelik kararı almasına gerek duymadan⁴⁴ ilgili idarenin/idarelerin acele kamulaştırma yapma yetkisini⁴⁵ düzenlenmektedir.⁴⁶

⁴² Yunus Emre Yılmazoğlu ve Özgür Duman, “Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi’nin “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri” ile “Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri” Kararlarının Analizi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 11, (Haziran 2018): 513-583.

⁴³ Sercan Mutlu, “Acele Kamulaştırma ve Sermaye Birikimi” (Yüksek Lisans Tezi, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, 2023), s.98

⁴⁴ Diğer yandan özel düzenlemeye rağmen ayrıca bir acelelik kararı alınmasında herhangi bir engel de bulunmamaktadır Nursevim Yalçın, Elifnur Vasfiye Anayurt, “Kentsel Dönüşüm Amacıyla Yapılan Acele Kamulaştırmaların Yargısal Denetimi,” *Danıştay Dergisi* 155, (2023): 269.

⁴⁵ Danıştay’ın, Yükseköğretim Kurulu’nun kavşak yapmak gibi bir görevi olmaması sebebiyle yaptığı kamulaştırma işlemini hukuka aykırı bulduğu kararı için bkz: D.6.D, E.1984/195, K.1984/3035, 31.12.1984.

⁴⁶ 7452 sayılı Kanun kapsamında acele kamulaştırma ile ilgili olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na yetki verildiği görülmektedir

7452 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Yerleşme ve Yapılaşmaya İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kabul Edilmesine Dair Kanun", 6/2/2023 tarihinde yaşanan depremler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde geçerli olmak üzere yürürlüğe giren 126 nolu "Olağanüstü Hal Kapsamında Yerleşme ve Yapılaşmaya İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"⁴⁷'nin kanunlaşması sonucunda, acele kamulaştırma müessesesinin özel bir kanun uygulaması olarak yürürlüğe girmiş halidir.

7452 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Yerleşme ve Yapılaşmaya İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 1 maddesinin 1'inci fıkrasında bu Kanun'un amacı, "8/2/2023 tarihli ve 6785 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yer alan illerde yerleşme ve yapılaşma hususunda bazı tedbirlerin alınması" olarak belirtilmiş ve aynı Kanun'un 'Yerleşme ve yapılaşma hususunda alınan tedbirler' başlıklı 2'inci maddesinde, Bakanlık tarafından acele kamulaştırma kararı alınabileceği ve bu Kanun kapsamındaki acele kamulaştırma kararına dair usul düzenlenmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yer alan acele kamulaştırma uygulaması ile 7452 sayılı Kanun'un getirdiği acele kamulaştırma arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bu farklar özellikle 7452 sayılı Kanun'da acele kamulaştırmaya ilişkin yetkinin 'olağanüstü hâle ilişkin olarak' ve 'afet sonrasında sonuçlar doğurmak üzere' düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. 7452 sayılı Kanun kanunlaşmadan evvel bir OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi olması nedeniyle bu kanun kapsamındaki acele kamulaştırma uygulamasına ilişkin incelemenin özel tartışma başlıklarına sahip olduğu söylenebilir. Bu kapsamda öncelikle OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı doğrultusunda 126 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin değerlendirilmesi yapılmalıdır.

⁴⁷ 24.2.2023 tarih ve 32114 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan 126 sayılı OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, acele kamulaştırma yoluyla afet nedeniyle yıkılan ve hasar gören deprem bölgesinde hızlı ve etkili çözümler arayan yürütmenin eliyle mülkiyet hakkının devrini düzenlemiştir.

A- OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuka Uygunluk Şartları ve Kanunlaştıktan sonra Yargısal Denetiminin Kapsamı Sorunu

Bir düzenleyici işlem olmakla birlikte doğrudan Anayasadan yetki alan, olağanüstü halin şartlarında yürütmeye verilen istisna gücün bir sonucu olan OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, yalnızca yürütmeye ait düzenleme alanı ile sınırlı olmayan; olağan dönem düzenleyici işlemlerinden farklı olarak temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etme imkânı da tanınan düzenlemelerdir. Bu kapsamdaki yetkiler, yürütmeye temel hakları sınırlandırma veya durdurma gibi sonuçlar doğurabilme imkânı sağlasa da Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca sınırsız bir yetki değildir. OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin içeriği, yalnızca olağanüstü hâl durumunun gerektirdiği ölçüde, zorunluluk, ölçülülük ilkeleri çerçevesinde anayasal meşruiyet kazanabilir. Bu bağlamda, olağanüstü halin kendine özgü koşullarını aşan kimi düzenlemeler, yürütmenin norm koyma yetkisini olağan dönem uygulamalarına taşıma tehlikesi taşır. Kamu düzeni, afet yönetimi, kamu hizmetlerinin sürekliliği gibi alanlarda olağanüstü hal cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılması mümkün olmakla birlikte, bu düzenlemelerin süre, içerik ve amaç bakımından olağanüstü halin sınırları dışına çıkması, anayasal sistemin istisnaya dayalı esnekliğini kalıcı bir norm haline dönüştürme riskini doğurur.

OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin en önemli özelliklerinden biri de yargısal denetim yollarının kapalı olmaları ve ancak meclis onayından geçip kanunlaşmalarından sonra Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulabilmeleridir.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi bu denetimde, hem OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini Anayasa'da gösterilen sınırlara uyulup uyulmadığı yönünden yani kapsamı bakımından ve hem de kanunların hukuka uygunluk kriterleri yönünden değerlendirmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihat, kanunlaştıktan sonra yargısal denetimini yaptığı OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin, *“içeriği itibarıyla olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen olağanüstü hâl süresini aşacak biçimde uygulanmaya imkân verip vermediği ve olağan dönemde geçerli olan*

⁴⁸ Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 39, no 1 (2019): 241-259.

kanunlarda değişiklik yaparak sürekli bir etkiye sahip olup olmadığı yani olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği taşıyıp taşımadığı”⁴⁹ yönünden değerlendirilebileceğidir. Anayasa Mahkemesi’nin olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin içtihadında belirleyici unsurlardan konumuz açısından önemli olan, düzenlemelerin kalıcılık etkisi taşıyıp taşımadığıdır.

Mahkeme, olağanüstü hâl rejiminin anayasal sınırlarını belirlerken, yalnızca düzenlemenin içeriğini değil, bu düzenlemenin etkisinin zaman bakımından hangi sınırlar içinde kaldığını da dikkate almakta; bu bağlamda, olağanüstü hâl sona erdiğinde yürürlükte kalmaya devam eden, etkisini olağan dönemde de sürdüren düzenlemeleri anayasal sınırlar dışına taşan bir nitelik olarak değerlendirmektedir. Bu yaklaşımda, geçici olarak tanınan olağanüstü yetkilerle yapılan düzenlemelerin olağan döneme sarkarak kalıcı hukukî sonuçlar doğurması, olağanüstü hâl rejiminin istisna niteliğini ortadan kaldıran ve yürütmeye tanınan yetkinin yapısal dönüşüme yol açan bir araç hâline gelmesi tehlikesiyle ilişkilendirilerek kalıcılık unsurunu, bu anlamda hukuka uygunluk denetiminin temel kriterlerinden biri hâline getirmektedir

B- Anayasa Mahkemesi’nin “kalıcılık ve sürekli etki” kriteri bakımından 126 sayılı OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Acele Kamulaştırma Düzenlemesinin Değerlendirmesi

126 sayılı OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile getirilen acele kamulaştırma uygulamaları da afet sonrası dönemde konut ihtiyacının karşılanmasına yönelik olarak idareye olağanüstü yetkiler tanımaktadır. Bu kapsamda taşınmazlara ilişkin olarak kamulaştırma süreçleri olağan usuller dışında işletilmekte; yer seçimi, planlamaya tabi olma ve tescil süreçleri bakımından olağan düzenlemelerden farklı bir rejim öngörülmektedir. Kararnamenin ilgili hükümleri, acele kamulaştırma işlemlerini olağanüstü hâl kapsamında planlama sürecinden ayrı olarak düzenlemekte; mülkiyetin devrine ilişkin işlemleri hızlandırmayı amaçlamaktadır. Olağan kamulaştırma süreçlerinin dışına çıkan bu düzenleme, planlamaya tabi olmaksızın yapılan

⁴⁹ Burak Öztürk ve İlgin Özkaya Özlüer, “Deprem Sonrası Mekânsal Alan Kararlarının Olağanüstü Hal Kararnameleri ile Düzenlenmesi Hakkında Bir Değerlendirme,” *Ankara Barosu Dergisi Deprem Özel Sayısı* 81, no 1 (2023): 225.

yer seçimi ve taşınmaz devrine ilişkin işlemler bakımından süreklilik niteliği kazanmakta; bu durum, Mahkeme'nin kalıcılık kriteriyle kurduğu anayasal denge açısından normatif bir gerilim doğurmaktadır.

C- 126 sayılı OHAL CBK'sının Kapsamı Bakımından 7452 Sayılı Kanun'un Acele Kamulaştırma Uygulamasının Anayasaya Uygunluk Yönünden Değerlendirilmesi

Çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapılan 7452 sayılı Kanun, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Anayasada çizilen kapsamı aşan hükümler ihtiva ettiği ve kalıcı nitelikte kabul edilebilecek kimi düzenlemeler içerdiği ileri sürülebilecek 126 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kanunlaşmasıdır. Bu Kanun, olağanüstü hal koşul ve düzenlemelerinin temel hak ve özgürlükler üzerinde yarattığı “olağanüstü” baskı olmadan ve kanunların tabi olduğu olağan dönem hukuk kuralları çerçevesinde hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması gereken bir düzenlemedir. Bu bakımdan meclis tarafından onaylanan OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarına⁵⁰ da yansıdığı gibi kanun niteliğinde kabul edilerek normlar hiyerarşisinde kanun gibi muamele görmeleri ve temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevleri de düzenleyebilen ayrıca kanunlarda da değişiklik yapabilen kanun hükmünde düzenlemeler olarak sayılmaları gereklidir.⁵¹ Anayasada OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu belirtildiğinden Anayasaya uygunlukları yönünden Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimlerde diğer kanunların tabi olduğu hukuki rejimde, Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine göre değerlendirilmeleri gerekmektedir. Bu yönden 7452 sayılı Kanun'un acele kamulaştırmaya ilişkin düzenlemelerinin Anayasaya, hukukun genel ilkelerine ve olağan dönem hukukunun gereklerine; bu kanun kapsamındaki acele kamulaştırma gibi idari tasarrufların da hukuka uygunluk yönünden denetiminde, kamu yararı⁵² başta olmak üzere olağan şartların

⁵⁰ Örneğin: AYM, E.2018/43, K.2018/49, 31.5.2018. AYM, E.2018/42, K.2018/48,31.5.2018.

⁵¹ Veysel Görücü, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Statüsü Üzerine,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1725.

⁵² Olağanüstü durumların ve bu yöneme başvurulması ile amaçlanan kamu yararının somut olarak ortaya konulması şartının arandığı örnek karar için bkz: İDDK, E. 2019/3342, K. 2020/148, 30.1.2020. Acelelik halinin ve üstün kamu yararının idare tarafından açıklanmamasından dolayı acele kamulaştırma işleminin iptal edilmesiyle ilgili örnek

hukuku kapsamında Anayasaya, kanunlara ve hukukun genel ilkelerine göre değerlendirilmesi gereklidir.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin bu denetiminde kamu yararına uygunluk yönünden de denetim yapacağına kuşku yoktur.⁵³ Anayasa Mahkemesi denetiminin, yasama organının asli düzenleme yetkisi içinde çıkan tüm kanunlar gibi Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunmasına dair hükümleri esas alınarak yapılacağından, hukuk devletinin ilkeleri gereği, kamu yararı yönünden denetim yaparken denetlediği aracın OHAL donemi koşullarında güçlendirilmiş yürütme organı elinden çıktığını da ayrıca gözetmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Yürütmeyi elinde tutan siyasi gücün ayrıca yasamada güçlü bir çoğunluğa da ulaştığı erkler ayrılığı sisteminde hukuka uygunluk denetimi kamu yararı yönünden ayrı bir özenle yapılmalıdır. Özellikle acele kamulaştırma yetkisi içeren bir kanun açısından kamu yararının hukukilik denetimi, düzenlemenin şehirleşmede bırakacağı kalıcı etkiler, kamu politikaları ve imar hukukunun temel ilkeleri yönünden kamu yararı açısından yapılmalıdır.

7452 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasında, “Birinci fıkra⁵⁴ belirtilen alanlarda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlardan uygulamaya dâhil edilecek olanlar ile özel mülkiyete tabi diğer bütün taşınmazlar için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından ilgisine göre devir veya acele kamulaştırma kararı alınabilir.

kararlar; DİDDK, E. 2019/2399, K. 2019/4534, 17.10.2019. DİDDK, E. 2017/74, K. 2017/2034, 15.5.2017. Mehmet Emin Akgül, “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani- Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (2021): 1402.

⁵³ “Denetimin yasalaşma sonrasında gerçekleşmesi ve Anayasa Mahkemesinin ivedilikle OHAL CBK’lerini inceleme yetkisinin bulunmaması, ilgili normun denetlenmesinin ancak OHAL süresinin bitiminde mümkün olması gibi bir sakıncaya yol açabilmektedir.” Abdurrahman Tekin, “Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Ön Denetimi,” *Anayasa Yargısı* 39, no 2 (2023): 94.

⁵⁴ “6.2.2023 tarihinde vuku bulan depremler dolayısıyla genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde, afetten etkilenenlerin geçici veya kesin iskân alanları; fay hattına mesafesi, zeminin elverişliliği, yerleşim merkezine yakınlığı gibi kriterler gözetilerek, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının yeni yerleşim yerlerinin tespitine ilişkin görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca resen belirlenerek ilgili kurumlara bildirilir. Bu belirleme yapılırken gereklilik bulunması halinde, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu’nun ek 16’ncı maddesinde belirtilen alanlarda kullanılabilir.”

Kamulaştırma işlemleri Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı veya Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülür.” denmiştir. Anayasa Mahkemesi, acele kamulaştırma konusunda Cumhurbaşkanı dışındaki kurumlara yetki verilmesini olağanüstü hâl yetkileri çerçevesinde değerlendirmiştir. Ancak kararlarında bu yetkilerin olağan döneme taşınması halinde, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini tartışmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin daha önce acele kamulaştırma ile ilgili iptal kararları ekseninde bu Kanun açısında da tartışılması gereken bazı hususlar ise, olağanüstü hâl yetkileri kapsamında alınan kamulaştırma kararlarının, OHAL bittikten sonra da devam edip etmediği; acele kamulaştırmada bedel tespiti ve mülkiyet hakkı güvencelerinin ihlal edilip edilmediği ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle genişletilen kamulaştırma yetkisinin, anayasal sınırları aşıp aşmadığıdır.

Özellikle OHAL sonrası süreçlerde acele kamulaştırma yetkisinin devam etmesi ve olağan döneme taşınması anayasaya ilişkin kimi aykırılıarı gündeme getirmektedir. Bu açıdan 7452 sayılı Kanun’un acele kamulaştırma düzenlemesinin 2942 sayılı Kanun’un düzenleme alanının sınırlarında ve acele kamulaştırma yerleşik içtihatları içinde tartışmak, bu Kanun’u anlamak açısından önemlidir. Bu nedenle 7452 sayılı Kanun’un acele kamulaştırmaya ilişkin düzenlemelerini mülkiyet hakkı ve kamu yararı yönünden değerlendirmek gereklidir.

Ç- 2942 sayılı Kamulaştırma Kanun Kapsamında Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Uygulamaları ile 7452 sayılı Kanundaki acele kamulaştırma usulünün karşılaştırılması

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na göre yapılan kamulaştırma işlemleri ile 7452 sayılı Kanun’daki acele kamulaştırma işlemleri arasında usul ve süreç farklılıkları bulunmaktadır. Kamulaştırma Kanunu’na göre kamulaştırma işlemlerinde idare, öncelikle kamu yararı kararını alır.⁵⁵ Kamulaştırılacak taşınmazın bedeli tespit edilir ve malikle anlaşma sağlanmaya çalışılır. Anlaşma sağlanamazsa, idare Asliye Hukuk Mahkemesinde bedel tespiti ve tescil davası açar.⁵⁶ Mahkeme süreci

⁵⁵ Kamu yararı kararı, “şart işlem” niteliğindedir. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası, 1982), 395.

⁵⁶ Mehmet Ali Gölcüklü, Burak Şakır, *Kamulaştırma Kanunu Şerhi* (Seçkin Yayınları, 2021), 201

tamamlandıktan sonra mülkiyetin idareye geçmesi aşamasına varılır. 7452 sayılı Kanun'daki acele kamulaştırma süreci ise, ilgili idarenin başvurusu ile acele kamulaştırma kararı alınmasıyla başlar. Taşınmazın mülkiyeti mahkeme kararı olmadan idareye geçer. İdare, Asliye Hukuk Mahkemesinde sadece bedel tespiti yapar. Taşınmazların Hazine adına tescili, Bakanlık veya TOKİ'nin talebi üzerine mahkeme kararı aranmaksızın doğrudan tapu müdürlüğünce gerçekleştirilir. Bu yönüyle tescil işlemi, klasik acele kamulaştırma sürecinden farklı olarak idari bir işlem niteliği taşır ve yargısal denetimden bağımsız şekilde mülkiyetin devrine yol açar. Mülkiyet hemen idareye geçtiğinden taşınmaz malikin elinden fiilen taşınmazın alındığı ancak bedelin daha sonra belirlenmesi söz konusu olur. Sonuç olarak, 2942 sayılı Kanun'da mülkiyetin devri mahkeme sürecinin tamamlanmasını beklerken, 7452 sayılı Kanun'da mülkiyet hemen idareye geçmektedir.

Buna göre, her iki Kanun'daki idari usul farklılıklarını mülkiyetin devri, bedel tespiti ve yargısal denetim aşamalarında açıkça görmek mümkündür.

1- Mülkiyetin Devri Açısından Farklar

2942 sayılı Kanun'a göre mülkiyet, kamulaştırma bedeli ödendikten ve mahkeme tescil kararı verdikten sonra idareye geçer. Bu açıdan mülkiyetin devri için idare tüm yasal süreçleri tamamlamak zorundadır. 7452 sayılı Kanun'a göre ise mülkiyet hemen idareye geçer. Taşınmaz sahibi mahkeme sürecinin tamamlanmasını beklenmeden mülkünü kaybeder. Tazminat süreci daha sonra işlemek üzere ertelenir ancak mülk sahibinin bedel konusunda itiraz etme süreci uzun sürmektedir. Özetle, 2942 sayılı Kanun'da taşınmaz sahibinin mülkiyet hakkı daha fazla korunurken, 7452 sayılı Kanun ile mülkiyet idareye hemen devredildiğinden malikin itiraz hakkı zayıflamaktadır.

2- Bedel Tespiti Açısından Farklar

2942 sayılı Kanun'a göre İdare, önceden taşınmazın bedelini bilirkişiler aracılığıyla belirler. Malik ile pazarlık süreci yürütülür ve taraflar uzlaşmaya çalışır. Uzlaşma sağlanamazsa mahkeme süreciyle adil bir bedel belirlenir.⁵⁷ Bedel belirlendikten sonra taşınmazın mülkiyeti idareye geçer. 7452 sayılı

⁵⁷ Sadullah Özel, "Kamulaştırmada Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değer," *TBB Dergisi* 109, (2013): 93-128.

Kanun'a göre İdarenin taşınmazın bedelini önceden belirlemek zorunda olmaması nedeniyle bedel tespiti için dava açılır; ancak bu süreçte malik taşınmazını zaten kaybetmiştir. Taşınmaz bedeli belirlendiğinde malik itiraz edebilir; ancak mülkü geri alma hakkı yoktur. Bu süreç malikin mağduriyetini doğurmaya açıktır; çünkü mülkünden fiilen el çektirilmiş malik, bedel hakkındaki itirazların sonuçlarını bekleyeceği uzun bir sürece girmiştir. Sonuç olarak, 2942 sayılı Kanun'da taşınmaz bedeli önceden belirlenirken, 7452 sayılı Kanun'da mülkiyet devri bedel belirlenmeden yapılmaktadır.

3- Yargısal Denetim ve Hukuki Güvence Açısından Farklar

2942 sayılı Kanun'a göre kamulaştırma sürecinde taşınmaz malikinin anlaşma ve itiraz hakkı daha güçlüdür. Mahkeme süreci tamamlanmadan mülkiyet devri gerçekleşmez. Taşınmaz sahibi, sürecin her aşamasında bedel ve kamulaştırma kararına karşı dava açabilir. 7452 sayılı Kanun'a göre acele kamulaştırmaya ilişkin süreç tamamlanmadan taşınmaz malikinin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin sona ermesi nedeniyle taşınmaz maliki yalnızca bedel konusunda itiraz edebilir. Bu noktada idarenin geniş bir takdir yetkisi olduğu ve yargısal denetimin zayıflamış olduğu tespitinde bulunmak mümkündür. Sonuç olarak, 2942 sayılı Kanun'da taşınmaz malikinin yargısal denetim araçları daha güçlü iken, 7452 sayılı Kanun idarenin takdir yetkisini artırarak yargısal denetimi zorlaştırmaktadır.

Sonuç olarak, 7452 sayılı Kanun, idarenin kamulaştırma yetkisini mülkiyet hakkını daha hızlı sona erdiren bir usul süreci ile donatmıştır. Bu durum, mülkiyet hakkının korunması açısından bazı riskler yaratmaktadır. Bu riskler özellikle Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin acele kamulaştırma yetkisinin ancak kamu yararına ve ölçülü bir biçimde kullanılması gerektiğine dair kararlarıyla çelişkili sonuçlar doğması halinde ortaya çıkacaktır. 2942 sayılı Kanun'da mülk sahibinin hakları daha güçlü korunurken, 7452 sayılı Kanunun acele kamulaştırmayı olağanüstü durumlar için genişleterek mülk sahibi aleyhine bir düzenleme getirdiği söylenmelidir. Bu durum, idare lehine bir kolaylık sağlasa da, mülk sahipleri için hak ihlalleri riski yaratmaktadır. Bu nedenle, 7452 sayılı Kanun'un uygulanması sürecinde denetim mekanizmalarının artırılması ve mülk sahiplerinin haklarının korunması önemlidir.

III- 7452 Sayılı Kanun'un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

7452 sayılı Kanun'da olağanüstü hâl kapsamında ve afet sonrası yeniden inşa süreçleri için genişletilmiş bir acele kamulaştırma yetkisi düzenlenmiştir. Bu kapsamda deprem, afet gibi olağanüstü durumlarda geçici iskân ve kalıcı konut projeleri kapsamında yapılması öngörülen acele kamulaştırmalar düzenlenmiştir. Kanun'un 2'nci maddesinin 7'nci fıkrasında, depremler dolayısıyla genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na acele kamulaştırma yetkisi tanınmıştır. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na veya Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesi yetkisi verilmiştir. 2942 sayılı Kanun'un 27'nci maddesine benzer bir hızlandırılmış kamulaştırma süreci olsa da mülkiyetin doğrudan hazineye devri ve hızlı inşaat süreçleri için OHAL şartlarına uygun bir uygulama mekanizmasını olağan dönemlerde de işletilebilir hale getirilmiştir.

Olağanüstü hale ilişkin genel kanun niteliğindeki 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım durumlarında olağanüstü hâllere ilişkin şartların geçerli olduğunu düzenlemektedir. Bu nedenle, 9 Şubat 2023 tarih ve 1354 sayılı TBMM'nin OHAL kararının ortadan kalkması kararı ile 7452 sayılı Kanun'un acele kamulaştırmaya ilişkin hükümleri olağanüstü halin gereklerinin tamamlandığı olağan dönem hukukunun şartları içinde, mülkiyet hakkının anayasal sınırlarına dair genel hükümler çerçevesinde ele alınmalıdır.

Danıştay'ın acele kamulaştırma konusundaki genel yaklaşımı mülkiyet hakkının korunması yönünde olmuştur. Ancak OHAL kapsamında yapılan düzenlemeler sonrası, kamu yararı ve olağanüstü durumların gerekliliği çerçevesinde genişletilen acele kamulaştırma uygulamalarının sonuçlarına yönelik belli bazı tespitler de Danıştay kararlarında bulunmaktadır. Bu tespitlerden bazılarını⁵⁸ şu şekilde saymak mümkündür: 1- Acele kamulaştırmanın olağanüstü hâl döneminde yaygın kullanımı temel hak ihlallerine neden olabilmektedir. 2- Bedel tespiti sürecinde mahkemelerin devre dışı bırakılması ve taşınmaz sahiplerinin dava açma hakkının kısıtlanması hak ihlallerine neden olabilmektedir. 3- İdarenin acele

⁵⁸ Mehmet Ali Gölcüklü, *Acele Kamulaştırma* (Seçkin Yayıncılık, 2017), 51.

kamulaştırmayı OHAL süresi bittikten sonra da kalıcı projeler için kullanmaya devam etmesi mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelebilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında 7452 sayılı Kanun'da geleneksel acele kamulaştırma uygulamalarından farklı olarak, kamu yararı gerekçesinin daha geniş tutulduğu; idarenin yetkilerinin genişletildiği, yürütme organına ve kamu idarelerine takdir yetkisi bağlamında daha fazla esneklik sağlandığı; imar, şehircilik ve afet sonrası yeniden yapılanma süreçleri için bir enstrüman olarak acele kamulaştırma uygulamasının kullanılmaya başlandığı ileri sürülebilir. Bu açıdan 7452 sayılı Kanun ile getirilen acele kamulaştırma uygulaması, sadece acele kamulaştırmada bir hızlanma değil, aynı zamanda mülkiyet rejiminde dönüşüm yaratabilecek yeni hızlı bir modelin yaratılması olarak değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 1'nci maddesinde⁵⁹ koruma altına alınan mülkiyet hakkı kapsamında devletler, kamu yararı gerekçesiyle mülkiyet hakkına müdahale edebilirler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre bu müdahalenin meşru olması için bazı temel kriterleri sağlaması gerekir.⁶⁰ Bu kriterlerden ilki kanuni olma/hukuka dayanma (by law) şartıdır.⁶¹ Buna göre, müdahalenin açık, öngörülebilir bir hukuk normu çerçevesinde yapılması gerekir.⁶² İkinci kriter, meşru amaçtır. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin meşru sayılabilmesi ancak kamu yararı ilkesi⁶³ ile uyumlu olması ve demokratik bir toplumda

⁵⁹ “Her gerçek ve tüzel kişi, malvarlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Kimse kamu yararı dışında ve yasayla öngörülmedikçe, mülkünden yoksun bırakılamaz. Ancak, bu hakların kamu yararına ve genel yarar gereklilikleriyle uyumlu olarak kullanımı devletlerin takdirindedir.”

⁶⁰ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap,” *Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları no 10*, 2007, 13.

⁶¹ “Sözleşme’de yer alan ‘prescribed by law/prévüe par la loi’ kavramı ile Anayasa’da yer alan ‘kanunilik ilkesi’ tam olarak aynı değildir. AİHM, ‘kanun ile öngörülmüş olma’ kavramına Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir.” Ömer Keskinsoy Semih Batur Kaya Hande Seher Demir “Anayasa Mahkemesi İçtihadında ‘Kanunilik’ Kriterinin Uygulanması Üzerine Bir İnceleme”, *Amme İdaresi Dergisi* 57, no 4 (2024): 14.

⁶² Merve Güneş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Kapsamında Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma” (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2022), 58.

⁶³ Mahkeme, devletlerin kamu yararı yaklaşımları konusunda takdir yetkisinin geniş olduğunu fakat kavrama zımnı bir özerklik atfetmenin insan hakları bağlamında çelişkili olduğu yorumunda bulunmuştur. Güneş, 62.

gerekli olması şartıyla sağlanabilir. Orantılılığın ilkesinin gözetilmesi de aranan bir diğer kriterdir.⁶⁴ Bu kapsamda mülkiyete müdahale ile hedeflenen kamu yararı arasında adil bir denge bulunmalıdır. Son olarak Mahkeme'nin tazminatın adilliğine⁶⁵ değindiği kararlarına göre, taşınmaz sahiplerine makul ve adil bir tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

7452 sayılı Kanun'un getirdiği acele kamulaştırma düzenlemesinin yukarıdaki kriterler açısından ele alınması halinde, OHAL sonrası dönemde acele kamulaştırma süreçlerinin devam edebilmesi için mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin zorunluluk ve geçicilik şartları taşıması gerektiği açıktır. Aynı zamanda acele kamulaştırma ile mülkiyet hakkının özüne yapılan müdahaleler de AİHM içtihadına aykırı sonuçlar yaratabilir. Son olarak, tazminat süreçlerindeki belirsizlikler ve acele el koyma işlemlerinde mülk sahiplerine yeterli savunma ve katılım hakkı sunulmamış olması da mülkiyet hakkı ihlali iddialarını gündeme getirebilir.

Bu hususlarla ilgili AİHM'in kimi kararlarının anılması⁶⁶, söz konusu hukuka aykırılık iddialarını destekler niteliktedir. Özellikle AİHM'in, idarenin kamulaştırma yetkisini uzun süre kullanmadan taşınmaz sahiplerini belirsizlik içinde bırakmayı mülkiyet hakkının ihlali olarak gördüğü 1982 tarihli *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç* kararı⁶⁷; acele kamulaştırmada devletin mülkiyetin kullanılmasını engellemesini mülkiyet hakkı ihlali olarak gördüğü 1993 tarihli *Papamichalopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan* kararı⁶⁸; mülkiyet

⁶⁴ “Orantılılık ilkesi temelde anayasal hakka yapılan sınırlamanın ağırlığı ile devletin müdahalesini meşrulaştırmak için kullandığı anayasal değer dengelemesini gerektirir. (...) Orantılılık kriteri, bir yanda devletin izlediği amacın ve diğer yanda hakların soyut önemini birbirleriyle ilişkilendirmek kalmayıp, amacın yerine getirilme/gerçekleştirilme derecesi ile sınırlamanın somut derecelerini dikkate alır.” Seyfullah Tosun, “Anayasal Hakların Sınırlanmasında İçkin Sınırlama Doktrini” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024), 204.

⁶⁵ AİHM'in tazminatın adilliği konusunda “her dava bazında farklı yaklaşımı mevcuttur. Ancak “taşınmazın değerine makul oranda bir bedel” ölçütü başat unsurdur denilebilir.” Güneş, “Avrupa,” 68.

⁶⁶ “AİHM'nin önemli işlevlerinden birisi, içtihatlarıyla mülkiyet hakkının içeriği ve kapsamına ilişkin olarak ulusal hukuklar ve taraflar arasındaki farklı anlayışların bağdaştırılmadığı durumlarda, kendi otonom mülkiyet anlayışını ortaya koymaktır.” İbrahim Kapaklıkaya “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı” (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2021), 144

⁶⁷ AİHM, *Sporrong ve Lönnroth v İsveç Kararı*, Başvuru No: 7151/75, Karar Tarihi: 23.09.1982.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>

⁶⁸ AİHM, *Papamichalopoulos ve Diğerleri v Yunanistan Kararı*, Başvuru No: 14556/89, Karar Tarihi: 31.10.1995.

hakkına yapılan müdahalenin öngörülebilir ve adil bir süreçte dayanması gerektiğini, usul hükümlerinin hukuki belirliliği güvence altına alması gerektiğini vurguladığı 2000 tarihli Beyeler v. İtalya kararı⁶⁹ yol gösterici kararlardır.

Bu kapsamda 7452 sayılı Kanun'un düzenlediği acele kamulaştırma yetkisinin, acelelik şartları, etkili tazmin mekanizmalarını sunup sunmadığı ile orantılılık ilkesi merkezinde mülkiyet hakkını koruyup korumadığı yönünden yapılacak yargısal denetimde AİHM içtihatlarıyla geliştirilen ilkeler yönünden ihlal kararlarının verilmesi mümkündür.

Hukuk devletini, “*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet*” olarak tanımlayan Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı açısından da, kamulaştırma hukuku açısından mülkiyet hakkı temelinde geliştirilen hukuk devleti temel ilkelerinin de bu kararlarla uyumlu olması gereklidir.⁷⁰ Hukuk devleti açısından kamulaştırma süreçlerinin belirli, sınırlı ve öngörülebilir olması, acele kamulaştırma gibi istisnai bir aracın acelelik şartlarının varlığında kullanılması ve kamu yararı gerekçesinin⁷¹ somut delillerle desteklenerek öngörülebilir olması gereklidir. Diğer yandan tazminatların adil piyasa değeri üzerinden hesaplanması ve hak sahiplerine zamanında ödenmesi ile idari kararların yargısal denetiminin açık ve etkin bir yol olarak başvurulabilir olması da gereklidir.

7452 sayılı Kanun'un, diğer acele kamulaştırma uygulamalarına kıyasla farklı bir kamulaştırma modeli oluşturduğunu ileri sürmemize neden olacak bazı özellikler de bu eleştiriler doğrultusunda belirginlik kazanmaktadır.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57836>

⁶⁹ AİHM, Beyeler v İtalya Kararı, Başvuru No: 33202/96, Karar Tarihi: 05.01.2000, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58832>

⁷⁰ Acele kamulaştırma kararının mülkiyet hakkını ancak Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesine, mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. maddesine ve kamulaştırma usulünün düzenlendiği 46. maddesine uygun olması şartıyla sınırlayabileceğine hükmetmiştir. AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27.2.2014.

⁷¹ Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda yasama işlemlerinin de amacının kamu yararı olması gerekir. Tombaloğlu, 366. Turan Yıldırım, “Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı-Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması,” *“Hukuk Araştırmaları 2*, no 2 (1987): 81.

Özellikle de acele kamulaştırma yolunu afet sonrası yeniden yapılaşma politikası olarak genişleten ve idarenin en genel aracı haline getiren düzenlemelerin acele kamulaştırma kararının hemen sonrasında mülkiyetin devrini öngörerek yargısal süreçlerin etkililiğini zayıflatması ve merkezi yönetimin yetkilerini artırması ile tazminat mekanizmaları ile mülk sahiplerinin idari başvuru yolları konusunda belirsizlikler içermesi, bu eleştirilerin öne çıkan sebepleri olmuştur.

AİHM'nin mülkiyet hakkını ihlal edebilecek bu unsurları tespit etmesi halinde Türkiye aleyhine kararlar vermesi durumuyla karşılaşılabilmesi ihtimali bir yana, kamulaştırma süreçlerinin hukuk devleti ilkeleri ile uyumlu hale getirilmesi için mülk sahiplerinin haklarını koruyacak etkili başvuru mekanizmalarını kurmak amacıyla Kanun'da değişiklik yapılması gereklidir. Bu açıdan OHAL sonrası acele kamulaştırma yetkisinin sınırlandırılması, tazminat mekanizmalarının şeffaflaştırılması ve mülk sahiplerine adil değer üzerinden ödeme yapılmasına dair değişikliklerin ivedilikle yapılması gereklidir. Bu bağlamda mevzuatla uyumlu hale getirmek üzere, kentsel dönüşüm ve afet sonrası yeniden yapılanma politikaları için ayrı bir çerçeve oluşturulması, mülkiyet hakkı ihlallerini önlemek açısından oldukça kritiktir.

Sonuç olarak, 7452 sayılı Kanun, acele kamulaştırma uygulamasının kapsamını ve uygulama alanını genişleterek uluslararası mülkiyet hukuku normlarından sapma riski taşımaktadır. Uzun vadede, bu Kanun'un hukuk devleti ve mülkiyet hakkı açısından uluslararası denetime tabi tutulabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

A- Anayasa Mahkemesinin Geliştirdiği Acele Kamulaştırmaya Hakim İlkeler Açısından 7542 Sayılı Kanun'un Acele Kamulaştırma Düzenlemesi

Anayasa Mahkemesi, 9 Şubat 2017 tarihli ve 6772 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı hükümlerinin iptali talebiyle açılan davayı incelemiş ve bu kapsamda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27'nci maddesindeki acele kamulaştırma usulünün serbest bölgelerle ilgili uygulamalarda da kullanılmasına olanak tanıyan düzenlemeleri değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Serbest Bölgeler Kanununa acele

kamulaştırma yetkisi tanınmasıyla ilgili olarak bu kararı⁷² acele kamulaştırma yetkisinin kapsamı ve sınırları açısından önemli bir içtihat niteliği taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, acele kamulaştırma usulünün istisnai bir yöntem olduğunu ve yalnızca olağanüstü durumlarda uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, serbest bölgelerin kurulması ve genişletilmesi süreçlerinde acele kamulaştırma yetkisinin kullanılmasının ancak kamu yararının açıkça ortaya konulduğu ve aciliyetin somut gerekçelerle desteklendiği durumlarda hukuka uygun kabul edilebileceğine hükmetmiştir.

Mahkeme, acele kamulaştırma yetkisinin genel ve belirsiz bir şekilde tanımlanmasının, mülkiyet hakkının ihlali riskini artırabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle idarelerin her somut olayın kendi koşulları çerçevesinde değerlendirmesi gerektiğine⁷³ dair bu kararı göstermektedir ki, bir bölgenin genel özelliği ve statüsü benzer her bölgede aynı kamulaştırma usulünün uygulanması için yeterli olmayıp kamulaştırma usullerinden hangisinin uygulanacağına dair şartların her somut karar için yeniden değerlendirilmesini gerektirmektedir.⁷⁴ Diğer yandan da bu kararda, taşınmaz mülkiyetinin yalnızca fiziksel el koymaya karşı değil, aynı zamanda hukuki belirsizlik ve keyfi müdahaleye karşı da güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede mülkiyet hakkı, bireyin ekonomik özgürlüğü ile kamusal otoritenin müdahalesi arasındaki denge noktasında değerlendirilmiş⁷⁵; keyfi ve öngörülemez müdahalelerin mülkiyetin “özüne dokunma” niteliği taşıdığı tespiti yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, serbest bölgelerle ilgili idarelerin acele kamulaştırma yetkisinin kullanımında acelelik şartlarına dair kamu

⁷² AYM, E. 2017/110, K. 2017/133, 26.7.2017.

⁷³ Mahkeme'nin kamu yararını “her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi” gerektiğine ilişkin bir diğer karar örneği için bkz: AYM, E.2018/ 156, K. 2019/22, 10.4.2019.

⁷⁴ Şahin, *Acele*, 180.

⁷⁵ “(...) bir kısım hak ve özgürlükler ile diğer bir kısım hak ve özgürlükler arasında veya bir kısım hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasında kaçınılmaz olarak bir çatışma çıkması halinde, özgürlüklerden birinin diğerine tercih edilmesi gibi bir yolun değil, özgürlükler arasında veya özgürlükler ile kamu yararı arasında makul bir denge kuran, her ikisini de gerektiği ölçüde koruyan bir yolun benimsenmesi (...)” AYM, E. 2020/2, K. 2020/46, 10.9.2020.

yararı kararının dikkatli ve ölçülü kullanılması gerektiğini de ortaya koymaktadır. İdarelerin, acele kamulaştırma işlemlerini gerçekleştirirken, kamu yararı ve aciliyet unsurlarını somut ve objektif kriterlerle desteklemeleri ve yasayla çizilen sınırlara uymaları zorunludur⁷⁶. Aksi takdirde acele kamulaştırma, Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği “öngörülebilirlik, ölçülülük ve kamu yararı” ilkelerine aykırılığa ve mülkiyet hakkının ihlaline yol açabilir. Diğer yandan bu kararda dikkat çeken bir husus da acele kamulaştırma kararının mülkiyet hakkını ortadan kaldırmayan ancak sınırlayan bir yetki olarak tanımlandığıdır.

Kararda, “*bazı istisnai hâllerde, kamulaştırma sürecindeki işlemler tamamlanmadan ve mülkiyet idareye geçmeden önce idareye özel mülkiyete konu bir taşınmazı, el koymak suretiyle kullanma imkânı tanıyan bir tedbir niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. (...) acele kamulaştırma işlemi ile mülkiyet hakkının hukuken ortadan kalkmamakta ancak, haktan doğan yetkilerin kısıtlanmakta ve hakka sınırlama getirilmektedir.*” denmiştir. Karara bu açıdan katılmak mümkün olmadığı gibi Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında da söz edilmiş olduğu üzere, kamulaştırma işlemi özü itibarıyla kamu yararı gerekçesiyle idarenin özel hukuk niteliğindeki mülkiyetin özüne dokunan ve aynı zamanda özel hukuk mülkiyetine son veren bir tasarruftur.⁷⁷ Bu karara göre, serbest bölgeler kamu yararına hizmet etmektedir ve ekonomik kalkınma açısından önemlidir; serbest bölgelerin oluşturulması ve genişletilmesi için acele kamulaştırma yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı değildir; son olarak ve en önemlisi, acele kamulaştırmanın ölçülü kullanılması ve keyfi uygulamalara yol açmaması gerekir. Özetle Anayasa Mahkemesi, serbest bölgeler için acele kamulaştırma yetkisinin

⁷⁶ “(...) alanının tespiti ile bu alanda ihtiyaç duyulacak arazi ve tesislerin acele kamulaştırılmasına karar verilmesinin tamamıyla zamana, tekniğin ve ekonominin gereklerine göre belirlenmesi gereken bir sorun niteliği göstermesi karşısında, Bakanlar Kurulu'nun, kendisine bu konuda tanınan yetkiyi; Kanun'un amaç ve kapsamının belirttiği 1. maddeyle çizilen çerçevede içinde kalmak ve başta Anayasa olmak üzere, yürürlükteki diğer mevzuat hükümlerini de dikkate almak suretiyle kullanmak durumunda olacağı bir gerçektir.” AYM, E.2017/110, K. 2017/133, 26.7.2017. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-133-nrm.pdf>

⁷⁷ Konuyla ilgili kararlar için bkz: “(...) Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikinin rızası olmasa da kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. (...)” AYM, E.1976/38, K. 1976/46, 12.10.1976.

varlığını hukuka uygun bulmuş, ancak idarenin bunu keyfi şekilde kullanmasını engelleyecek ölçütler belirlemiştir. Bu ölçütleri üç başlık içinde toplamak mümkündür:

1- Hukuki ve Şehircilik Açısından Acele Kamulaştırmanın İstisnai Niteliği:

- Anayasa Mahkemesi, acele kamulaştırmayı olağan bir kamulaştırma yöntemi olarak değil, "istisnai" bir durum olarak ele almıştır.
- Bu nedenle, serbest bölgelerde acele kamulaştırma yetkisinin kullanımı sıkı koşullara bağlıdır.

2- Kamu Yararı ve Mülkiyet Hakkı Dengesi Açısından Ölçülülük İlkesi:

- Mahkeme, kamu yararının varlığı konusunda idareye geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.
- Ancak, mülkiyet hakkının korunması ve kamulaştırma sürecinin hukuka uygun yürütülmesi gerekmektedir.

3- Denetim ve Keyfi Uygulamaların Önlenmesi Açısından Etkili Yargısal Denetim İlkesi:

- Anayasa Mahkemesi, idarenin acele kamulaştırma yetkisini "sınırsız" kullanmasını engellemek için mahkemelerin bu işlemleri denetleyebileceğini belirtmiştir.
- Yani, serbest bölgeler için yapılan acele kamulaştırmaların hukuka aykırı olup olmadığı mahkemeler tarafından incelenebilecektir.

Yapılan bu açıklamalar ışığında Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, özel kanunlarla düzenlenen acele kamulaştırma uygulamaları açısından devletin geniş yetkiler kullanmasının mümkün olduğunu ancak acele kamulaştırmanın mülkiyet hakkına müdahale olduğunu ve keyfi kullanılamayacağını belirtmesi açısından önemlidir. Diğer yandan bu karar, idarenin acele kamulaştırmayı "her durumda" kullanamayacağına dair önemli bir hukuki içtihat oluşturmuştur. Mahkemenin hukuk devleti ilkesine ilişkin önceki kararlarında çizdiği çerçevenin acele kamulaştırma konusunda düzenleme getiren özel kanunlar açısından da genel sınır olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Serbest Bölgeler Kanunu'na ilişkin olarak yaptığı norm denetiminde, acele kamulaştırma yetkisinin kullanımına ilişkin geliştirdiği anayasal ölçütler, olağanüstü durumlara özgü müdahale biçimlerinin sınırlarını ortaya koymaktadır. Mahkeme, acele kamulaştırma yetkisinin genel bir müdahale biçimi olarak değil, olağandışı koşulların idareye tanıdığı sınırlı bir imkan çerçevesinde ele alınması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Bu içtihat, afet sonrası konut ihtiyacına cevap vermek amacıyla çıkarılan 7452 sayılı Kanun'daki acele kamulaştırma düzenlemelerinin, yalnızca idari gereklilikle değil, aynı zamanda anayasal sınırlarla da uyumlu olarak değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Serbest Bölgeler kararında ifade edilen, idarenin takdir yetkisinin keyfilğe evrilmemesi ve her müdahalenin somut gerekçelerle temellendirilmesi gerekliliği, kamu yararının soyut bir kavram değil, normatif içeriği belirli bir anayasal ilke olduğu yönündeki yaklaşımı pekiştirmektedir. Bu doğrultuda 7452 sayılı Kanun'un uygulama pratiği, acele kamulaştırma yolunun istisna olmaktan çıkıp olağanlaştırıldığı bir düzenleyici zemin hâline gelip gelmediği sorusu etrafında yeniden değerlendirilmeyi gerektirmektedir.

B- Danıştay'ın Geliştirdiği Acele Kamulaştırmaya Hakim İlkeler Açısından 7542 Sayılı Kanun'un Acele Kamulaştırma Düzenlemesi

Danıştay da acele kamulaştırmayı kamulaştırma hukukunun istisnai bir yöntemi⁷⁸ olarak kabul etmekte ve idarenin takdir yetkisini genişleten keyfî uygulamaları⁷⁹ halinde iptal kararları vermektedir. Ancak OHAL sonrası süreçlerde, özellikle afet bölgelerinde yapılan acele kamulaştırmalarda idare lehine acelelik hal değerlendirmelerini esnettiği, acele kamulaştırmanın istisna bir uygulama olduğuna dair kararlarından uzaklaştığı da görülmektedir.

Danıştay'ın acele kamulaştırma uygulamalarına ilişkin geliştirdiği temel kuralları dört başlıkta toplamak mümkündür:

- Acele kamulaştırma ancak zorunluluk gerektiren ve gecikmeye tahammül olmayan hallerde uygulanabilir.⁸⁰

⁷⁸ D.6.D, E.2023/5973, K. 2024/2586, 30.04.2024.

⁷⁹ DİDDK, E:2021/3795, K:2022/636, 24.02.2022.

⁸⁰ Şahin, *Acele*, 9.

- Kamulaştırmanın amacı kamu yararı olmalıdır.⁸¹
- Her bir taşınmaz için sebepleri de belirtilmek suretiyle karar alınması gerekmektedir ve geniş bir bölge için, soyut ve genel gerekçelerle acele kamulaştırma kararı alınamaz.⁸²
- Mülkiyet hakkı ihlal edilmemeli, kamulaştırılan taşınmaz sahiplerine adil tazminat ödenmelidir.
- Tazminat sürecinin ve kamulaştırma kararları yargısal denetime açık olmalıdır.

Konuyla ilgili Danıştay İdari Davalar Dairesi'nin 13.01.2011 tarihli kararında da ifade edilmiş olduğu üzere, “*acelelik hali ve bu hali gerekli kılan durumlar ile gerek acele kamulaştırmanın konusu gerekse acele kamulaştırılacak taşınmazlar açıklıkla gösterilmek suretiyle acele kamulaştırmanın kapsamı ve çerçevesinin belirlenmesi gerekir.*” Buna göre, acele kamulaştırma kararının hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesine uygun olması öncelikle acelelik şartlarına gerekçe olan kamu yararı gerekçesinin ortaya konulmasıyla ve bu bağlamda idarenin takdir yetkisinin ölçülülük⁸³ ilkesine uygunluğunun denetlenebilir kılınmasıyla mümkün olacaktır. Danıştay, acele kamulaştırma uygulamalarına ilişkin diğer bazı iptal kararlarında da acele kamulaştırma ile ilgili ilkeler ortaya koymuştur. Örneğin, Danıştay 6. Dairesi, 2016/2104 E. 2016/2614 kararında, acele kamulaştırmanın “istisnai bir yol” olduğu ve kentsel dönüşüm projeleri gibi süreçlerin acele kamulaştırmaya uygun olmadığına hükmetmiştir. Yine Danıştay 6. Dairesi, 2017/110 E, 2017/133 kararı da acele kamulaştırmanın ancak olağanüstü hâl sürecinde veya savunma, enerji projeleri gibi durumlarda kullanılabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle OHAL sonrasında yapılan acele kamulaştırmaların anayasaya uygunluğu ciddi bir tartışmanın konusudur.

⁸¹ “Acelelik olgusunun, işlemin gecikmesinin kamunun zarara uğramasına neden olacağından hareketle kamu yararını da içerdiği düşünülebilir. [Ancak] (...) acelelik arz eden durum her zaman kamu yararına uygun olmadığı gibi, kamu yararına olan her durumda acelelik söz konusu olmayabilir.” Şengöz, *Acele*, 57. Bu açıdan da kamu yararı amacı dışında bir sebeple acele kamulaştırma yapılamaz.

⁸² D.6.D, E:2018/535, K:2018/7827, 16.10.2018.

⁸³ Sadullah Özel, “Türkiye’deki Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Uygulamasının Ölçülülük İlkesi ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluğu,” *Turkish Studies* 11, no 8 (2016): 298.

Danıştay'ın acele kamulaştırma konusunda verdiği Denizli Avdan Termik Santrali ve Rüzgar Enerjisi İletim Hatları gibi farklı projelere dair kararları, acele kamulaştırmanın "kamu yararı" kriteriyle nasıl değerlendirildiği konusunda önemli veriler ortaya koymaktadır. 7452 sayılı Kanun'un bu bağlamda değerlendirilmesi, acele kamulaştırmanın geleceği açısından kritik sonuçlar doğuracaktır. Danıştay, çevre ve kent üzerinde sonuçlar doğurması muhtemel projelere ilişkin acele kamulaştırma davalarında genellikle iki temel başlık üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Bunlardan ilki "zorunluluk ve kamu yararı" ilişkisi ve diğeri de "çevresel ve sosyal etkiler"⁸⁴dir.⁸⁵ Bu başlıklar doğrultusunda, Danıştay bazı projelerde acele kamulaştırmayı hukuka uygun bulurken, bazılarını hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir. Danıştay'ın acele kamulaştırma kararlarından iptal kararı verdiği ve vermediği iki örnek olması açısından Denizli Avdan Termik Santrali ile ilgili kararı ve RES İletim Hattı kararı bu noktada anılmalıdır.

Danıştay, Denizli-Avdan bölgesinde kömür madeni işletme sahası için yapılan acele kamulaştırmayı hukuka aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Bu kararda, kamulaştırılan alan zeytinlik ve tarım alanlarını içerdiğinden, acele kamulaştırmanın tarımsal alanları ve çevreyi olumsuz etkileyebileceği değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, sanayi ve enerji projeleri için acele kamulaştırma talep edilse bile, çevresel etkiler göz önüne alınarak iptal edilebileceğine hükmetmiştir.⁸⁶

Danıştay Rüzgar Enerjisi Santrali (RES) İletim Hattı ile ilgili bir diğer kararında⁸⁷ ise rüzgar santrallerine enerji iletimi için yapılan acele

⁸⁴ "Çevresel Etki Değerlendirmesi süreci tamamlanmadan 2872 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre proje için yatırıma başlanması, bu proje kapsamında kamulaştırma işlemi tesis edilmesi ve dolayısıyla kamulaştırma sırasında acele kamulaştırma yönteminin uygulanmasının mümkün değildir." D.6.D, E: 2015/2930, K: 2017/1315, 28/02/2017.

⁸⁵ Ayşegül Mengi, Bülent Duru, "Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme," *Kamu Yatırımları İçin Arazi Edinimi ve Kamulaştırma Sempozyumu-Uluslararası Katılımlı*, Ankara Üniversitesi, Türkiye Belediyeler Birliği, Türkiye Adalet Akademisi, 14-18 Haziran 2010. https://www.academia.edu/3382239/Ay%C5%9Feg%C3%BCl_Mengi_B%C3%BClent_Duru_Kamula%C5%9Ft%C4%B1rman%C4%B1n_%C3%87evreye_Etkileri_%C3%9Czerine_Bir_De%C4%9Ferlendirme

⁸⁶ Danıştay İDDK, E.2024/597, K. 2024/1962, 8.10.2024

⁸⁷ "Enerji ihtiyacının hızla artış gösterdiği ülkemizde bu ihtiyacın karşılanması amacıyla ve yüksek maliyetlerle inşa edilen tesislerde üretilen enerjinin tüketim noktalarına kaliteli,

kamulaştırmaları hukuka uygun bulmuştur. İletim hatlarının, doğrudan kamu hizmeti ve enerji güvenliği açısından aciliyet gerektiren projeler olduğunu belirterek durumun ve şartların değerlendirmesi yerine yapılan projenin mahiyetine odaklanmıştır. Bunun sonucu olarak da acele kamulaştırmanın makul ve zorunlu bir karar olduğuna hükmetmiştir. Sonuç olarak, enerji⁸⁸ altyapı projeleri gibi doğrudan kamu hizmetine yönelik projelerde acele kamulaştırma daha kolay kabul edilebilmektedir.

Danıştay'ın acele kamulaştırma uygulamalarına ilişkin içtihadı, bu kamusal müdahale biçimini olağanüstü ve istisnai bir yol olarak tanımlamakta; idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasını ve somut gerekçelerle kamu yararı ilkesinin açıklığa kavuşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Acele kamulaştırmanın yalnızca gecikmeye tahammülü olmayan, kamu hizmetinin devamlılığı için zorunluluk arz eden hâllerde uygulanabileceğini kabul eden Danıştay, soyut gerekçelerle geniş alanları kapsayan ve her taşınmaza özgü aciliyet değerlendirmesi yapılmaksızın alınan kararları hukuka aykırı bulmaktadır.

Bu içtihat çizgisi, 7452 sayılı Kanun çerçevesinde afet sonrası konut ihtiyacını karşılamaya yönelik olarak gerçekleştirilen acele kamulaştırma uygulamalarının, idari kolaylık ve hız adına anayasal sınırları aşma riski taşıyıp taşımadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Özellikle çevresel ve sosyal etkilerle kamu yararı arasındaki dengenin kurulması önemli bir denetim noktası olmaktadır. Bu durum, idarenin her somut projede acelelik gerekçesini açık ve denetlenebilir biçimde ortaya koyması gerektiğine işaret ederken; 7452 sayılı Kanun'un genel düzenleme biçimi itibarıyla, bu denetimi zorlaştıran yapısal bir esneklik içerdiğini göstermektedir.

hızlı, kesintisiz ve güvenli bir şekilde ulaştırılmasında kamu yararının bulunduğu açıktır. (...) üreteceği enerjinin gönderileceği Metafor RES Transformator Merkezinin enterkonnekte sisteme tek bağlantı noktasını oluşturduğu dikkate alındığında, söz konusu hat güzergahına isabet eden taşınmazların kamulaştırılmasında kamu yararı ve acelelik halinin bulunduğu". D.6. D, E. 2022/9343, K. 2024/2584, 30.04.2024.

⁸⁸ Mutlu, "Acele", 112-117.

C- Kamu Yararı İlkesi Açısından 7542 Sayılı Kanun'un Acele Kamulaştırma Düzenlemesi

7452 sayılı Kanun ile acele kamulaştırma yetkisinin genişletilmesi, mülkiyetin hemen idareye geçmesini sağlamaktadır. Ancak, yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere yargı kararlarında acele kamulaştırma kararlarında da mülkiyet hakkının korunması esastır ve kamu yararı kararına esas acelelik durumunun açıkça ortaya konulabilir olması gereklidir. Bunun yanısıra, taşınmaz bedeli de adil bir şekilde belirlenmelidir. Bu çerçevede yargı içtihatları, mülkiyetin doğrudan idareye geçmesi durumunda hak sahiplerine “makul sürede”⁸⁹ ödeme yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.

Mahkeme kararlarında da bedel tespiti yapılmadan gerçekleştirilen⁹⁰ acele kamulaştırma kararında mülkiyet hakkı ihlali söz konusu olduğu belirtildiğinden 7452 sayılı Kanun bu yönden değerlendirilmelidir. Diğer yandan bedel tespiti ve tescil sürecinin hukuki denetimi de mülk sahiplerinin hak mağduriyetleri yaşanmaması açısından oldukça önemli olduğundan bu iki hususun birlikte ele alınması gereklidir. Sonuç olarak, 7452 sayılı Kanun uyarınca acele kamulaştırmada mülkiyetin idareye hemen geçebildiğinin kabul edilmesi halinde dahi, hukuki süreç tamamlanana kadar taşınmazın bedelinin belirlenmesi ve tapuda tescili için dava açılabilmesini mümkün kılan usul araçlarıyla hak arama hürriyeti⁹¹ güvence altına alınmalıdır.

IV- 7452 Sayılı Kanun'un Şehircilik ve Planlama İlkeleri Açısından Değerlendirmesi

Bunları göz önünde bulundurarak, 7452 sayılı Kanun ile getirilen acele kamulaştırmanın klasik acele kamulaştırma düzenlemesinden farklı olarak, daha kapsamlı, merkezi ve hızlı bir kamulaştırma modeli olduğunu söylemek mümkündür. Olağanüstü hal şartlarında mülkiyet devrine ilişkin idarelere

⁸⁹ AYM, “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2015/17451, Karar Tarihi: 16/2/2017, R.G. Tarih ve Sayı: 5/5/2017-30057. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/17451> aynı zamanda AİHM, Mevlüt Aka- Türkiye, 23.09.1998, Başvuru No: 107/1997/891/1103. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58231>

⁹⁰ Kanun'un 27. maddesiyle idareye özel mülkiyete konu taşınmazları acele kamulaştırma yoluyla normal bir kamulaştırma sürecindeki işlemler tamamlanmadan hukuka uygun bir şekilde kullanma imkânı tanınmıştır. AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014.

⁹¹ Mesut Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, no. 3 (Şubat 2015): 1-37.

verilen yetkinin olağanüstü halin şartları ortadan kalktığı durumda kullanılabilmesi, söz konusu acele kamulaştırma yönteminin kamulaştırma yönteminin alternatifi haline getirme tehlikesi içermektedir. Bu tehlike özellikle OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde etkileri kalıcı nitelikte sonuçlara neden olan şehirleşme düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır. Deprem sonrası yıkılan şehirlerin yeniden inşası amacıyla konut ihtiyacının hızla karşılanması için Kamulaştırma Kanun’undaki acele kamulaştırma süreçlerinden de farklı ve hızlı usul içeren 7452 sayılı Kanun’un ivediliği zorunluluğundan kaynaklanan yerleşme ve yapılaşma ihtiyacı, uygulamada kamu yararının takdirinin nasıl somutlaştırılacağı noktasında önem kazanmaktadır.

Bu açıdan afet sonrasında hak sahipliği tanımlanan yapı stoğu kadar yapının inşası bu Kanun kapsamında esas kabul edilmelidir. Bu yapı stoğunun⁹² üstünde yerleşme ihtiyacı varsa, yalnızca kentsel hizmetlerin bütünlüğü çerçevesinde yeni bir imar planı doğrultusunda oluşturulacak nüfus projeksiyonuna göre, ‘uygun’ yer ve yapım tekniklerine göre yeni yapılaşma alanları ve yapılaşma uygulamaları bu Kanun kapsamında kamu yararı amacı taşıyabilir. Kanun’un 2’nci maddesinin 7’nci fıkrasında “acele kamulaştırma kararı alınabilir” ifadesinin bu bağlamda ele alınması ve idarenin bu kararı alıp almama konusundaki takdir yetkisinin “ihtiyacın varlığı halinde ve sınırlı olarak”⁹³ kullanılabilir bir yetki olarak düzenlendiği biçiminde anlaşılması gerekir. Hak sahipliği ile kastedilenin de kiracı ile mülk sahiplerini kapsayacak yıkılan ve kullanılamaz hale gelen yapı miktarına göre belirlenmesi gerektiği açıktır.

Bununla birlikte, Kanun’un 1’nci maddesinin 3’ncü fıkrasında afet bölgesi ilan edilen yerlerde, yerleşme ve yapılaşmaya ilişkin iş ve işlemlerin ivedilikle yürütülmesi amacıyla acele kamulaştırma yapılabileceği düzenlenmiştir. Yerleşme ve yapılaşma, imar hukukunun teknik kavramları

⁹² “Yaşanacak afetlere karşı önlem alınabilmesi ve depreme dayanıklı, sağlıklı, can ve mal güvenliğini tehdit etmeyen yapı üretiminin sağlanabilmesi için mevcut yapı stokunun belirlenmesi ve sınırlı kaynakların doğru ve verimli kullanılabilmesi için afetlerin önlenmesi çalışmalarında önceliklendirme yapılması önem arz etmektedir.” Emrah Bahşi, Ahmet Dada, Erhan Gümüş, Serdar Cenikli, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar Uyarınca Riskli Yapı Tespiti Yapılan Binaların Sayısal Analiz Sonuçlarının Değerlendirilmesi,” *Dirençlilik Dergisi* 7, no 1 (2023), 158.

⁹³ Gül Üstün, “Kentsel Dönüşüm Hukuku” (On İki Levha Yayıncılık, 2014), 268-269.

olarak sıklıkla birlikte anılmakla birlikte, hukuki bağlamda farklı işlevler üstlenmektedir. Yapılaşma daha çok inşai faaliyete ilişkin fiziksel düzenlemeyi ifade ederken, yerleşme kavramı, bu düzenlemenin mekânsal ve toplumsal organizasyonla kurduğu bütünsel ilişkiyi temsil etmektedir. Bu nedenle, şehirleşme süreçlerinde yalnızca yapı yoğunluğuna değil, kamusal alanların paylaşımına, altyapının planlamasına ve yaşam kalitesine etki eden unsurlara da yer verilmesi gerekmektedir. Bu noktada, yerleşme kavramının şehircilik ilkelerindeki⁹⁴ ve imar hukukundaki karşılığı, meselenin anayasal boyutunu anlamak açısından önem arz etmektedir. Yerleşme, imar hukukunda yalnızca yapılaşmayı ifade eden fiziksel bir düzenleme değil; toplumsal yaşamın mekânsal kurgusunu kamu yararı doğrultusunda biçimlendiren bütüncül planlama ilkesiyle anlaşılabilir. 3194 sayılı İmar Kanunu çerçevesinde yerleşme, nazım ve uygulama planları aracılığıyla, barınma, altyapı, ulaşım ve çevresel sürdürülebilirlik gibi unsurların dengeli biçimde düzenlenmesini ifade eder. Ancak yerleşmenin bu teknik tanımı, şehircilik ilkeleriyle kesiştiğinde daha derin bir kamusal anlam kazanır: Yerleşme, mekânın adil kullanımını, sosyal eşitliği ve insan onuruna yaraşır yaşam koşullarını gözetten bir kamu hukuku normuna dönüşür. Bu nedenle, acele kamulaştırma gibi olağanüstü idari müdahalelerin planlama sürecinden bağımsız olarak uygulanması, yalnızca mülkiyet hakkının sınırlarını zorlamakla kalmaz; aynı zamanda yerleşmenin kamusal niteliğini

⁹⁴ “Ana başlıkları ile İmar Hukukunda Şehircilik İlkeleri şu şekilde sıralanabilir: 1. Kamu Yararına Uygunluk İlkesi 2. “Planlı Kentleşme ve Düzenli Kalkınma İlkesi 3. Bilimsellik İlkesi (Nesnellik İlkesi) 4. Sağlıklı Kentleşme İlkesi 5. Demokratiklik İlkesi - Kentleşmede ve Kalkınmada Eşitlikçi ve Çoğulcu Yaklaşım İlkesi - Açıklık (Aleniyet) İlkesi - Halkın Katılımının Sağlanması İlkesi 6. Sürdürülebilir Kalkınma ve Kentleşme İlkesi 7. Eşgüdümlü Birlikteliğin Sağlanması İlkesi 8. Şehircilikte Ölçülülük İlkesi 9. Süreklilik İlkesi” Eray Büyükvelioğlu, “İmar Hukuku ve Şehircilik İlkeleri,” *Eskiz: Şehir ve Bölge Planlama Dergisi* 05, no 01(2023): 118. Danıştay kararlarında şehircilik ilkelerine sınırlı yer verildiğini belirten Çelebi bu kararlarda yer verilen kriterleri şu şekilde saymıştır: “Ayrıcalıklı yapılaşma hakkının engellenmesi gerekliliği, ilgili verilerin toplanması gerekliliği , yoğunluk artışının engellenmesi gerekliliği , tarihsel ve modern şehircilik anlayışına uygunluk durumu, taşıt ve yaya güvenliğini sağlama, emsal gösterilen yapının yakın mesafede olması gerekliliği, fiziksel konfor koşullarının azaltılmaması gerekliliği, eşdeğer alan ayrılması gerekliliği , yer seçimi bakımından uygunluğun sağlanması gerekliliği, plan ana kararlarını değiştirecek taleplerin yerine getirilmemesi gerekliliği , ihtiyacın varlığı gerekliliği, bütünlüğün sağlanması gerekliliği, sivil mimarlık örneği tescilli yapıların ön plana çıkarılmasının gerekliliği” Ayser Çelebi, “Türk İmar Uygulamasında Şehircilik İlkeleri ve Planlama Esasları” (Yüksek Lisans, İstanbul Üniversitesi, 2021), 52.

zedeleterek, şehirleşme süreçlerinde normatif kırılmalara yol açar. Yerleşme, bu anlamda yalnızca mekânsal değil; anayasal bir ilkeler bütünüdür mekân üzerindeki yansımasıdır.

Yerleşme, İmar Kanunu'nun 5'nci maddesinde insanların yaşaması ve faaliyetlerini sürdürebilmesi için belirlenmiş ve planlanmış alanlar olarak tanımlanmıştır. İmar Kanunu'nun 21 ile 18'inci maddeleri bir arada ele alındığında ise “yapılaşma”, bir yerleşim alanı içinde bina, tesis ve altyapı gibi yapıların oluşturulması süreci olarak tanımlanabilir. Bu tanımlar çerçevesinde 7452 sayılı Kanun'un olağan kamulaştırma usulü yerine idarenin acele kamulaştırma kararı almasını gerektiren acelelik şartı afet sonrası öncelikle barınma ve konut ihtiyacının doğması nedeniyle konut üretimidir. Acele kamulaştırma kararının alınmasını gerektirecek acelelik şartı bu nedenle yerleşme açısından bireylerin yalnızca coğrafi olarak bir alana yerleştirilmesini değil, aynı zamanda yaşamlarını sürdürebilecekleri temel altyapının ve haklarının sağlanması anlamına geleceğinden, şehircilik ve insan hakları hukuku çerçevesinde, insanca yaşam standartlarını güvence altına alan konut hakkı⁹⁵ ve barınma güvenliğinin⁹⁶ sağlanması olarak çerçevelenmelidir. Acele kamulaştırma işlemleri bu nedenle afet sonrasında yerleşme ihtiyacının hızla karşılanması ihtiyacına odaklanmalı; yerleşme planlaması olmadan yapılaşma odaklı acele kamulaştırma kararlarının İmar Kanunu ve Kamulaştırma Kanunu gereği imar ve şehircilik hukuku ilke ve esaslarına aykırı olacağı kabul edilmelidir. Uzun vadeli bir yerleşim planı yapılmadan, alınan acele kamulaştırma kararlarının sosyal, ekonomik ve çevresel

⁹⁵ Konut hakkının “insan hakları hukuku çerçevesinde, insanca yaşam standartlarını güvence altına alan” ‘temel’ olduğu, ‘kalkış noktası’ olduğunu ifade eden Kaboğlu, anayasalarda ve uluslararası metinlerde ‘yeterli’, ‘elverişli’, ‘uygun’, ‘rahat ve huzurlu’, ‘onurlu ve elverişli’, ‘uygun ve sağlıklı’, ‘uygun, rahat ve aile mahremiyetini güvenceleyen’ nitelendirmelerle anıldığına işaret etmiştir. İbrahim Kaboğlu, “Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi,” *İnsan Hakları Yıllığı* 17, no 1 (1996): 162.

⁹⁶ Konut ve barınma ile ilgili doğrudan bir anayasal hakkın tanımlanmaması halinde dahi sosyal hukuk devletleri açısından barınma ihtiyacının karşılanması noktasındaki güvenliğinin devletin görevleri arasında sayılması ve güvence altına alınması gerektiği kabul edilmelidir. “Fransa Anayasası’nda konut hakkına ilişkin bir kural var olmadığı halde, Anayasa Mahkemesi, 1946 tarihli Anayasa’nın Giriş 11 Topkapı Jour of Soc Sci, Vol. 2, No. 1, 2023, pp. 9–18 Bölümündeki 10. ve 11. Fıkralarda sözü edilen “insan onurunun korunması” anlatımından yola çıkarak barınma hakkı lehinde kararlar alabilmiştir. Bu kararlarda, Yüksek Mahkeme, Fransa’nın “Sosyal bir hukuk devleti olduğuna ilişkin” Anayasa maddesine (m.2) yollamalar yapmıştır.” Ruşen Keleş, “İnsan Hakkı Olarak Konut,” *Topkapı Journal of Social Science* 2, no. 1 (2023): 11.

maliyetleri arttırması nedeniyle kamu yararına aykırı olacağı ileri sürülebilir. Bu nedenle söz konusu toplumsal maliyetler gözetilerek, hızlı müdahaleye ihtiyaç duyulan durumlarda bile, şehircilik ilkeleri ve insan odaklı planlama göz ardı edilmeden yapılaşma odaklı konut üretiminin acele kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlandırılması engellenmelidir.

Bu bağlamda, konut hakkının yalnızca bireysel bir sosyal hak değil; şehircilik ilkeleri çerçevesinde planlama, eşitlik ve mekânsal adalet ilkeleriyle bütünleşen bir kamu hizmeti niteliği olarak somutlaştığı da göz önüne alınmalıdır. Barınma hakkı, kent mekânında insan onuruna uygun yaşam koşullarının tesisini amaçlayan anayasal bir güvence olup, idareye yalnızca negatif değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de yükler. Bu yükümlülük, konut politikalarının salt piyasa mekanizmalarına bırakılmamasını, aksine kamu otoritesinin sosyal konut, erişilebilir yerleşim ve adil kaynak tahsisi gibi araçlarla aktif müdahalesini zorunlu kılar. Bu çerçevede idarenin, planlama yetkisini sosyal ve mekânsal eşitlik hedefleri doğrultusunda kullanması; kent hakkı, sürdürülebilirlik ve kamu yararı ilkeleri ile uyumlu yerleşim politikaları üretmesi gerekir. Aksi halde, barınma ihtiyacına dayalı olağanüstü uygulamalar, şehircilik hukukunu dönüştürürken sosyal haklar rejimini de yapısal olarak aşındırma riski taşır.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, plansız yapılaşma altyapı ve sosyal sorunlara neden olduğundan, acele kamulaştırma kararlarında bütüncül bir yerleşme planlaması⁹⁷ doğrultusunda yapı üretimi amacı bulunması gereklidir. Anayasa'nın 57'nci maddesi de Devletin herkesin sağlıklı ve düzenli bir çevrede yaşamasını sağlamak için konut politikaları oluşturmakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı, konut hakkını yaşam hakkı ile birarada ele alarak, devletlerin barınma sorununa hızlı ve etkili çözümler üretmesini güvence altına almıştır. Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de konut hakkının insan onuruna yakışır bir yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiğini

⁹⁷ “En üst ölçekten itibaren kademe kademe alt ölçeklere inildikçe, üst ölçeklerde alınan kararların “nerede” ve “nasıl” uygulanacağı somutlaştırılır; böylelikle, üst ölçekteki plan kararlarının mekana yansıtılması sağlanır. Bütüncül planlama, bir zincirin halkaları olarak düşünebileceğimiz planlar arasında ancak bu şekilde bir hiyerarşik ilişkinin kurulması ile gerçekleştirilebilir.” Elif Orta, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması* (Legal, 2006), 53.

düzenlemektedir. Bu çerçevede 7452 sayılı Kanun'un olağanüstü hal sonrası yerleşme ve yapılaşma süreçleri kapsamında acele kamulaştırmanın anlamını genişleten kimi uygulamalara konu edilmesi halinde, uluslararası insan hakları hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ve hukuk devleti ilkesi açısından da bazı önemli tartışmaları beraberinde getireceği açıktır.

A- Afet Sonrası Yeniden İmar Süreçlerinin Hızlandırılmasında 7452 Sayılı Kanun Kapsamındaki Acele Kamulaştırma Kararlarının Anlamı ve İşlevi

Afet sonrası barınma ihtiyacının karşılanmasına dair aciliyet hali, uzun yargı süreçleri beklenmeden idarenin taşınmazlara hızlıca el koymasını gündeme getirmektedir. Bu yolla idarenin özel mülkiyete tabi taşınmazları hızla kamulaştırarak altyapı ve konut projelerini gecikmeden hayata geçirebileceği ve afetzedelere yönelik yeni yerleşim alanları ve kamusal projeleri hızla oluşturabileceği ileri sürülebilir. Diğer yandan idarenin özel hukuk kişileri ile yaptığı sözleşmeler doğrultusunda geliştirdiği afet sonrası yapı ve inşaat projelerinin kesintiye uğramaması için idarenin kamulaştırma sürecinde hızlı hareket etmesi gerektiği de savunulabilir. Örneğin, TOKİ'nin veya başka kamu kurumlarının afet bölgelerinde inşaat projelerine başlamadan önce arazi edinim sürecinin hızlandırılması gerektiği belirtilmektedir. Bu yolla idare, özel hukuk kişileri eliyle bölgede konut üretimine yönelik çalışmaları yürütmek üzere mülkiyetin kamuya geçirilmesi aşamasını hızlandırarak yatırımcı güvencesi ve kamu projelerinin sürekliliğini sağlamayı hedefleyebilir. Bu noktada yine süreci hızlandırmaya yönelik olarak 4734 sayılı Kamu İhale⁹⁸ Kanunu'nun "idarelerce uyulması gereken diğer kuralları" tanımladığı 62'nci maddesinde "*Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz*" hükmü⁹⁹ yer almasına rağmen, 7452 sayılı Kanun'un açıkça bu madde

⁹⁸ İhale, "idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler." Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1997), 76.

⁹⁹ "Bu bağlamda, doğal afetlerin zorunlu kıldığı yapım işleri hariç diğer bütün yıllara sarı yapım işleriyle ilgili ihale işlemlerinin yılın ilk dokuz ayında tamamlanması gerekmektedir." SayDK, 24.12.2003, Karar No: 1132/1. <https://www.e->

hükümlerinin uygulanmayacağını düzenlemesi, acele kamulaştırma kararının mülkiyet rejimi üzerindeki değişikliğin yanı sıra uygulama aşamalarında da hızı ve aceleliği vurgulamıştır. Son olarak bazı alanların deprem sonrası riskli alan ilan edilerek boşaltılması ve yeni yerleşim alanları belirlenmesi gündeme gelmektedir. Bu bakımdan acele kamulaştırmanın, idarenin belirlediği yeni şehir planlamasının hayata geçirilmesini kolaylaştırıp eski yerleşim alanlarının dönüşümü için mülkiyet rejimindeki değişimin hızla gerçekleştirilmesini sağlayan etkin bir araç olduğu da ileri sürülebilir. Buna göre idare, kamu yararı gerekçesiyle yeni yerleşim alanlarının belirlenmesinde acele kamulaştırma uygulamasını esas kabul etmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, mülkiyet hakkına yapılan bu hızlı müdahalenin, afet sonrası yeniden yapılanma sürecinde bazı sorunlara neden olduğu da hatırlatılmalıdır. Bu sorunların öncelikle mülkiyetin kamuya devri ile inşaat süreçlerinin hızlanması arasında doğrudan bir bağlantının kurulması nedeniyle ortaya çıktığı görülmektedir. İdarenin afet sonrası konut projelerini hızlandırması için öncelikle planlama, altyapı ve finansman süreçlerini tamamlaması gerekmektedir. Mülkiyetin hızlı devri, inşaat sürecini doğrudan hızlandıran bir etkiyi doğuramaz. Çünkü yapı ruhsatları, altyapı projeleri ve teknik detaylar gibi imar hukukunun temelini de oluşturan idari süreçler zaman isteyen, teknik aşamalardır. Bu nedenle mülkiyetin kamuya geçirilmesindeki hızlanma diğer usul süreçleri tamamlanmadan yalnızca inşaat yapımına hazır araziler yaratma anlamına gelir. Ancak yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere acele kamulaştırma kararına esas alınan kamu yararı kararının hangi bölgedeki¹⁰⁰ hangi büyüklükteki hangi taşınmazın¹⁰¹ hangi sebeple mülkiyetine kamu idaresince ihtiyaç duyulduğunu karardan önce somutlaştırmadan belirlenebilmesi mümkün değildir. Nihayet, kamulaştırılan alanın inşaata hazır hale getirilememesi durumunda da acele kamulaştırma, bir tür mülksüzleştirme süreci olarak aceleci ancak etkisiz bir uygulama haline dönüşür. Sorunlardan ikincisi kamulaştırılarak özel mülkiyet rejimi sona erdirilen alanların afet sonrası barınma ihtiyacına özgülenmek yerine özel kişilerin kullanıma açık tahsis işlemlerine konu edilmesi önünde

icisleri.gov.tr/GeneleAcikSayfalar/KararlarKanunlar/KararlarDetay.aspx?KararlarKey=2d1d8d45-a8c4-4752-936f-8dab8ed5cc36

¹⁰⁰ Danıştay'ın "ilçenin doğal güzelliğini bozacağı" gerekçesiyle iptal ettiği kamulaştırma kararı için bakınız: D.6.D, E.1959/5309, K.1962/1589, 27.04.1962.

¹⁰¹ Danıştay'ın taşınmazın tespit edilmesinde uyulması gereken usule uyulmamasının işlemin iptalini gerektirdiğine ilişkin kararı için bkz: D.6.D, E.1999/185, K. 2000/514, 03.02.2000.

bir engel bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Afet sonrası süreçlerde kamu mülkiyetine geçirilen özel mülklerin, konut ve barınma ihtiyacı sahiplerine yönelik projelere konu edilmemesi de mümkündür. Eğer acele kamulaştırma kamu yararı gerekçesiyle kullanılıyorsa, projelerin nasıl şekilleneceği ve kimlere tahsis edileceği konusunda şeffaflık¹⁰² ve öngörülebilirliği sağlayacak hukuki güvenceler sağlanmalıdır. Bu noktada AİHM'in *Keçecioglu ve diğerleri/Türkiye*¹⁰³ kararında, başvurucuların taşınmazın kamu yararı amacı ve kamulaştırma sebebi doğrultusunda kullanılmadığı gerekçesiyle yaptığı başvurularda ve *Motais de Narbonne/Fransa*¹⁰⁴ kararında Mahkemenin sosyal konut projesi için kamulaştırılan taşınmazın, 19 yıl boyunca belirtilen amaç doğrultusunda kullanılmamasının başvurucuya aşırı bir yük getirdiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verdiği de hatırlatılmalıdır. Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi de *Nusrat Külah*¹⁰⁵ kararında, spor alanı olarak kamulaştırılan taşınmazın çok kısa bir süre içinde imar planında ticaret alanına ayrılarak üçüncü kişilere satışının yapıldığı gerekçesiyle hak ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda, kamulaştırma yoluyla yapılan bir müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasanın 35'nci maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımadığı sonucuna vararak hak ihlali olduğuna hükmetmiştir. .

Bu kararlara göre de afet sonrası konut ve barınma ihtiyacı temelinde doğan kamu yararı kararının temel alınması nedeniyle acele usule tabi tutularak kamulaştırılan özel mülkiyete tabi alanların bu ihtiyaç dışında tahsisinin hak ihlallerine neden olacağı ileri sürülebilir. Özel mülkiyete tabi alanların maliklerinden alınarak kamu mülkiyet arazilerine ve daha sonra yatırımcılara veya üçüncü şahıslara devredilmesi riskini ortadan kaldıracak hukuki güvencelerin Kanun'a eklenmesi hak mağduriyetlerini engelleyecek, kamu yararı ilkesine uygun olacak ve hukuka güvenilirliği sağlayacaktır.

¹⁰² Sait Güran, "Yönetimde Açıklık," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Vakur Versan'a Armağan*, 1-3, (1985). Tekin Akıllıoğlu, "Yönetimde Açıklık, Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 46, no 1-2 (1991): 1-12.

¹⁰³ Başvuru No: 37546/02, 8/4/2008

¹⁰⁴ Başvuru No: 48161/99, 2/7/2002

¹⁰⁵ Başvuru No: 2013/6151, 21.04.2014

Sorunlardan üçüncüsü ise, 7452 sayılı Kanunla kimi hukuki ve ekonomik güvencelerin zayıflatıldığı iddiası ile ilgilidir. Acele kamulaştırma sürecinde mülkiyet sahiplerine idari ve yasal başvurular¹⁰⁶ için tanınan sürelerin kısa olması hukuki güvenceleri zayıflatmaktadır. Maliklerin mülkiyet hakkı, taşınmazların mülkiyet durumuna ve takdir edilen bedele ilişkin konularda yargısal süreçlere etkin başvuru yolları ile donatılmalıdır. Afet sonrası süreçlerin hızlanması için özel mülkiyete son vermek, mülkiyet hakkının genel hukuki rejimi pahasına gerçekleştirilirse, uzun vadede hukuki güven ortamını bozabilir. Bu noktada Danıştay'ın, Denizli Avdan Termik Santrali kararında acele kamulaştırmanın hukuka aykırı olduğunu belirterek iptal ettiği karar hatırlanmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu karardaki bozmaya temel gerekçe, acele kamulaştırmanın keyfi biçimde kullanılmasının hukuki güvenlik ve kanunilik ilkesine aykırı sonuçları olmuştur.

Bu halde, afet sonrası imar ve yerleşme süreçlerini hızlandırmak için özel mülkiyet ile kamu yararı dengesinin kurulmasında idareyi mülkiyet hakkının özü ile çelişmeyecek çözümlere yönlendirmek ve 7452 sayılı Kanun kapsamına eklenebilecek farklı yöntemler ve uygulamalar mümkün müdür sorusu yanıt beklemektedir. Bu noktada, kira destek programları yoluyla depremzedeler için konut inşaatı bitene kadar kira desteği verilmesi; özel mülkiyete el koymadan önce kamuya ait boş arazilerde konut projelerinin geliştirilmesi; mülk sahipleri ile pazarlık süreçleri hızlandırılarak, anlaşma yollarının geliştirilmesi; acele kamulaştırma yerine, afet sonrası dönüşüm bölgeleri belirlenerek yerinde iyileştirme projelerinin öncelikle afet öncesinde ikamet edenlerin paydaşlığında geliştirilmesi gibi yöntemlerin denenmesi mümkündür. Bu ve benzeri öneriler, planlı ve mülkiyet hakkına saygılı çözümler geliştirmeye imkan sağlayacaktır. Acele kamulaştırma, afet sonrası süreçleri hızlandırmada tek başına yeterli bir araç olmadığından alternatif çözümlerin eş güdümlü geliştirilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁶ Acele kamulaştırma kararının iptali davası ivedi yargılama usulüne tabi olduğu için kural olarak acele kamulaştırma kararının Resmi Gazetede ilanından itibaren 30 gün içerisinde açılmalıdır. Ancak cumhurbaşkanı kararı ile alınan acele kamulaştırma kararının iptali davalarını inceleyen Danıştay'ın 6.Dairesi E. 2021/3615, K. 2021/14201, 21.12.2021 kararında bu sürenin 60 gün olduğu kabul edilmektedir.

B- Acele Kamulaştırma Kararlarının Plansız Şehirleşmede Etkisi ve 7452 sayılı Kanunla Olağanüstü Hal Şartlarının Bu Yönden Kalıcı Uygulamaya Dönüşme Olasılığı

7452 sayılı Kanun ile belirlenen bölgelerde planlama süreci tamamlanmadan, mevcut halihazır haritalara dayanarak konut üretimi yapılması, Türkiye’de genel şehirleşme ve planlama anlayışında radikal bir dönüşüme neden olmaktadır. Bu durum, deprem sonrası süreçleri hızlandırma amacı taşısa da aslında geleneksel şehircilik ilkelerinin terk edilmesi ve sürekli olağanüstü hal rejimi altında şehirleşme anlayışının genel bir uygulama haline geçiş riskini beraberinde getirmektedir.

Geleneksel şehirleşme modeli, önce planlama sürecinin tamamlanması, ardından imar uygulamalarının gerçekleştirilmesi ve son olarak inşaat sürecinin başlatılması üzerine kuruludur. Planların bütünsel hiyerarşisi ilkesi planlama süreçlerine hakim en genel ilke olarak imar hukukunda sürdürülebilir dirençli şehirleşmenin de temelini oluşturur. Ancak 7452 sayılı Kanun ile bu süreç tamamen tersine çevrilmiş ve konut yapımı planlama süreçlerinden önce konumlandırılmıştır. Şehirlerde altyapı eksikliğinin yaratacağı sorunlar ve enerji, su, kanalizasyon, ulaşım sistemlerinin plansızlığı, şehir yaşamının ve günlük toplumsal yaşamın aksamasına neden olma riski taşır. İmar planı yapılmadan ya da tamamlanmadan, ulaşım planlaması yapılmadan, yol ve sokak düzenlerinin plansız kurgulanması konut, trafik ve ulaşım sorunlarını beraberinde getirecektir. Yeni yapılan konut alanlarının, park, okul, sağlık tesisi gibi temel kamusal sosyal ihtiyaçlar planlanmadan belirlenmesi günlük toplumsal yaşamın kamu düzeni içinde kurulmasını engelleme riski de yaratmaktadır. Son olarak acele kamulaştırma kararına konu alanların zemin uygunluğuna dair bilimsel ve teknik incelemenin yapılmamış olması bölgede gerçekleşme riski bulunan yeni afetlerin yeni tehlikeler ve zararlar yaratması ve idarenin mali sorumluluğu ihtimali yaratabilir. Afet sonrası yapılaşma süreçlerinde, acele kamulaştırma uygulamasının geleneksel uygulamasını genişleten 7452 sayılı Kanun’un "geçici ama kalıcı" olağanüstü imar hukuku modelinin kalıcı etkileri nedeniyle pek çok sorunu beraberinde getirme tehlikesi içerdiği açıktır.

Yerel yönetimlerin planlama süreçlerinde merkezi idare lehine karar süreçlerinde etki ve rolünün azaltılması¹⁰⁷ ve tamamen ortadan kaldırılması,

¹⁰⁷ “Yerel yönetimlerin sahip olduğu imar planı yapma, kentsel dönüşüm alanı ilan etme ve ruhsat verme gibi bir takım önemli yetki ve sorumlulukların 2011 yılı ve sonrasında

mahalli müşterek ihtiyaçlar doğrultusunda gelişen sorunlara çözüm üretilmesinde imar planlamasının bir çözüm aracı olmasını engelleyecektir. Sürekli acele kamulaştırma uygulamalarının artması ile özel mülkiyete tabi alanlarda mülkiyet hakkı güvencesinin sürekli tehdit altında olmasına neden olacaktır. Afetlerin yarattığı öngörülmeleyen krizler, yeni acele kamulaştırma dalgalarını tetikleyerek dirençli şehirleşme süreçleri yerine idarelerin afet yönetim planlarını afet sonrası imar faaliyetlerine odakladığı bir afet planlaması sürecine neden olabilecektir. Bu nedenle şehircilikte çağdaş imar planlaması süreçlerinin yerini, sürekli kriz yönetimi üzerinden gelişen bir şehirleşme modeline bırakması hukuki öngörülebilirliği tehdit eder. Bu dönüşümün hukuki güvenlik ve mülkiyet hakkı açısından da ciddi bir risk oluşturduğu açıktır. Şehircilik anlayışında olağanüstü hal kurallarının süreklileşmesi örneği olarak 7452 sayılı Kanunu, mülkiyet hakkının sadece hukuki değil, aynı zamanda mekânsal bir organizasyon olarak çözülmesine neden olabilecek derin yapısal bir dönüşümün işareti olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Acele kamulaştırmaya dayalı şehirleşme modelinin kalıcı hale gelmesi sadece mülkiyet hakkı ihlallerine değil aynı zamanda şehirlerin toplumsal, ekonomik ve mekânsal organizasyonunun bozulmasına neden olabilir.

Geleneksel şehircilik ilkeleri, üst ölçekte belirlenen stratejik planlar çerçevesinde, ulaşım, altyapı, kamusal hizmetler ve sosyal donatı alanları ile birlikte gelişen bir mekânsal organizasyon modeline dayanır. Ancak 7452 sayılı Kanun'un uygulamaları, bu sürecin tersine işlemesine neden olmaktadır. Şehir artık stratejik ve bütüncül bir plan çerçevesinde değil; plansız, parçalı inşaat projeleri üzerinden şekillenebilir kılınmaktadır. Bu durum kentin sürekli ve erişilebilir hizmetlerini, toplumsal ilişkilerini ve tarihsel sürekliliğini koruyan bir mekânsal organizasyon olmasını imkânsız hale getirebilir. Şehir, üst ölçekten alt ölçeğe doğru planlanan, insan odaklı bir

yürürlüğe konulan 644, 648 ve 661 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle İmar ve İskan Bakanlığının yerine kurulan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na re'sen karar alma yetkisiyle verilmesi ve yukarıda anlatılan 2012 yılında çıkarılan 6306 sayılı Kanun ve birçok reformu içeren 6360 sayılı Kanun'un getirdiği yeni düzenlemelerden mevcut kamu yönetimi anlayışının yerleşmeden ziyade merkezileşme eğilimine doğru evrildiği söylenebilir (kentakademisi.wordpress.com). Bu durum geniş yetkiler kazanan "Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın (www.isdam.org.tr). Türkiye Belediyesi" olarak algılanmasına yol açmıştır." Mustafa Ersönmez, "Acele Kamulaştırmanın Kentsel Yenilemedeki Rolü" (Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi, 2018), 18.

mekân olmaktan çıkıp, parçalanmış, altyapısız ve sürdürülemez adalara bölünmüş bir yapılaşma modeli haline dönüşme tehlikesi altındadır.

Geleneksel şehirleşme modeli, toplumun farklı kültürel, sosyal ve ekonomik gruplarının bir arada yaşadığı, etkileşim içinde olduğu bir yapıyı öngörür. Ancak, acele kamulaştırma ve plansız inşaat odaklı model, şehirlerin toplumsal yapısını parçalayarak, yaşam alanlarını "istiflenmiş konut adalarına" dönüştürmektedir. Bu süreç, mahalle dokusunu, komşuluk ilişkilerini ve tarihsel sürekliliği kopararak, şehri toplumsal bağlamından kopuk bir beton yığına dönüştürür. Şehir, toplumsal etkileşimin yaşandığı bir alan olmaktan çıkıp, birbirinden kopuk konut kümelerine dönüşür.

Şehircilik, öncelikle kentin ve kentlinin¹⁰⁸ ihtiyaçlarını karşılamak için gelişmesi gereken bir disiplindir.¹⁰⁹ Ancak 7452 sayılı Kanun, kentsel planlamanın temel belirleyicisinin kentin ihtiyaçları değil, inşaat sektörünün dinamikleri haline gelme tehlikesi barındırmaktadır. Bu süreçte, altyapı, ulaşım, sosyal donatı alanları, çevre planlaması gibi temel bileşenler geri planda kalırken, tek odağın konut üretimi olması ihtimali idarenin imar hukukuna hakim kamu yararı yaklaşımını da derinden etkilemektedir. Buna bağlı olarak şehirleşme kent sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılama amacı yerine inşaat sektörünün ekonomik döngüsünü destekleyen bir araç haline gelebilir. Bu modelin uygulama örneklerinin devam etmesi halinde ise şehirleşme artık öngörülebilir bir plan çerçevesinde değil, sürekli krizlerin belirlediği bir süreç haline gelir.

Diğer yandan bu uygulamaların yaygınlaşması, deprem, ekonomik kriz, afet veya göç gibi gerekçelerle idarelerin acele kamulaştırmayı olağan kamulaştırma usulü gibi kullanılmasına neden olabilir. Böylece, şehirleşme süreci planlamaya değil, sürekli ‘müdahaleye’ dayalı bir modele dönüşür. Bu

¹⁰⁸ Şehir, “temel hakların, ekonomik, toplumsal ve kültürel hakların, siyasal hakların ve dayanışma haklarının gerçekleşme alanı olarak”, mekânın somutlaştığı yerdir. Mithat Arman Karasu, “Kentli Haklarının Gelişimi ve Hukuki Boyutları,” *TBB Dergisi* 78, (2008): 38.

¹⁰⁹ Gerek 1985 tarihli Avrupa Kentsel şartı gerekse 1992’den sonra yaşanan değişimlere koşut olarak, 29 Mayıs 2008 tarihinde, yerel yönetimlerin politikalarına öncü olması amacıyla hazırlanan “Avrupa Kentsel Şartı II - Yeni Bir Kentlilik İçin Bildirge bu tanıımı doğrular nitelikte hükümler içermektedir. Yusuf Erbay ve Kumru Arapkirlioglu Zerrin Alataş, “Yenilenen Avrupa Kentsel Şartı ve Belediyeler” (Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, 2023), <https://www.marmara.gov.tr/uploads/kentsel-sart-raporu.pdf>.

nedenle afet yönetim süreçlerinde idarenin önleme, denetim, kontrol görevlerini temsil eden önleme ilkesi yerine acele kamulaştırma yöntemleriyle kentsel alanda bir giderim, yeniden organizasyon gibi afet sonrası amaçlara evriltme tehlikesi de içerir. Bu süreçte, mülkiyet hakkı, acele kamulaştırmalar yoluyla mülkiyet rejiminde sürekli değişiklik yapılarak yeniden tanımlanır. Şehircilik, sürdürülebilir bir mekânsal organizasyon olmaktan çıkıp, sürekli krizlere verilen geçici ama süreklileşen tepkilere bağlı hale gelir.

Sonuç olarak, şehirlerin plansız genişlemesi yerine, afet sonrası dönüşüm projelerinin şeffaf ve katılımcı bir süreçle yürütülmesi gereklidir. Mülkiyet hakkı korunarak, bireylerin kentsel dönüşüm süreçlerinde hak sahibi olabilmeleri sağlanmalıdır. Şehirler sadece krizler sonucunda gelişen mekânlar olmaktan çıkarılmalı ve öngörülebilir, sürdürülebilir bir şehirleşme modeli oluşturulmalıdır.

SONUÇ

7452 sayılı Kanun'un düzenlediği acele kamulaştırma usulü, afet sonrası yerleşme ve konut ihtiyacını karşılamak amacıyla idareye tanınan geniş yetkiler çerçevesinde, şehircilik hukukunda olağanüstü halin süreklileşmesi riskini artırmakta; mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan ve kalıcı etkiler yaratmaktadır. İdarenin acelelik halini belirleme ve kamu yararı gerekçesini oluşturma yetkisi, tescil işleminin mahkeme kararı olmaksızın idari işlemle gerçekleştirilmesiyle birlikte, mülkiyetin devrine ilişkin anayasal güvenceleri zayıflatmaktadır. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde, acele kamulaştırma yalnızca zorunluluk ve aciliyetin somut gerekçelerle ortaya konulduğu hâllerde, istisnai bir yöntem olarak kullanılabilir. Ancak bu yöntemin geniş alanlarda, planlama sürecinden bağımsız biçimde ve kalıcı şehirleşme projeleriyle birlikte uygulanması, kamu yararının içeriksizleşmesine ve idari takdirin sınırlarının belirsizleşmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda, çalışma 7452 sayılı Kanun'un yalnızca teknik bir afet sonrası müdahale düzenlemesi değil, kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken yapısal bir dönüşüm belgesi olduğunu ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar ve Ana Vilfan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap.”, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları*, no 10.
- Akgül, Mehmet Emin. “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani- Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (2021):1391-1446.
- AIHM, Mevlüt Aka-Türkiye Davası Kararı, 23.09.1998, Başvuru No: 107/1997/891/1103.
- AIHM, Sporong ve Lönnroth- İsveç Kararı, 23 09 982, Başvuru No: 7151/75.
- AIHM, Papamichalopoulos ve Diğerleri- Yunanistan Kararı, 31.10.1995, Başvuru no: 14556/89.
- AIHM, Beyeler- İtalya Kararı, 05.01.2000, Başvuru No: 33202/96.
- Akıllıoğlu, Tekin. “Yönetimde Açıklık, Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 46, no 1-2 (1991): 1-12.
- Akıllıoğlu, Tekin. “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler.” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, no 1-3 (Haziran 2011): 11-22.
- Arsıanoğlu, Mehmet. “Acele Kamulaştırma.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no 3 (2014) :203-224.
- Atar, Yavuz. “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 39, no 1 (2019): 241-259.
- Aydın, Mesut. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 61, no. 3 (Şubat 2015): 1-37.
- Büyükvelioğlu, Eray. “İmar Hukuku ve Şehircilik İlkeleri.” *Eskiz: Şehir ve Bölge Planlama Dergisi* 05, no. 01 (2023): 111-118
- AYM, E.1976/38, K. 1976/46, 12.10.1976.
- AYM, E.2017/110, K. 2017/133, 26.7.2017.
- AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27.2.2014.
- AYM, E.2018/43, K.2018/49, 31.5.2018.
- AYM, E.2018/42, K.2018/48, 31.5.2018.
- AYM, E.2013/72, K.2013/126, 31.10.2013.

- AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.
- AYM, E.2018/ 156, K. 2019/22, 10.4.2019.
- AYM, E. 2016/196, K.2018/34, 28.03.2018.
- AYM, E. 1963/166, K. 1964/76, 22.12.1964.
- AYM, E. 2020/2, K. 2020/46, 10.9.2020.
- AYM, “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2015/17451, Karar Tarihi: 16.2.2017.
- AYM, “Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2013/817, Karar Tarihi:19.12.2013.
- AYM, “Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven Başvurusu”, Başvuru Numarası: 2018/1567, Karar Tarihi: 10.2.2022
- AYM, “Züliye Öztürk Kararı”, Başvuru Numarası: 2014/1734, Karar Tarihi: 14.9.2017.
- AYM, “Sevil Gümüş Kararı”, Başvuru Numarası: 2014/13956, Karar Tarihi: 9.1.2019.
- Bilgen, Pertev. *Kamulaştırma Hukuku*. Filiz Kitabevi, 1999.
- Çelebi, Ayser. “Türk İmar Uygulamasında Şehircilik İlkeleri ve Planlama Esasları.” Yüksek Lisans, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku, 2021.
- D.6.D, E.1999/185, K.2000/514, 03.02.2000.
- D.6.D, E.2010/12660, K.2011/2636, 05.07.2011.
- D.6.D, E. 2009/2320, K. 2011/3676, 12.10.2011.
- D.6.D, E. 2021/3615, K. 2021/14201, 21.12.2021.
- D.6.D, E.2023/5973, K. 2024/2586, 30.04.2024.
- D.6.D, E. 2018/535, K.2018/7827, 16.10.2018.
- D.6.D, E.1959/5309, K.1962/1589, 27.04.1962.
- D.6.D, E.2004/1179, K.2004/5503, 09.11.2004.
- D.6.D, E.2009/2838, K.2011/122, 01.02.2011.
- D.6.D, E.1984/195, K.1984/3035, 31.12.1984.
- DİDDK, E. 2024/99, K. 2024/351, 21.02.2024.
- DİDDK, E.2021/3795, K.2022/636, 24.02.2022.

- DİDDGK. E. 2017/74, K. 2017/2034,15.5.2017.
- DİDDGK, E. 2019/2399 K. 2019/4534, 17.10.2019.
- DİDDKE, E. 2017/782, K.2017/2772, 06.07.2017.
- DİDDK, E. 2019/3342 K. 2020/148, 30.1.2020.
- Dağ Bereket, Cansu. “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Eksenin Mülkiyet Hakkı.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, (2020): 169-196.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. Fakülteler Matbaası, 1982.
- Düren, Akın. *İdare Hukuku Dersleri*. Sevinç Matbaası, 1979.
- Elif Orta. *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması*. Legal, 2006.
- Bahşi, Emrah, Ahmet Dada, Erhan Gümüş ve Serdar Cenikli. “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar Uyarınca Riskli Yapı Tespiti Yapılan Binaların Sayısal Analiz Sonuçlarının Değerlendirilmesi.” *Dirençlilik Dergisi* 7, no1 (2023):153-169.
- Erbay, Yusuf, Kumru Arapgirlioğlu, Zerrin Alataş. *Yenilenen Avrupa Kentsel Şartı ve Belediyeler*. Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, 2013.
- Ercan, İnci. “Yargıtay Kararlarında Oluşan Son Eğilimlerle Kamulaştırma, Acele İşlerde El Koyma, Acele Kamulaştırma.” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2000.
- Ersönmez, Mustafa. “Acele Kamulaştırmanın Kentsel Yenilemedeki Rolü”, Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi, 2018.
- Gemalmaz, H. Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılmasında “Adil Denge” İlkesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Prof. Dr. İl Han Özyay’a Armağan), 69, no 1-2, 2011: 649-673.
- Gemalmaz, H. Burak, *Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*. Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi yayını, 2018.
- Göktaş, Gülbahar. “Acele Kamulaştırma.” Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, 2024.
- Gölcüklü, Mehmet Ali ve Burak Şakır. *Kamulaştırma Kanunu Şerhi*. Seçkin Yayınları, 2021.
- Güneş, Merve. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Kapsamında Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma.” Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2022.

- Güran, Sait. “Yönetimde Açıklık.” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Vakur Versan’a Armağan*, 1-3, (1985): 101-112.
- Kaboğlu, İbrahim, “Yerleşme ve Konut Hakkı: Temel Özgürlük Sosyal Hak Birleşmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı* 17, no 1, 1996: 149-169.
- Kapaklıkaya, İbrahim. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı.” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2021.
- Kaplan, Onur. “Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda “Aceleliğine Karar Verilen Haller” Bakımından Bir Değerlendirme.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, (2018):176-196.
- Karaman, Buket. “Acele Kamulaştırma.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2015.
- Karasu, Mithat Arman. “Kentli Haklarının Gelişimi ve Hukuki Boyutları.” *TBB Dergisi* 78, (2008): 37-52.
- Keskinsoy Ömer, Semih Batur Kaya, Hande Seher Demir. “Anayasa Mahkemesi İçtihadında ‘Kanunilik’ Kriterinin Uygulanması Üzerine Bir İnceleme.” *Amme İdaresi Dergisi* 57, no 4 (2024): 1-34.
- Kutlu, Meltem. *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1997.
- Mehmet Ali Gölcüklü. *Acele Kamulaştırma*. Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Mengi Ayşegül ve Bülent Duru. “Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme.” *Kamu Yatırımları İçin Arazi Edinimi ve Kamulaştırma Sempozyumu- Uluslararası Katılımlı*, (Ankara Üniversitesi, Türkiye Belediyeler Birliği, Türkiye Adalet Akademisi), 14-18 Haziran 2010.
- Mutlu, Sercan. “Acele Kamulaştırma ve Sermaye Birikimi.” Yüksek Lisans Tezi, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, 2023.
- Örücü, Esin. *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*. Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Özdemir, Ayşe Didem, Şenol Akça, Eşref Uğur ve diğerleri. *Mülkiyet Hakkı Karar Özetleri*. Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2020.
- Özel, Sadullah. “Türkiye’deki Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Uygulamasının Ölçülülük İlkesi ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluğu.” *Turkish Studies* 11, no 8 (2016) :293-312.
- Özel, Sadullah. “Kamulaştırmada Gerçek Karşılık Hakkı ve Pazar Değer.” *TBB Dergisi* 109, (2013): 93-128.

- Özlük Tiryaki, Betül. “Depremde Hasar Gören veya Yıkılan Yapıların Dönüşümüne İlişkin Hukuki Sorunlar.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, sy. Özel Sayı (Ekim 2023).
- Öztürk, Burak ve Ilgın Özkaya Özlüer. “Deprem Sonrası Mekânsal Alan Kararlarının Olağanüstü Hal Kararnameleri ile Düzenlenmesi Hakkında Bir Değerlendirme.” *Ankara Barosu Dergisi Deprem Özel Sayısı* 81, no 1 (2023): 217-239.
- Özyörük, Mukbil. *Kamulaştırma Hukuku*. Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O.,1948.
- Ruşen Keleş. “İnsan Hakkı Olarak Konut.” *Topkapı Journal of Social Science* 2, no. 1 (2023): 9-18.
- Sayıştay DK, K.1132/1,24.12.2003.
- Seyfullah Tosun. “Anayasal Hakların Sınırlandırılmasında İçkin Sınırlama Doktrini.” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2024.
- Şahin, Cenk. *Acele Kamulaştırma*. On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Şengöz, Dilara. “Acele Kamulaştırma.” Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2019.
- Tekin, Abdurrahman. “Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Ön Denetimi.” *Anayasa Yargısı* 39, no 2 (2023): 83-124.
- Terece, Emre. “Yargı Kararlarında Mülkiyet Hakkı.” *Avrasya Bilimler Akademisi Sosyal Bilimler Dergisi* 41, (2022): 26-46.
- Tombaloğlu, Nermin. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no 1 (2014): 353-388.
- Turan Yıldırım. “Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı-Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması.” *Hukuk Araştırmaları* 2, no 2 (1987): 353-388.
- Üstün, Gül. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Veysel Görücü. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Statüsü Üzerine.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1698 – 1737.
- Yalçın, Nursevim ve Elifnur Vasfiye Anayurt. “Kentsel Dönüşüm Amacıyla Yapılan Acele Kamulaştırmaların Yargısal Denetimi.” *Danıştay Dergisi* 155, (2023): 245-290.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre ve Özgür Duman. “Acele Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkı Bakımından Yol Açtığı Meseleler: Anayasa Mahkemesi’nin “Ali Ekber Akyol ve Diğerleri” ile “Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri” Kararlarının Analizi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 11, (Haziran 2018): 513-583.

İCRA MEMURUNUN AVUKATI HACİZ MAHALLİNDEN ÇIKARMA YETKİSİNİN OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN BİR İNCELEME

*An Examination on Whether the Debt Collector Has the Authority
to Remove the Lawyer from Seized Property*

Betül AZAKLI ARSLAN*

ÖZET

Avukatlık mesleği ile iddia ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamanın yanı sıra adalet hizmetlerinin ifasına ve işleyişine katkıda bulunularak, adeta bir kamu hizmeti ifa edilmektedir. Nitekim yürütülen hizmetin niteliği gereğince de avukata birtakım hak ve yetkiler tanınmıştır (Av. K. m. 34 vd). Bu hak ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesi, avukatın görevinin ifası sırasında tam bağımsızlığı söz konusu olduğundan ancak kanun hükmünde açıkça öngörölmeleri hâlinde mümkündür. Avukata tanınan bağımsızlık, adalet hizmetlerinin ifasına katılan icra memurlarının karşısında da mevcuttur. Ancak bazı hâllerde avukatın bağımsızlığının korunması ile icra memurunun yetkileri çatışma içinde bulunabilmektedir. Bu çerçevede, çalışmada icra memurunun alacaklı vekilini haciz mahallinden çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı incelenmiştir. Öncelikle icra mahallinin konut olması hâlinde, avukatın haciz mahallinde bulunma yetkisi ortaya konulmuştur. Avukatın haciz mahallinde bulunma yetkisinin varlığı tespit edilirken Avukatlık Kanunu'nda sayılan yetkileri ve bu yetkilerin ifası sırasındaki hukukî statüsü dikkate alınmıştır. Ardından, icra memurunun haczi sevk ve idare yetkisinin sınırları belirlenmiştir. Son olarak icra mahallinde düzeni bozucu hareketlerde bulunulması hâlinde icra

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 17.12.2024

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 20.03.2025

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, E-posta: betul.azakli@hbv.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0949-9525>, ROR ID: <https://ror.org/05mskc574>.

memurunun uygulayabileceği yaptırımlara ilişkin kanunî düzenleme ihtiyacı ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İcra Memuru, Konutta Haciz, Menfaat Dengesi, Avukatlık Hukuku, Hak Arama Özgürlüğü

ABSTRACT

The legal profession plays a crucial role in ensuring the effective exercise of the rights to claim and defense, while also contributing to the provision and functioning of justice services, thus serving as a public service in essence. Indeed, due to the nature of the services rendered, certain rights and powers have been granted to the lawyer (Attorney Act, Art. 34 et seq.). Since the lawyer's duty is carried out with complete independence, the restriction of use of these rights and powers is only possible if it is explicitly stipulated by law. The independence of the lawyer should be ensured in front of the debt collectors. However, in some cases, the protection of the lawyer's independence and the powers of the debt collector may conflict. This study examines whether the debt collector has the authority to remove the lawyer from seized property. Firstly, it is revealed that the lawyer has the authority to be present at seized property. Subsequently, the boundaries of the debt collector's authority to manage the seizure were defined. Finally, the need for a regulation regarding the sanctions that the debt collector may impose during actions that disrupt order at seized property has been highlighted.

Keywords: Debt Collector, Seizure at the Residence, Balance of Interests, Attorneyship Law, Right to Legal Remedies.

GİRİŞ

İcra takibi başlatmak yahut başlamış bir icra takibini sonuçlanmasına kadar takip etmek için avukat ile temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat bu hâllerde alacaklı, özellikle adil yargılanma hakkının korunması amacıyla kendisini vekil ile temsil ettirebilmektedir. Zira yargının kurucu unsurlarından biri olan savunma makamının temsilcisi olarak avukat, kişilerin adil yargılanma haklarının sağlanmasında önemli bir işleve sahiptir. Nitekim avukatlık mesleği, Anayasa (AY) m. 36'da düzenlenen hak arama

özgürlüğünün bir yansıması ve bu hakkın kullanılmasının bir güvencesini oluşturmaktadır¹.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun (Av. K.) 1. maddesinde, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olduğu ve bu mesleğin icrası sırasında avukatın yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı temsil ettiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda avukat, iddia ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamanın yanı sıra adalet hizmetlerinin ifasına ve işleyişine de katkıda bulunmaktadır. Nitekim yürütülen hizmetin niteliği gereğince de avukata birtakım hak ve yetkiler tanınmıştır (Av. K. m. 34 vd)². Bu hak ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesi, ancak kanun hükmünde açıkça öngörülmesi hâlinde mümkündür. Zira avukatın görevinin ifası sırasında tam bağımsızlığı söz konusudur³.

Avukata tanınan bağımsızlık, adalet hizmetlerinin ifasına katılan icra memurlarının karşısında da mevcuttur. Ancak bazı hâllerde, avukatın bağımsızlığının korunması ile icra memurunun yetkileri karşı karşıya gelebilmektedir. Avukatın haciz mahallinde düzeni bozan hareketlerde bulunması, bu hâllerden birine örnek teşkil etmektedir. Bu hâlde, icra memurunun uygulayabileceği yaptırımlara ilişkin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla icra memurunun

¹ Hasan Tahsin Gökcan, *Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları, Özel Soruşturma Usûlü, Hukukî Sorumluluk* (2. Bası, Seçkin Yayınları, 2009), 51; Hasan Tahsin Gökcan, "Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği," *Ankara Barosu Dergisi* 67, 2 (Bahar 2009): 151. Hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması konusunda avukatın işlevi bulunduğu ilişkin bkz. Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Mesleki Sorumlulukları Boyutuyla Avukatların Görev Suçları ve Yargılanma Usûlü," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, 1 (Ocak 2024): 77; Meral Sungurtekin, *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 62, 1995), 28. Süha Tanrıver, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2023), 3; Semih Güner, *Avukatlık Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları, 2011), 51 vd.

² M. Refik Korkusuz, *Avukatlık Hukuku Giriş* (Karahan Kitabevi, 2008), 3. Avukatın hak ve yetkilerinin kapsamı bakımından yargı görevi yapması dolayısıyla mesleki bağımsızlığının bulunduğu; kendisine karşı işlenen suçlar bakımından ise m. 57 kapsamında hareket edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. Çiftçioğlu, "Avukatların Görev Suçları," 84.

² Gökcan, "Avukatlık Mesleği," 151; Sungurtekin, *Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 80 vd.; Tanrıver, *Avukatlık Hukuku*, 3.

³ Çiftçioğlu, "Avukatların Görev Suçları," 82; Gökcan, "Avukatlık Mesleği," 152; Korkusuz, *Avukatlık Hukuku*, 8. Avukatın bağımsızlığının farklı görünüşleri hakkında bilgi için bkz. Sungurtekin, *Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 32 vd; Güner, *Avukatlık Hukuku*, 112 vd.

haciz mahallindeki yetkilerinin sınırının belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Çalışmamızda bu kapsamda, icra memurunun⁴ alacaklı vekilinin haciz mahallinden çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı incelenecektir. Bu inceleme için öncelikle, icra mahallinin konut yahut işyeri gibi borçlu veya üçüncü kişilere ait bir yer olması ihtimalinde, avukatın haciz işlemleri sırasında orada bulunmasının mümkün olup olmadığının tespiti yapılacaktır. Ardından icra memurunun haciz mahallindeki yetkilerinin sınırları belirlenecektir.

I. AVUKATIN HUKUKÎ STATÜSÜ VE HACİZ MAHALLİNDE BULUNMA YETKİSİ

A. Genel Olarak

Avukatın haciz mahallinde bulunma yetkisinin varlığı tespit edilirken Av. K.'nda sayılan yetkileri ve bu yetkilerin ifası sırasındaki hukukî statüsü dikkate alınmalıdır. Zira, avukatın gerçekleştirdiği işlemin kanunda sayılan bir yetkinin kullanılması kapsamında olup olmadığı, o işlemin geçerliliğinin tespiti bakımından önem arz etmektedir. Avukatın, kanundan doğan yetkilerinin kapsamının belirlenmesinde ise, bu işlemlerin ifası sırasındaki hukukî statüsü belirleyici olmaktadır. Bu kapsamda, çalışma konumuz açısından belirlenmesi gereken husus, avukatın görevinin ifası sırasındaki hukukî statüsü ve bu çerçevede haciz işlemlerinin yürütülmesinin avukatın kanundan doğan bir yetkisi kapsamında olup olmadığıdır.

B. Avukatın Hukukî Statüsü

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında avukatlık mesleğinin, kamu hizmetinin ifası ve serbest meslek olduğu ifade edilmiştir⁵.

⁴ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda, icra dairesi (m. 4, 8, 12, 16, 21, 79, 92, 93, 96, 123, 124, 128, 146, 150d), icra memuru (m. 82, 115), icra müdürü (m. 24, 25, 60, 80, 118, 128, 133, 149, 263, 272), haczi koyan memur (m. 80, 82, 85, 86, 87, 262), icra dairesi görevlisi (m. 5), icra müdürlüğü (m. 88, 114, 128) tabirleri kullanılmaktadır. Çalışmamızda bir cebrî icra organı olan icra dairelerinde çalışan ve cebrî icra faaliyetinde görev alan kişilere yönelik değerlendirmelerde "icra memuru" terimi tercih edilmiştir.

⁵ Anayasa mahkemesinin avukatlığın kamu hizmeti sayılmasına yönelik kararı için bkz. AYM, E.1969/33, K.1971/7, 21.01.1981, (RG, 23.08.1971, S. 13935). Anayasa mahkemesinin, kanun koyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlamasının (Av. K. m. 1) onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermeyeceğine ilişkin kararı için bkz. AYM, E.2002/8, K.2003/47,

Bu görevin ifası sırasında avukat, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir (Av. K. m. 1/f. 2). Avukatlık faaliyetinin kamu hizmeti niteliği gereğince gereksinim duyan herkes tarafından avukata başvurulabileceğini ve serbest meslek olması nedeniyle de avukatın mesleğini kendi kişisel sorumluluğu kapsamında ifa edeceğini söylemek mümkündür⁶. Bununla birlikte avukat, hak ve yetkilerinin kullanımında yasama, yürütme ve yargı erkinin yanı sıra müvekkiline karşı da bağımsızdır⁷. Bu sebeple, avukatın mesleğini işin üstlenilmesi, görülmesi ve sonuçlandırılması aşamalarının tümü bakımından herhangi bir baskı ya da müdahale olmaksızın icra edebilmesi sağlanmalıdır⁸.

Avukatın görevini ifası sırasındaki hukukî statüsünün kamu görevlisi olup olmadığı tartışmalıdır⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)

04.06.2003, (RG, 19.12.2003, S. 25321). Avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olmadığına ilişkin farklı yönde değerlendirmeler için bkz. Lütfü Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982), 308; Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları* (Beta Basım Yayım, 1994), 37.

⁶ Tanrıver, *Avukatlık Hukuku*, 4; Güner, *Avukatlık Hukuku*, 112; Korkusuz, *Avukatlık Hukuku*, 7.

⁷ Çiftçioglu, "Avukatların Görev Suçları," 82. Gökcan, "Avukatlık Mesleği," 152; Korkusuz, *Avukatlık Hukuku*, 8.

⁸ Sungurtekin, *Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 8, 25, 36.

⁹ Öğretide meseleyi ceza hukuku açısından ele alan Gökcan, TCK m. 6/f. 1-c bendindeki tanım nedeniyle vekalet sözleşmesi kapsamında görev yapan avukatın kamu görevlisi sayılamayacağını, ancak TCK'nin m. 94/f. 2-b maddesindeki "avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla.." ifadesi ile avukatın kamu görevlisi olarak kabul edildiğinin açık olduğunu, ayrıca Barolar yahut Barolar Birliğinde görev alan avukatların da kamu görevlisi sayılmalarının gerektiğini ileri sürmektedir. Gökcan, "Avukatlık Mesleği," 153-154. Öğretide meseleyi idare hukuku açısından ele alan Düğer ise, bir görevlinin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için idare tarafından istihdam edilmesi ve kamu tüzel kişisine kamu hukuku bağı ile bağlı olmasının gerektiğini, avukatların idare tarafından istihdam edilmemeleri nedeniyle kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceklerini ileri sürmektedir. Sırrı Düğer, "İdare Hukuku Açısından Avukatlık," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, 1 (Mart 2019): 65, <https://doi.org/10.15337/suhfd.545154>. Aynı yönde bkz. AYM, E.2002/8, K.2003/47, 04.06.2003, (RG, 19.12.2003, S. 25321). Öğretide meseleyi Av. K. m. 1 ve 2 düzenlemeleri çerçevesinde ele alan Sungurtekin ise, mevcut düzenlemelerden avukatlığın kamusal görev olduğu konusunda lehe veya aleyhte bir sonuç çıkmadığını, nitekim mesleğin serbest meslek olduğunun ifade edilmesi ile de onun idare hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmadığının bir kanıtı olduğunu ileri sürmektedir. Sungurtekin, *Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 14, 15. Öğretide bir diğer görüş, avukatın kendisinin bir kamu görevlisi olmadığı ancak avukatlık hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu, bir kamu hizmetinin de mutlaka bir kamu görevlisi tarafından yapılmasının gerekmediği yönündedir. Talih Uyar,

avukat, yargı görevi yapan kimseler arasında sayılmıştır (m. 6/f. 1-d)¹⁰. Aynı Kanun m. 6/f. 1-c’de kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla yahut herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde¹¹ ise “...kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır” denilerek, kamusal faaliyet, “anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usûllere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” şeklinde ifade edilmiştir. Buradan hareketle, avukatın yargısal faaliyetin bir parçası olarak kamusal faaliyete katıldığı söylenebilecek olsa da bunun her durumda kamu hukuku usûlünce olmadığı da dikkate değerdir¹². Ancak kanun koyucu, TCK madde 57’de, görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenleyerek, avukatı hâkimlerle aynı hukukî statüye tabi tutmuştur. Geline bu noktada denilebilir ki, avukatın görevinin ifası sırasındaki hukukî statüsü, TCK

“Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 131 (Temmuz 2017): 374; Aynı yönde bkz. Çiftçioğlu, “Avukatların Görev Suçları,” 84; Güner, *Avukatlık Hukuku*, 116. Yargıtay’ın avukatın kamu görevlisi sıfatını haiz olduğuna ilişkin kararları için bkz. Y. CGK, E.2019/27, K.2021/101, 11.03.2021, (Lexpera). Aynı yönde bkz. Y. CGK, E.2021/43, K.2021/287, 17.06.2021, (Lexpera); Y. CGK, E.2021/44, K.2022/790, 08.12.2022, (Lexpera). Stajyer avukatlar için aynı yönde karar için bkz. Y. 4. CD, E.2020/9820, K.2021/12445, 19.10.2020, (Lexpera). Yargıtay’ın avukatların Av. K. 35/f. 1 ve 35/A maddelerinde münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile Türkiye Barolar Birliği’nin organlarında ifa ettikleri görevler bakımından kamu görevlisi olduğuna ilişkin kararı için bkz. Y. 5. CD, E.2020/6051, K.2021/2481, 31.05.2021, (Lexpera).

¹⁰ Uygulamada Yargıtay da avukatın TCK m. 6/f. 1-d kapsamında yargı görevi yapan kişi olduğuna yönelik bir karar vermiştir. “Avukatların TCK’nın 6. Maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve mahkeme huzurunda kişilerin hakları dava etmeleri ve savunmaları ile takip işlemlerinin Avukatlık Kanunu’nun 35. Maddesi anlamında adli bir işlem olması ve katılanın bu görevi sırasında sanığın kardeşinin ölümü nedeniyle yargılanan kişinin mahkeme huzurunda savunmasının yapılmasını ve adli işlemlerinin takip edilmesi engellemek amacıyla katılanı tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, TCK’nın 265. Maddesinin ikinci fıkrasında yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâlin uygulanma koşulunun gerçekleştiği ve sanığın eylemlerinin bir bütün hâlinde zincirleme şekilde yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” Y. CGK, E.2009/27, K.2021/101, 11.03.2021, (Lexpera).

¹¹ Türk Ceza Kanunu madde 6 gerekçesi, Lexpera

¹² Gökcan, “Avukatlık Mesleği,” 153.

anlamında kamu görevlisi olmanın ötesinde, oldukça güçlüdür. Diğer taraftan avukatın kamu hizmeti olan adalet hizmetlerinin ifasında ve işleyişinde, görev aldığı şüpheden uzaktır¹³.

B. Avukatın Görev ve Yetkileri

1. Genel Olarak

Avukatın görev alanı tespit edilirken avukatlığın amacından yola çıkılmalıdır. Av. K. m. 2/f. 1'e göre, avukatlığın amacı; hukukî ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında, avukatın bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini, adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği ifade edilmektedir. İşaret edilen düzenlemelerden hareketle, avukatlık görevinin iki yönü bulunduğunu söylemek mümkündür¹⁴. Bunlardan ilki, avukatın vekilliğini üstlendiği tarafı temsil etmesidir. Avukat bu görevi kapsamında, bilgi birikimleri ile müvekkilinin hak arayışına yardımcı olmaktadır. Diğer ise, avukatın yargılama faaliyetine katılmasıdır. Avukat, bu görevi kapsamında ise, uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine yardımcı olmaktadır. Bu bağlamda avukatın görev ve yetkileri, Av. K.'nin ilgili düzenlemelerinde (m. 34-vd.) belirlenmiştir.

Avukatlık mesleğinin gerektirdiği hak ve yetkilerin kullanımı avukatların tekelindedir¹⁵. Nitekim Av. K. m. 35'te de sadece avukatlar tarafından kullanılacak yetkiler düzenlenmiştir. Buna göre, kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adlî işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir (Av K. m. 35/f. 1). Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan, resmî dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler (Av K. m.35/f. 2). Çalışma konumuz açısından

¹³ Tanrıver, *Avukatlık Hukuku*, 4.

¹⁴ Gökcan, "Avukatlık Mesleği," 151; Sungurtekin, *Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 80 vd; Tanrıver, *Avukatlık Hukuku*, 3.

¹⁵ Çiftçioglu, "Avukatların Görev Suçları," 82.

incelenmesi gereken bu düzenlemelerde ifade edilen ve sadece avukatlar tarafından kullanılabilen yetki, adlî işlemlerin takip edilmesidir.

Adlî işlem, “adalet mekanizmasının işleyişine ait olmak üzere adalet teşkilatında, yargı organları dışında görev yapan makamların (yetkililerin) yaptığı işlemler” olarak tanımlanmıştır¹⁶. Devletin cebrî icra organları tarafından yapılan icra takip işlemlerinin adlî işlem olarak ifade edilebilirliği ise öğretide tartışmalıdır¹⁷. Bir görüşe göre, icra daireleri görevlerini adlî denilebilecek bir faaliyet alanında gerçekleştirmekte¹⁸ ve bu nedenle adlî bir memur¹⁹ olarak icra memurları tarafından gerçekleştirilen işlemler avukatlık

¹⁶ Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi* (Yetkin Yayınları, 2016), 42. Adlî işlem kelime anlamıyla ise, adalet hizmetleri ile ilgili işlem şeklinde tanımlanmıştır. Yılmaz, *Şerh*, 42.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri, Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları* (Yetkin Yayınları, 2018), 33 vd. İcra memurlarının faaliyetlerinin hukukî niteliğine ilişkin farklı yönde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler faaliyetin yargısal, idari ve kendine özgü bir karakteri olduğu şeklindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Topel Çelikoğlu, *İcra Dairesi Kararı* (Ekin Yayınları, 2017), 94 vd; Hakan Pekcanıtez ve Cemil Simil, *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet* (2. Bası, Vedat Yayıncılık, 2017), 9 vd; Arslan, *İcra Takip İşlemleri*, 33 vd.; Şükran Akgün, *İcra hukuku ve İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme Haczin Hukukî Niteliği* (Der Yayınları, 2020), 54 vd; Volkan Özçelik, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi* (Adalet Yayınevi, 2014), 22-38. Bu ayrımın pratik bir önemi bulunmadığına ilişkin bkz. Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (Filiz Kitabevi 2004), 9.

¹⁸ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (10. Bası, Yetkin Yayınları, 2024), 63; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları* (5. Bası, Vedat Yayıncılık, 2010), 32.

¹⁹ Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 32; Çelikoğlu, *İcra Dairesi Kararı*, 101; Necmettin M. Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* (Filiz Kitabevi, 1980), 35. İcra dairelerinin yürütme içinde yer alan tipik bir idari organ olmadığı, zira hiyerarşik bir yapılandırma içerisinde işlem yürütmediği, öte yandan hukuka aykırı işlemlerine karşı başvuru yolunun, idari yargı alanında değil, İİK m. 16 gereğince adlî yargıda özel görevli mahkeme olan icra mahkemesinde şikâyet yolu olduğu ileri sürülmektedir. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 62. Buna karşılık, icra dairelerinde çalışacak kişilerin Adalet Bakanlığı tarafından belirlenecek olması nedeniyle yapısal olarak icra dairelerinin yürütme organının idare kısmında yer aldığı, İİK m. 16 gereğince, icra ve iflâs dairelerinin yaptığı işlemler nedeniyle denetiminin idari yargıda değil adlî yargıda yer almasının icra dairelerinin idari teşkilat içerisinde yer aldığı gerçeğini ortadan kaldırmadığı ileri sürülmektedir. Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 45; Pekcanıtez ve Simil, *Şikâyet*, 27.

tekeline sayılan adli işlemlerden²⁰ (Av. K. m. 35/f. 1) sayılmaktadır²¹. Yargıtay kararlarında da benzer şekilde icra memurları tarafından yapılan işlemlerin adli işlem olduğu tespit edilmektedir²². Ancak icra dairelerinin

²⁰ Adli işlemin, kelime anlamı itibarıyla adalet hizmetleri ile ilgili işlem anlamında kullanıldığı, adalet teşkilatının yargı teşkilatını da içeren bir kavram olduğu, içerisinde mahkemeler dışında, ceza yargılaması bakımından kolluk kuvvetlerinin, icra ve iflâs daireleri ile infaz kurumları gibi kuruluşların da yer aldığı ve bu nedenle icra ve iflâs daireleri tarafından yapılan işlemlerin adli işlemler olduğu da ileri sürülmektedir. Yılmaz, *Şerh*, 42. Bununla birlikte ileri sürülen bir diğer görüş, Av. K. m. 35'te yer verilen adli işlem kavramı ile kanun koyucunun esasen adalet teşkilatına bağlı kişilerce yapılan her çeşit işlem demek istediği ve bununla yargısal işlemlerin de kastedildiği, nitekim yargısal işlemlerin Kanun'da ayrıca anılmadığı ancak kanun koyucunun avukatlara tanınan tekelin yargısal işlemlerin takibini kapsamına almadığı şeklinde yorumun kabul edilemeyeceği yönündedir. Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi* (Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No: 64/38, 1973), 43.

²¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 63; Kuru, *El Kitabı*, 83; Özçelik, *İcra Müdürü*, 34. Öğretide, icra ve iflâs memurlarının faaliyetinin mahiyet olarak idari nitelikte olduğu ancak Kanunu uygulamada hâkimler gibi bağımsız ve yetkin konumdaki icra memurlarının gerçekleştirdiği cebrî icra işlemlerinin uzvi açıdan adli işlem teşkil ettikleri ifade edilmektedir. Abdurrahim Karşı, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Alternatif Yayıncılık, 2014), 41 vd. Öğretide icra dairelerinin yaptığı işlemlerin Anayasa m. 9 gereğince yargılama yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından kullanılabilir olması nedeniyle yargılama faaliyeti olmadığı ileri sürülmektedir. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 63; Akgün, *Haciz Hukukî Niteliği*, 56; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 25. Öğretide bir diğer görüş, icra dairelerinin faaliyetinin yargısal bir işlevi olmadığı, zira yargı işlevinin başlıca kriterlerini teşkil eden hususun diğer taraf dinlenmeden, savunma hakkı sağlanmadan hüküm oluşturulamaması olduğu ancak icra işlemleri açısından bu durumun geçerli olmadığı yönündedir. Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 32; Berkin, *İcra Hukuku*, 34. İcra memurlarının adli alanda idari görev ifa etmekte olduğu ancak yargılama benzeri bir faaliyet yürüttükleri de ileri sürülen görüşler arasındadır. Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Adalet Yayınları, 2009), 135.

²² “İcra müdürleri birer adli memur olup, yaptıkları işlemler de adli işlemdir ve icra müdürlüklerince tutulan tutanaklar alenî olup resmî belge niteliğindedir (TMK m.7). Kısacası, icra müdürlüklerince tutulan tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. İcra daireleri icra hakimliklerinin daimî gözetimi ve denetimi altında olup, işlemlerine karşı icra hakimliklerine şikâyet yoluna başvurulur. Şikâyet, icra dairelerinin icra hukukuna aykırı olan ve hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali ve düzeltilmesini veya yerine getirilmeyen ya da sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir kanun yoludur. Açıklandığı üzere, adli işlem niteliğindeki icra müdürlüğü işlem ve kararlarına karşı İcra ve İflas Kanununda şikâyet kurumunu düzenlenmiştir. Eş söyleyişle Müdürlük kararlarının değiştirilmesi ya da iptali şikâyet yoluyla icra hakimliğinin kararıyla olanaklı kılınmıştır. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, üçüncü kişi Y, A İl Müdürlüğü’nün bankalarda bulunan alacakları üzerine haciz konulmasına ilişkin alacaklı isteminin yerine getirilmesi

yapmış olduğu işlemlerin adli işlem niteliğinde olmadığına yönelik görüşler de bulunmaktadır²³. İşaret edilen görüş ayrılığı, icra dairelerinin işlemlerinin adli işlem olarak ve dolayısıyla Av. K. m. 35 kapsamında, avukatların tekelinde olan işler olarak nitelendirilmesini tartışmalı hâle getirmektedir. Ancak sadece avukatların tekelinde olan bu yetkilerin başkaları tarafından kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin Av. K. m. 63 düzenlemesi dikkate alındığında, icra işlemlerini takip etmenin avukatların görevi dahilinde olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu hükümde, açıkça icra işlemlerinin avukatların tekelinde olduğu zikredilmektedir. Dolayısıyla icra işlemleri avukatlar vasıtasıyla takip edilebilmektedir.

İcra işlemleri, icra takibine yön ve şekil veren işlemler olup, taraflar ve icra memurları tarafından gerçekleştirilmektedir. İcra memurları tarafından gerçekleştirilen işlemler ise, icra takip işlemleri ve adli icra işlemleri şeklinde ikiye ayrılmakta²⁴ ve icra takip işlemi, “*icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, borçlunun hukukî durumuna zarar vermeye elverişli olan, zamanaşımını kesme ve tatil talik hâllerinde yapılamama gibi etkileri bulunan, cebrî icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelik işlemleri*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁵. Bu tanımlamadan yola çıkıldığında,

konusunda icra memurunun bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; şikâyetin kabulü ile icra müdürlüğünün alacaklının haciz talebinin reddine dair kararının iptali gerekmektedir. Nitekim, aynı ilkeler HGK’nun 31.03.2004 gün ve 12-202/196 sayılı; 03.10.2007 gün ve 12- 601/695 sayılı; 18.06.2008 gün ve 12-433/430 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır. O hâlde, mahkemece Hukuk Genel Kurulu’na da benimsenen Özel Daire bozma kararma uyularak şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, şikâyetin reddine ilişkin önceki kararda direnilmesi usûl ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” Y. HGK, E.2012/703, K.2013/214, 06.02.2013, (Lexpera). Aynı yönde bkz. Y. CGK, E.2021/43, K.2021/287, 17.06.2021, (Lexpera); Y. CGK, E.2021/44, K.2022/790, 08.12.2022 (Lexpera); Y. HGK, E.2007/12-601, K.2007/695, 03.10.2007, (Lexpera).

²³ İcra takip işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler için bkz. Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 57; Umar, *İcra Hukuku*, 42-43; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 25; Çelikoğlu, *İcra Dairesi Kararı*, 98 vd.; Sabri Ş. Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usûlleri* (İstiklal Matbaası, 1960), 17. İcra takip işlemlerinin adli idari işlem niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Berkin, *İcra Hukuku*, 35; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 3.

²⁴ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları, 2024), 15-16.

²⁵ Arslan, *İcra Takip İşlemleri*, 27. Benzer yönde bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 16; Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 53; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019), 5; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas*

icra memurları tarafından borçlunun malvarlığı üzerinde gerçekleştirilen ve takibin devamını sağlayıcı nitelikte olan haciz işleminin icra takip işlemi olduğunu söylemek mümkündür²⁶.

Gelinen bu noktada, bir icra takip işlemi olan haciz işleminin Av. K. m. 63 gereğince avukat vasıtası ile takip edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim yargı kararlarında da avukatın müvekkili adına haciz işlemini takip etmesi, bir adli işlemin takip edilmesi olarak nitelendirilmiş ve bunun da avukatın tekelinde olduğuna dikkat çekilmiştir²⁷.

2. Avukatın Haciz Mahallinde Bulunma Yetkisi

a. Genel Olarak

Öğretide avukatın haciz mahallinde bulunma yetkisi, alacaklının haciz mahallinde bulunma yetkisi çerçevesinde değerlendirilmiş ve farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, alacaklının veya vekilinin haciz işlemleri sırasındaki bütün rolü, borçlunun haczedilebilecek mallarına dair

Hukuku (5. Bası, Yetkin Yayınları, 2024), 2-3; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 135.

²⁶ Öğretide icra daireleri tarafından yapılan bir işlemin icra takip işlemi olarak ifade edilebilmesi için icra takip işleminin icra organları tarafından yapılması, borçluya karşı yapılması ve icra takibini ilerletici nitelikte olması şeklinde üç unsurun birlikte bulunması gerektiği noktasında görüş birliği bulunmaktadır. Akgün, *Haciz Hukukî Niteliği*, 53; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Yetkin Yayınları, 2013), 147-148; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 32; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 300; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 16; Arslan, *“İcra Takip İşlemleri*, 61 vd. Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra Hukuku*, 5-6. Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra Hukuku*, 3; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 135. İcra takip işlemleri kavramının unsurlarının farklı açıdan değerlendirilmesi için bkz. Umar, *İcra Hukuku*, 183 vd.

²⁷ “Avukatların TCK’nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve müvekkili adına haciz işlemlerini takip etmelerinin 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olması karşısında, bu görev sırasında, görevin engellenmesine yönelik olarak katılan avukata karşı gerçekleştirilen eylemler nedeniyle TCK’nın 265. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâlin uygulanma koşulunun gerçekleştiği ve sanıkların eylemlerinin bir bütün hâlinde birden fazla kişiyle birlikte yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir” Y. CGK, E.2016/1419, K.2020/38, 28.01.2020, (Lexpera). Haciz işleminin adli işlem olduğuna ilişkin aynı yönde bkz. Antalya BAM 7. HD, E.2019/623, K.2020/15, 08.01.2020, (Lexpera). Aksi yönde bkz. Yargıtay 4. CD, E.2009/3133, K.2011/3082, 14.03.2011 T, (Lexpera).

bilgi ve masrafları vermekten ibaret olup, haciz mahallinde hazır bulunmayı talep hakları bulunmamaktadır²⁸. Diğer bir görüş ise, alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunması zorunlu olmasa da alacaklının menfaatlerinin korunabilmesi ve gerektiğinde haczi yapan memura yardımcı olunabilmesi için alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunma hakkının olduğuna yöneliktir²⁹. Bu husustaki bir başka görüşe göre ise, alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunması, ancak alacaklının çıkarlarının gözetilmesi bakımından zorunlu veya faydalı ise mümkündür³⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda, "*haciz sırasında borçlu ya da alacaklı veya bunların vekilleri haciz mahallinde bulunarak hak ve menfaatleri gözetebilirler. Ancak haciz esnasında bulunmaları zorunlu olmayıp, yokluklarında yapılan haciz de geçerlidir.*" şeklinde ifade edilerek, alacaklı veya vekilinin haciz mahallinde bulunmasının mümkün olduğuna hükmedilmiştir³¹. Nitekim benzer sonuca ulaşılan yargı kararları da bulunmaktadır³².

²⁸ Üstündağ, *İcra Hukuku*, 148.

²⁹ Kuru, *El Kitabı*, 420; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 298. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 196. Alacaklının haciz sırasında bulunabileceğinin İİK m. 103'ün ifadesinden anlaşıldığına ilişkin bkz. Postacıoğlu ve Altay *İcra Hukuku*, 372; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra Hukuku*, 162.

³⁰ Ansay, *İcra Usûlleri*, 73. Öğretide bir diğer görüş ise alacaklının haciz sırasında bulunma hakkının olduğunu kabul etmekle birlikte borçlunun borca yetecek kadar malını bildirdiği ve bu malların haczi ile borcun karşılanacağını açıkça anlaşıldığı hâllerde, borçlunun, alacaklısını veya vekilini ev, dükkân gibi kapalı yerlerine sokmama hakkı olduğu ileri sürülmektedir. Talih Uyar, *İcra Hukukunda Haciz* (Şafak Basım ve Yayınevi), 155. Benzer bir şekilde örneğin, haczi kabil mal bulunmadığı veya boş olduğu yahut borçluyla bağlantısı bulunmadığı bilinen bir konuta hâkim kararı ile girilmesinin de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Özkes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 172.

³¹ Y. CGK, E.2016/1419, K.2020/38, 28.01.2020, (Lexpera).

³² Y. 4. CD. E. 2010/4980, K. 2012/4215, 29.02.2012. Doğrudan alacaklı vekilinin haciz mahallinde bulunma yetkisinin varlığına ilişkin olmayan ancak haciz sırasında bulunan alacaklı vekilinin eyleminin engellenmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiğine ilişkin kararlar da bulunmaktadır. Söz konusu kararlardan alacaklı vekilinin haciz sırasında bulunmasının görevi dahilinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Antalya BAM 4. HD, E.2018/854, K.2018/1068, 03.10.2018, (Lexpera); Y. 4. CD, E.2023/21013, K.2021/13052, 13.09.2023, (Lexpera); Y. 4. CD, E.2020/20550, K.2020/12463, 19.10.2020, (Lexpera); Y. 18. CD, E.2018/2433, K.2019/16704, 27.11.2019, (Lexpera); Y. 4. CD, E.2011/23355, K.2013/12618, 29.04.2013, (Lexpera); Y. 4. CD, E.2010/31492, K.2013/4385, 18.02.2013, (Lexpera).

Kanaatimizce de alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunma yetkisi vardır. Görüşümüzü İİK'nin haczin gerçekleştirilmesine ilişkin ilgili hükümleri destekler niteliktedir. İİK m. 80/f. 1'de kanun koyucu, haczin, icra müdürünün kendisi yahut onun görevlendireceği müdür yardımcısı ya da icra kâatibi tarafından yapılabileceğini öngörmüştür. İcra memurunun tekelinde olan bu görevin ifa edilebilmesi için borçlunun veya alacaklının haciz mahallinde bulunması zorunlu değildir. Nitekim İİK m. 80/f. 2 gereğince, borçlunun haciz sırasında malın bulunduğu yerde bulunmaması ve hemen bulundurulmasının mümkün olmaması hâlinde, haczin gıyabında yapılacağı da düzenlenmiştir. Bununla birlikte, İİK m. 103'e göre, alacaklı veya adına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimsenin haciz tutanağı tutulurken bulunması hâlinde, haciz tutanağının bir örneği bu şahıslara verilmekte; bulunmaması hâlinde ise, üç gün içinde tutanağı tetkik ve diyeceği varsa söylemesi için icra dairesine davet edilmektedir. İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği (İİKYön) m. 41/f. 2'de de haciz tutanağının haczi yapan memur, hazır bulunan alacaklı ve varsa temsilcisi veya vekili tarafından imzalanacağına işaret edilmiştir. Mesele bahsi geçen düzenlemeler ışığında değerlendirildiğinde, alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunabileceği, ancak icra memurunun haciz işlemlerini yapabilmesi için alacaklının bulunmasının zorunlu olmadığı sonucuna varmak mümkündür³³.

Diğer taraftan İİK m. 88/f. 2 hükmüne göre, borçlunun, para, banknot, hamiline yazılı senet, altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri dışında haczolunan taşınır mallarının alacaklının muvafakati ile borçlu veya üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılmasına ve İİK m. 99 kapsamında üçüncü kişide

³³ Aynı yönde bkz. Karanlı, *İcra Hukuku*, 293; Mesut Köksoy, "Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79a)," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 9, 1 (Ocak 2024): 343, <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.1333550>. Meseleyi İİK m. 103 ve İİK Yön m. 41 üzerinden değerlendiren Üçüncü, alacaklının haciz sırasında hazır bulunmasının mümkün olduğu sonuca ulaşmıştır. S. Hilal Üçüncü, *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması* (On iki Levha Yayıncılık, 2019), 367. Buna karşılık, İİK m. 103 düzenlemesinin, alacaklının haciz mahallinde bulunabilmesinin icra müdürünün davetine bağlı olduğu yönünde yorumlandığı görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Ersan Şen, "Alacaklı Vekili Konuta ve İşyerine Girebilir mi?," (2020), www.hukukihaber.com, (e.t. 01.12.2024); Ersan Şen, "Avukat Haciz Mahalline Girebilir Mi?" (2015), www.hukukihaber.com, (e.t. 01.12.2024). Ancak önemle belirtmek gerekir ki, İİK m. 103'te ifade edilen davet, alacaklı veya borçlunun haciz mahalline daveti değil, icra dairesine davetidir. Davetin amacı, tarafları yokluklarında yapılan hacizden haberdar edip, tarafların şikâyet süresini başlatmak ve dolayısı ile haczi kesinleştirerek paraya çevirme aşamasına geçilmesini sağlamaktır.

bulunan mal varlığı değerleri üzerinde istihkak iddiasında bulunulmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için de alacaklının haciz mahallinde bulunması, zorunlu olmasa da bir gereklilik arz etmektedir.

b. Haciz Yapılacak Yerin Konut Olması Hâlinde

Haciz yapılacak yerin borçluya veya üçüncü kişilere ait konut olması hâlinde, yukarıda işaret edilen düzenlemelerden yola çıkılarak alacaklı veya vekilinin konutta haciz işlemleri sırasında hazır bulunabileceği sonucuna varılacağı meselesi tartışılmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüş³⁴, alacaklı vekilinin konutta yapılan haciz işlemlerine katılmasının konut dokunulmazlığının ihlalini oluşturduğu ve kendisine Kanun'da açıkça görev ve yetki verilmemiş olması nedeniyle de hukuka uygunluk nedenlerinden birinin söz konusu olmadığı, alacaklı veya vekilinin konutta yapılan haciz işlemlerine katılmasının kabulünün ancak borçlunun rızası ile mümkün olabileceği yönündedir. Diğer bir görüş ise³⁵, İİK m. 103 ve İİKYön m. 41/f. 2 düzenlemelerinden alacaklı vekilinin konuta girebileceğinin açık bir şekilde anlaşılmadığını ve alacaklı vekilinin konuta girebileceğinin kabulünün alacaklının temsili bakımından gerekli olduğunu ancak borçlunun konut dokunulmazlığı hakkının ihlali bağlamında sorunlu olduğunu ileri sürmektedir. İlaveten yazar, icra memurunun mahkemeden bir karar almaksızın borçlunun konutunda haciz yapmasının AY'nin 21'inci maddesine aykırılığının tartışıldığı bir zeminde aksi kabulün açıkça çelişki oluşturduğunu, bu nedenle açık bir düzenleme ile bu çelişkinin giderilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargı kararlarında ise, alacaklı veya alacaklı vekilinin konutta haciz sırasında haciz mahallinde bulunabileceğine hükmedilmektedir³⁶.

³⁴ Şen, "Alacaklı Vekili.". Yazar aynı yazısında, bu görüşünün avukatın borçlunun konutuna girip giremeyeceğine ilişkin olarak ileri sürdüğünü, avukatın haciz mahallinde bulunmasının ve buna bağlı olarak haklarını kullanabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

³⁵ Köksoy, "Konutta Haciz," 343.

³⁶ Y. 4. CD, E.2010/4980, K.2012/4215, 29.02.2012 (Lexpera); YCGK, E.2016/1419, K.2020/38, 28.01.2020, (Lexpera); Y. CGK, E.2016/1419, K.2020/38, 28.01.2020, (Lexpera); Y. 4. CD, E.2023/21013, K.2021/13052, 13.09.2023, (Lexpera); Antalya BAM 4. HD, E.2018/854, K.2018/1068, 03.10.2018, (Lexpera); Y. 4. CD, E.2010/31492, K.2013/4385, 18.02.2013, (Lexpera).

İcra ve İflas Kanunu'nda haciz hükümleri (m. 74 vd) incelendiğinde, alacaklının veya vekilinin haciz sırasında konutta bulunmasının borçlunun rızasına bağlı olduğuna veya icra memurunun inisiyatifinde olduğuna dair bir hükme yer verilmediği tespit edilmektedir. Nitekim yukarıda işaret edilen düzenlemelerden de alacaklı veya vekilinin konutta haciz sırasında hazır bulunmasının mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Alacaklı veya vekilinin haciz sırasında konutta bulunamayacağına ilişkin ileri sürülen görüşler ise, AY'nin 21'inci maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkının ihlaline dayanmaktadır. Bu mesele uzun süre tartışılmış olmakla birlikte³⁷, bu tartışmalar konutta haciz yapılmasını icra mahkemesinin iznine tabi kılan, 7445 sayılı Kanun'un birinci maddesi ile yürürlüğe giren İİK 79a maddesi çerçevesinde sona ermiştir³⁸. Bu hüküm gereğince konutta haciz hâlinde, alacaklının ve hatta icra memurunun konuta girebilmesi hâkim kararına tabi kılınmıştır. Kanaatimizce icra mahkemesinin konutta hacze izin vermesi hâlinde, kararında ayrıca belirtmediği müddetçe, İİK'nin hacze ilişkin

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 167-172; Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Adalet Yayınevi, 2010), 8. 107-112; Üçüncü, *Kişisel Verilerin Korunması*, 76 vd; Aslı Aras, "Konutta Haciz Prosedürüne Türk-Alman Karşılaştırmalı İcra Hukuku Açısından Genel Bir Bakış," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, 216 (Eylül 2023): 1051 vd. Y. CGK, E.2016/1419, K.2020/38, 28.01.2020, (Lexpera). Alman hukukunda da bu mesele uzun süre tartışılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi, Zivilprozessordnung (ZPO) § 758'e göre, konutta yapılacak haciz faaliyetine icra memurunun yetkisi ile girilmesinin borçlunun konut dokunulmazlığının ihlali anlamına geldiğine ve bu nedenle konuta hâkim kararı ile müdahale edilmesi gerektiğine karar vermiştir. BVerfGE 51, 97, (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051097.html#Opinion>). Verilen bu kararla birlikte ZPO m. 758a'da konutta haciz hâlinde, hâkim kararı alınması ve şartları düzenlenmiştir. İsviçre ve Avusturya hukukunda ise haciz işlemleri için borçlunun konutuna girilmesi için hâkim kararı aranmamaktadır (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs-SchKG § 91/f. 3, Exekutionordnung-EO § 26a).

³⁸ Konutta haciz için öngörülen İİK m. 79a'nın Anayasa'nın konut dokunulmazlığına ilişkin hükmü ile uyumlu olduğuna ilişkin bkz. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 197. Bu düzenleme ile konut mahremiyetinin güçlendirilmesinin amaçlandığına ilişkin bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 299; Görgün, Börü, Kodakoğlu, *İcra Hukuku*, 165; Nilüfer Boran Güneysu, "İcra ve İflas Kanunu'nun Konutta Hacze İlişkin 79/A Maddesinin Değerlendirilmesi," *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, 1 (Haziran 2024): 174, <https://doi.org/10.59933/tauhfd.1503861>. İİK m. 79a'da konutta haciz için hâkim kararı aranmasıyla Anayasa'ya uyum sağlanmış gibi görünülse de, değerlendirmeye açık bir takım hususlar olduğu vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aras, "Konutta Haciz," 1054 vd; Boran Güneysu, "Konutta Haciz," Köksoy, 172 vd; "Konutta Haciz," 345 vd.

hükümleri bir bütün olarak konutta haciz sırasında da uygulanmalıdır³⁹. Mesele işaret edilen hüküm çerçevesinde ele alındığında, alacaklı veya vekilinin haciz mahallinde bulunmasının borçlunun rızasına tabi olmadığı, hâkimin konutta hacze izin verdiği kararında aksini ayrıca belirtmediği müddetçe alacaklı veya vekilinin haciz sırasında konutta bulunabilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Nitekim benzer bir tartışma Alman hukukunda yapılmış ve Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung-ZPO*) m. 758'e göre, konutta yapılacak haciz faaliyetine icra memurunun yetkisi ile girilmesinin borçlunun konut dokunulmazlığının ihlali anlamına geldiğine ve bu nedenle konuta hâkim kararı ile müdahale edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁰. Verilen bu kararlar birlikte ZPO m. 758a'da konutta haciz hâlinde, hâkim kararı alınması ve şartları düzenlenmiştir. Mahkeme kararına rağmen borçlunun alacaklının varlığına karşı çıkması hâlinde ise alacaklının konuta girebilmesi için ayrıca mahkeme kararına gerekli olmadığı, icra memurunun şartların varlığını değerlendirerek, alacaklıyı konuta alabileceği, zira bu hâlde alacaklının katılımının cebri icra faaliyetini gerçekleştirmek olmadığı, halihazırda alınmış bir mahkeme kararı ile onaylanmış bir haciz işlemine katılım sağlanacağı ve borçlunun direnmesi hâlinde ise icra memurunun zor kullanabileceği kabul edilmektedir⁴¹.

Türk hukukunda mevcut düzenlemeler bakımından yapılan değerlendirmenin yanı sıra, İİK m. 79a/f. 3'te, konut olmadığı kabul edilen bir yerle ilgili verilen haciz kararı üzerine yapılan haciz işlemi sırasında, bu yerin

³⁹ Aynı yönde bkz. Boran Güneysu, "Konutta Haciz," 194.

⁴⁰ BVerfGE 51, 97, (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv051097.html#Opinion>).

⁴¹ Hans-Joachim Hessler, "ZPO § 735-765," içinde *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO I, C. II*, hrsg. Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger (6. Aufl., C.H.Beck, 2020), § 758, Rn. 26, 27. Alman hukukunda alacaklının haciz işlemleri sırasında konutta bulunması için ayrıca bir mahkeme kararına gerek duyulmadığına ilişkin bkz. Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit ve Rolf Lackmann, "ZPO § 704-960," içinde *Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, hrsg. Joachim Musielak, Wolfgang Voit (21. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2024), § 758a, Rn. 10; Bernhard Ulrici, "ZPO § 724-765a," içinde *BeckOK ZPO*, hrsg. Volkert Vorwerk ve Christian Wolf (54. Aufl., C.H. Beck, 2024), § 758a, Rn. 9; § 758, Rn. 6; Johann Kindl, "ZPO § 704-787," içinde *Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht*, hrsg. Ingo Saenger (10. Aufl., Nomos, 2023), § 758, Rn. 6.

konut olduğunun anlaşılması hâlinde, borçlunun hacze rıza gösterebileceği, göstermemesi hâlinde ise haciz işlemine son verilip mahkeme kararı alınması için gerekli işlemlerin yapılması gerekliliğine ilişkin hüküm de dikkate alınmalıdır. Zira bu ihtimalde, borçlunun icra müdürüne izin verip alacaklıya veya vekiline izin vermemesi hâlinin yaşanması mümkün olabilmektedir. Kanaatimizce bu hâlde, haciz işlemlerine devam edilebilmesi için mahkeme kararı gereklidir. Zira icra memurunun borçlunun iradesi dışında alacaklının yahut vekilinin katılımını sağlaması, borçlunun konut dokunulmazlığının ihlali tartışmalarını yeniden gündeme getirecektir. Alınacak mahkeme kararı ile birlikte borçlunun konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi engellenebilecektir. Nitekim Alman hukukunda da mahkeme kararı henüz alınmadan önce borçlunun icra memuruna izin verip, alacaklıya izin vermemesi ihtimali değerlendirilmiş ve bu hâlde, mutlaka mahkeme kararının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁴².

Mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak yukarıda varılan alacaklı veya vekilinin konutta haciz işlemlerine katılabileceği sonucunun, icra hukukunda menfaat dengesinin korunması bakımından da bir gereklilik teşkil ettiği kanaatindeyiz. Nitekim kabul edilmelidir ki icra hukukunda alacaklının hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel hakları ile borçlunun kişilik ve malvarlığına ilişkin değerleri çatışma hâlinindedir⁴³. İcra hukuku kurallarının ve bu kuralların uygulayıcılarının bu menfaatleri dengeleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁴. Dolayısıyla avukatın veya vekilinin haciz mahallinde bulunma yetkisinin varlığına ilişkin tüm bunların birlikte değerlendirilmesi neticesinde bir sonuca varılması ve bu sonucun ilgili hak ve değerlerin özüne dokunmaması gerekir. O hâlde, alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunup bulunmayacağına ilişkin tartışmalar yapılırken icra hukukunda taraf menfaatleri dikkate alınmalıdır.

Alman hukukunda, öğretide alacaklının konutta yapılan haciz sırasında bulunması meselesinde taraf menfaatleri bakımından yapılan değerlendirmede farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, borçlunun iradesine aykırı olarak alacaklının haciz işlemleri sırasında konutta

⁴² Hessler, “ZPO § 735-765,” § 758, Rn. 26.

⁴³ Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 36; Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 8.

⁴⁴ Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 8; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 31; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra Hukuku*, 11-12.

bulunması, borçlunun konut dokunulmazlığının ihlaline neden olmakta, ancak alacaklının yokluğu hâlinde işlem yapılmasının imkânsız veya önemli ölçüde zor olduğu durumlarda, borçlunun konut dokunulmazlığı alacaklının etkin hukukî koruma ihtiyacının gerisinde kalmaktadır⁴⁵. Bir diğer görüş ise⁴⁶, alacaklının borçlunun iradesine aykırı olarak haciz işlemleri sırasında konutta bulunmasının konut dokunulmazlığının ihlalini oluşturacağı yönündedir. Ancak konuta giriş için mahkeme kararının alınmış olması hâlinde veya alacaklının çatışan haklı menfaatleri nedeniyle haciz işlemleri sırasında konutta bulunması mümkün görülmektedir. Bununla birlikte, alacaklının varlığının borçlu bakımından makul görülemeyeceği istisnai hâllerde, alacaklının etkin hukukî koruma menfaatinin geri plana çekilebileceği kabul edilmektedir. Öte yandan alacaklının haklı menfaati bulunduğu sürece haciz sırasında bulunma hakkının olduğu, icra prosedüründeki taraf konumu nedeniyle de icra organları tarafından yapılan işlemlerde hazır bulunmasında her durumda haklı menfaati olduğu ileri sürülen görüşler arasındadır⁴⁷.

Kanaatimizce de, icra takibinde alacaklı, herhangi bir üçüncü kişi gibi değerlendirilmemelidir. Zira takip alacaklısı, icra takibinden önce borçlu ile özel hukuk ilişkisine giren ve bu ilişkinin borçluya yüklediği yükümlülüğün onun tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle hukukun taraflar arasında kurduğu menfaat dengesi kendi aleyhine bozulan kişidir. Alacaklı bu kapsamda, aleyhine bozulan menfaat dengesinin tekrar sağlanması için devletin cebri icra organlarına başvurmaktadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde alacaklı, icra takibi bakımından mülkiyet hakkı ihlali nedeni ile borçlu ile arasındaki menfaat dengesi bozulmuş⁴⁸ ve bu dengenin tekrar sağlanması için Devlet'e başvurmuş kişi vasfını haizdir. Bu nedenle de alacaklının hakkının yerine getirilmesi konusunda işaret edilen menfaatler borçlunun menfaati karşısında ağır basmalıdır⁴⁹. Nitekim alacaklının

⁴⁵ Hessler, "ZPO § 735-765," § 758, Rn. 26.

⁴⁶ Musielak, Voit ve Lackmann, "ZPO § 704-960," 758a, Rn. 10.

⁴⁷ Kindl, "ZPO § 704-787," § 758, Rn. 6.

⁴⁸ Mahkeme kararına veya kesinleşmiş ödeme emrine bağlanmış para alacakları söz konusu olduğunda, para alacağının ödenmemiş olması borçlunun mülkiyet hakkının (AY m. 35) ihlali sonucunu doğurur. Bkz. AYM Başvuru Numarası: 2013/3457, 25.02.2015, (RG, 27/5/2015 S. 29368).

⁴⁹ İcra hukukunda alacaklının menfaatine öncelik verilmesinin ilk akla gelen olduğu, bu ön kabulün yanlış olmadığı, ancak bu durumun takibin başından sonuna kadar alacaklının menfaatine ağırlık verildiği, borçlu ve takiple ilgili üçüncü kişilerin menfaatinin tamamen

alacağının garanti altına alınması için gerçekleştirilen haciz işlemi ile alacaklının mülkiyet hakkının sağlanması garanti edilir⁵⁰. Zira icra hukukunda borçlunun malvarlığının alacağa karşılık gelmek üzere alacaklıya devredilmesi kural olarak mümkün değildir. Bu nedenle alacaklının tatmin edilebilmesi için borçlunun alacağa karşılık gelecek miktardaki malı haczedilerek satılmalı ve bedelinden alacak ödenmelidir. Bununla birlikte alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunması ile de haciz sırasındaki menfaatlerin korunması imkânı sağlanacağından alacaklının etkin hukukî koruma ihtiyacına hizmet edilmektedir. Mesele işaret edilen hususlar üzerinden değerlendirdiğinde, icra hukukunda taraf menfaatleri bakımından alacaklı veya vekilinin konutta haciz sırasında bulunmasının mümkün olduğu sonucunun kabulü gerekir⁵¹.

göz ardı edildiği şeklinde anlaşılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Özekes, *Temel Hak ve İlkeler*, 37. İcra hukukunda alacaklının hakkının yerine getirilmesi konusunda menfaatinin borçlunun menfaati karşısında ağır bastığına ilişkin bkz. Üçüncü, *Kişisel Verilerin Korunması*, 366.

⁵⁰ Üçüncü, *Kişisel Verilerin Korunması*, 367.

⁵¹ Türk hukukunda meseleyi taraf menfaatleri bakımından ele alan Üçüncü, pratik uyum ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini ve alacaklının etkin hukukî koruma ya da borçlunun kişisel verilerinin ve sırlarının korunması konusundaki menfaatlerinin her ikisine de hizmet eden çözümün benimsenmesi gerektiğini ileri sürmekte ve bu kapsamda başvurulabilecek en makul yolun haciz sırasında alacaklının değil, kendisine karşı sır saklamakla yükümlü olan avukatının bulunmasının olduğunu kabul etmektedir. Yazar alacaklının icra takibini bir avukat vasıtasıyla değil, bizzat yürüttüğü hâli de değerlendirmiş ve borçlunun menfaatlerini ağır şekilde zedeleyebilecek istisnai hâller var olmadığı müddetçe alacaklının haciz sırasında bulunma hakkının elinden alınmaması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Üçüncü, *Kişisel Verilerin Korunması*, 369.

II. İCRA MEMURUNUN HACİZ MAHALLİNDEKİ YETKİLERİNİN SINIRI

A. İcra Memurunun Görev ve Yetkileri

İcra dairesi, icra işlerinde birinci derecede görevli organdır⁵². İcra takibinin sevk ve idaresi için gerekli işler bu dairede görevli icra memurları (icra müdürü, icra müdür yardımcısı ve icra kâtipleri) vasıtasıyla gerçekleştirilir⁵³. Bu işlemler sırasında icra memuru bağımsız olup⁵⁴, icra mahkemesinin veya başka bir makamın iznini almak zorunda değildir⁵⁵. Ayrıca icra memurları, görevlerinin ifası sırasında zor kullanma yetkisine de sahiptir⁵⁶. Bu kapsamda, icra memurları, alacak tahsili ve takibi ile ilamların icrası için gerekli işlerin tamamını yapmak bakımından yetkilendirilmiştir⁵⁷.

Alacaklının alacağına kavuşması için konusu para olan alacaklar bakımından alacaklının takip talebi üzerine borçluya ödeme emri veya icra emri göndermek, takibin kesinleşmesi aşamasından sonra borçlunun mallarını haczetmek, haczedilen malları paraya çevirmek ve nihayet paraları paylaşmak, icra memurunun görevleri arasındadır. Konusu paradan başka bir şey olan ilamların icrasında ise icra memurları, icra emrinin gereğinin zorla yerine getirilmesinde görevlidir. Söz konusu işlemler bakımından icra memurlarının yetkisi iki türde belirlenmektedir⁵⁸. Bunlardan ilkinde göre,

⁵² Kuru, *El Kitabı*, 63; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 60; Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 41; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra Hukuku*, 40.

⁵³ Niteliğine aykırı düşmediği müddetçe icra dairesi müdürleri için yapılan açıklamaların icra müdür yardımları ve icra katipleri için de geçerli olduğuna ilişkin bkz. Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 50; Kuru, *El Kitabı*, 82. İcra dairelerinin zorunlu unsurunun icra müdürleri olduğu ve bu durumun uygulamada icra müdürlerinin icra daireleriyle aynı anlamda algılanması sonucunu doğurduğuna ilişkin bkz. Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 22. İcra müdürlerinin icra dairesinin sorumlu amiri olduğuna ilişkin Yılmaz, *Şerh*, 40.

⁵⁴ Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 52; Kuru, *El Kitabı*, 63; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 23; Yılmaz, *Şerh*, 43.

⁵⁵ Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 52; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 32; Kuru, *El Kitabı*, 63; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 23.

⁵⁶ Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 52; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 32; Kuru, *El Kitabı*, 64. Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 23; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 30; Aras, "Konutta Haciz," 1051; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra Hukuku*, 12; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra Hukuku*, 41.

⁵⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 60.

⁵⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 28 vd.; Özçelik, *İcra Müdürü*, 10 vd.

kanun koyucu, açıkça icra memurlarının yapması gereken işlemleri düzenlemiş olup, icra memuruna değerlendirme ve takdir yetkisi kullanma hakkı bırakmamıştır. Bu hâlde işlemlerin, Kanun'da öngörülen şekle ve içeriğe uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İcra memurlarının yetki türünün diğerinde ise, kanun koyucu, icra memuruna belirli sınırlar içerisinde kullanılmak şartı ile takdir yetkisi vermiştir. Bu hâllerde, icra memuru işlemleri, alacaklının alacağına kavuşması için alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini gözeterek gerçekleştirmelidir⁵⁹. İİK'de icra memuruna takdir yetkisi verilen hâllerde dahi, yetkinin kullanımı, kanunda öngörülen kapsamda olmalıdır. Zira icra memurları, kaynağını kanundan almadıkları bir yetkiyi kullanamazlar⁶⁰.

B. İcra Memurunun Haciz İşlemini Sevk ve İdare Yetkisinin Kapsamı

Bir icra takip işlemi olan ve kesinleşen icra takibinde para alacağının ödenmesini sağlamak için, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, alacaklının talebi üzerine icra dairesi tarafından hukuken el konulmasını ifade eden⁶¹ haciz işlemi, icra memurları vasıtasıyla gerçekleştirilir. Haciz işleminin sevk ve idare yetkisi, icra memurlarına aittir. İİK'de bu görevin ifası sırasında, icra memuruna takdir yetkisi veren birtakım düzenlemeler mevcuttur (İİK m. 82/f. 4, 85/f. 6, 87)⁶². Ancak bu aşamada dahi icra memuru takdir yetkisini kanunî düzenlemeler kapsamında kullanılmalıdır⁶³.

İcra ve İflas Kanunu m. 80'de haczi yapan memurun yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre, icra müdürü haczi kendi yapabileceği gibi

⁵⁹ Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 52; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 32; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 29.

⁶⁰ Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 135. İcra hukukunda kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalede bulunulduğundan kanunilik ilkesinin söz konusu olduğuna ilişkin bkz. Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, 125; Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, 89-92; Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 31 vd.

⁶¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 292. Benzer tanımlamalar için bkz. Kuru, *El Kitabı*, 410; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 143; Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 359; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra Hukuku*, 185; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra Hukuku*, 153.

⁶² İcra memuruna İİK'de haciz aşamasında takdir yetkisi verilen düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özçelik, *İcra Müdürü*, 272 vd.

⁶³ Akgün, *Haczin Hukukî Niteliği*, 239.

yardımcı veya katiplerinden birine de yaptırabilmektedir (m. 80/f. 1). Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, haczi yapan memurun talebi hâlinde borçlunun kilitli yerleri ve dolapları açmaya ve eşyayı göstermeye mecbur olduğu, bu mümkün olmazsa zorla açtırılabileceği; dördüncü fıkrasında ise borçlunun üzerinde para, kıymetli evrak, altın veya gümüş yahut kıymetli şeyleri sakladığı anlaşıldığında ve borçlunun bunları vermekten kaçınması hâlinde, şahsına karşı zor kullanılabileceği ifade edilmiştir. İİK m. 81’de ise, zabıta memurları ile muhtarların haciz sırasındaki görevleri düzenlenmiştir. Buna göre, zor kullanma hususunda bütün zabıta memurlarının ve köylerde muhtarların, icra memurunun yazılı müracaatı üzerine kendisine bildirilen görevleri icra etmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

İcra ve İflas Kanunu m. 80 ve m. 81 hükümleri bakımından iki hususa dikkat çekilmelidir. Bunlardan ilki, bu düzenlemelerde ifade edilen yetkilerin icra memurunun (icra müdürü yahut onun görevlendireceği müdür yardımcısı veyahut kâtip) tekelinde olmasıdır. Başka bir ifadeyle, bu yetkilerin haciz mahallinde bulunan alacaklı veya vekili tarafından kullanılması mümkün değildir. Bu durum aynı zamanda ihkak-ı hak yasağının bir sonucudur. Diğeri ise, bu düzenlemeler ile icra memuruna zor kullanma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Ancak madde metninden de açıkça anlaşılabileceği üzere, kendisine karşı zor kullanılacak olan kişi borçlu ya da onunla birlikte hareket eden üçüncü kişilerdir. Kanun koyucu, hangi hâllerde zor kullanılabileceğini de sınırlı olarak düzenlemiştir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, işaret ettiğimiz hükümler icra memuruna, alacaklıya veya taraf vekillerine karşı zor kullanma yetkisi vermemektedir.

İcra ve İflas Kanunu’nda işaret edilen hükümler dışında, haczi yapan memurun sevk ve idare yetkisine ilişkin başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla İİK’de icra memuruna, alacaklıyı veya vekillerini haciz mahallinden çıkarmasına yönelik açık bir yetki verilmediğini ve bu noktada icra memurunun takdir yetkisinin de bulunmadığını söylemek mümkündür. Ancak İİK m. 85/f. 6’da haciz aşamasının taşıdığı önem nedeniyle, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulması yükümlülüğü icra memuruna yüklenmiştir. Buna göre, haczi gerçekleştiren icra memuru, borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar korumakla mükelleftir. Buradan hareketle, icra memurunun, alacaklı, borçlu veya üçüncü kişilerin temsilcisi olmadığı⁶⁴, bilakis alacaklı ve borçlu

⁶⁴ Üstündağ, *İcra Hukuku*, 34; Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 23.

arasındaki menfaat dengesini sağlamakla yükümlü olduğuna dikkat çekilmelidir⁶⁵.

Yukarıda işaret edilen düzenlemeler kapsamında değerlendirildiğinde, alacaklı vekilinin haciz mahallinden çıkarılması hususunda icra memurunun kanundan doğan bir yetkisinin ve buradan hareketle bir takdir yetkisinin bulunmadığı ve bu nedenle de alacaklı vekilini haciz mahallinden çıkarmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının mülkiyet hakkının sağlanmasını garanti altına alan haciz işlemleri sırasında alacaklı vekilinin haciz mahallinde bulunması, alacaklının menfaatlerinin korunmasına imkân sağlayacaktır. Zira alacaklı vekili, icra takip işlemleri sırasında alacaklının hak arama özgürlüğünü sağlayıcı konumda yer almaktadır. Bu nedenle, icra memurunun alacaklı vekilini haciz mahallinden çıkarması, alacaklının hak arama özgürlüğüne de aykırılık teşkil etmektedir. Yine bu durum, İİK’de alacaklı ve borçlu arasında kurulan menfaat dengesini bozacağı için, icra memurunun İİK m. 85/f. 6’dan kaynaklanan yükümlülüğünün ihlaline de neden olmaktadır.

C. Avukatın Haciz Mahallinde Düzeni Bozucu Hareketlerde Bulunması Hâlinde Uygulanabilecek Yaptırımlar

İcra memurunun avukatın haciz mahallinde bulunmasını engelleyemeyeceği yukarıda açıklanan nedenlerle kabul edilmelidir. Ancak icra memurunun görevinin gereği gibi ifası için gerekli olması hâlinde dahi bu sonucun kabul edilebilirliği değerlendirilmelidir. Zira icra memuru, haczin sevk ve idaresinden sorumlu olması nedeniyle bu görevin gereği gibi yerine getirilebilmesi için birtakım yetkileri kullanabilmelidir. Özellikle haciz mahallinde düzeni bozucu hareketlerin engellenebilmesi noktasında icra memurunun birtakım yetkilere haiz olması gerekir. İcra ve İflas Kanunu’nda avukatın veya tarafların icra takip işlemlerinin yapılmasında düzeni bozucu davranışlarda bulunması hâlinde, icra memurunun ne şekilde hareket etmesi gerektiği hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır.

⁶⁵ İcra memurunun icra takip işlemlerinin tamamında taraflar arasındaki dengeyi sağlamakla yükümlü olduğuna ilişkin bkz. Yılmaz, *Şerh*, 494. İcra memurunun alacaklı, borçlu ve diğer ilgililerin yararlarını yasa hükümlerine göre korumak zorunda olduklarına ilişkin Pekcanitez ve Simil, *Şikâyet*, 23; Üstündağ, *İcra Hukuku*, 32.

İcra takip işlemleri gerçekleştirilirken yetkili makam ve merciler önünde avukatın sahip olduğu hak ve yetkiler ile alacaklı, borçlu ya da üçüncü kişilerin hak ve yetkileri birbirinden farklıdır. Zira yetkili makam ve merciler önünde alacaklı, borçlu ya da üçüncü kişiler, sadece kendi menfaatlerini korumak için hak arayışında bulunurken avukat sıfatı ile bulunanlar müvekkillerinin menfaatlerini korumaktadır. Nitekim avukat, yukarıda da ifade edildiği üzere alacaklının hak arama özgürlüğünün bir güvencesi olarak haciz mahallinde bulunmaktadır. Bununla birlikte avukat, bu görevi ile bir kamu hizmetini ifa etmekte olup bu görevin ifası sırasında tam bağımsızlığa sahiptir. Dolayısıyla avukatın adalet hizmetlerinin ifasına katılan icra memurlarının karşısında herhangi bir baskı ya da müdahale olmaksızın görevlerinin gereğini yerine getirebilmesi gerekir. Bu noktada yapılacak değerlendirmede, avukatın icra memurları karşısında taraflardan farklı statüde olduğuna dikkat edilmelidir. Nitekim yetkili makam ve merciler önünde hak arayışı sırasında taraflar ile avukatlarının arasındaki statü farklılığı, onlara uygulanacak müeyyidelerin farklılaşmasına da yol açmaktadır. Bu nedenle herhangi bir kanunda, davacı yahut davalıya uygulanacağı belirtilen yaptırımlar avukatlar hakkında uygulanamamalıdır.

Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 151’de duruşma düzenini bozan diğer kişilerin duruşma salonundan çıkarılması düzenlenmişken taraflara uygulanacak yaptırımdan farklı olarak HMK m. 79/f. 1’de, avukatın duruşma düzenini bozmada ısrar etmesi hâlinde hâkimin duruşmaya ara vereceği, fiilin suç teşkil eder nitelikte görülmesi hâlinde avukat hakkında cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunabileceği ve disiplin soruşturması için bağlı bulunduğu baroya bildirebileceği düzenlenmiştir⁶⁶. Buna karşılık 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) madde 203’de hiçbir ayırım yapmadan duruşma düzenini bozan kişilerin duruşma salonundan çıkarılacağı, direnilmesi veya karışıklık çıkarılması hâlinde ise, avukatlar ve çocuklar hariç 4 gün disiplin hapsi verileceği hüküm altına alınmıştır (CMK m. 203/f. 2-3). İşaret ettiğimiz kanun hükümleri dikkate alındığında, avukata uygulanacak disiplin cezası bakımından her iki kanunda da hâkime açık yetki verildiği; uygulanacak

⁶⁶ Avukatın uygun olmayan tutum ve davranışları bakımından bu düzenlemelerin uygulama kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serhat Sarısözen, “Vekilin Uygun Olmayan Tutum ve Davranışlarının HMK m.79 ve m.151 Kapsamında Sonucu,” *Terazi Hukuk Dergisi*, 197, (Ocak 2023): 106-121.

müeyyidelere, bu müeyyidelerin uygulanma koşullarına ve kimlere ne şekilde uygulanacağına yer verildiği görülmektedir.

Diğer taraftan, İcra ve İflas Kanunu'nda ayrıca ve açıkça düzenlenmediğinden söz konusu hükümlerde öngörülen yaptırımların icra takip işlemleri sırasında icra memurları tarafından uygulanabileceği kabul edilemez. Bu noktada HMK hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülebilecek olsa da İİK'de açıkça atıf yapılmayan hâllerde HMK'nin kıyasen uygulanması mümkün görülmemelidir⁶⁷. Zira HMK'de yargılama faaliyetinin yürütülmesine, İİK'de ise icra takip işlemlerinin yürütülmesine yönelik hükümler sevk edilmekte⁶⁸ ve bu hükümlerin uygulayıcılarının (hâkim, savcı ve icra memurları) hukukî statüleri de farklılık göstermektedir.

İşaret edilen hususlar çerçevesinde, icra memurunun haciz sırasında düzeni bozucu hareketlerde bulunan avukata karşı herhangi bir yaptırım uygulayabilmesi için İİK'de açık düzenleme bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak açık bir düzenlemeye gidilmesi hâlinde dahi, HMK'de hâkimin avukatı duruşma salonundan çıkaramayacağı kuralı dikkate alınmalı ve kamu hizmeti ifa eden avukatın haciz mahallinden çıkarılması mümkün görülmemelidir. Bu noktada getirilecek düzenlemede, HMK m. 79/f. 1'e de uygun olarak haczin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine engel olunan davranışlarda bulunulması hâlinde, icra müdürünün bu durumu gerekçeli olarak tutanağa geçirmek suretiyle haciz işlemlerine son verebileceğine, söz

⁶⁷ Öğretide Yılmaz, İİK ve HMK arasındaki bağa dikkat çekmiş, ancak bu bağın varlığına rağmen her iki Kanunda da atıfla diğerine gönderme yapıldığına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığını, bu durumun uygulamada çeşitli tereddütlere yol açtığını, bu nedenle bu eksikliğin giderilmesi gerektiğini ve bu yapılırken İİK'nin icra takipleri bakımından HMK'ye göre özel kanun olduğu dikkate alınarak genel bir kanun hükmü konulması gerektiğini ve her iki kanunun arasındaki bağ sebebiyle gözden geçirilerek gerekli değişikliklerin yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yılmaz, *Şerh*, 34. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflas Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği," içinde *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, Cilt 2, ed. Emel Hanağası ve Mustafa Göksu (Yetkin Yayınları, 2015), 1835-1866. Açık kanun atfı olmadığı müddetçe HMK hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin bkz. Postacıoğlu ve Altay, *İcra Hukuku*, 203. İİK'de açık hüküm bulunmayan hâllerde, icra ve iflâs takiplerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK'nin uygulanabileceğine ilişkin bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *İcra Hukuku*, 58; Kuru, *El Kitabı*, 62. Aynı yönde bkz. Y. HGK, E.2017/12-364, K.2021/384, 30.03.2021, (Lexpera); Y. 12. HD, E.2020/670, K.2020/3797, 04.06.2020, (Lexpera).

⁶⁸ İİK ile HMK'nin uygulama alanlarının farklı olduğuna ilişkin bkz. Yılmaz, *Şerh*, 32.

konusu hususun suç teşkil etmesi hâlinde, avukat hakkında cumhuriyet başsavcılığına ve disiplin soruşturması için bağlı bulunduğu baroya bildirimde bulunabileceğine ilişkin hususlara yer verilebilir.

SONUÇ

Avukatlık hizmetinin kamu hizmeti niteliği gereğince avukata birtakım hak ve yetkiler tanınmıştır. Bu hak ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesi, ancak kanun hükmünde açıkça öngörülmesi hâlinde mümkündür. Zira avukatın görevinin ifası sırasında tam bağımsızlığı söz konusudur. Avukatın bağımsızlığı, adalet hizmetlerinin ifasına katılan icra memurlarının karşısında da sağlanmalıdır. Ancak bazı hâllerde avukatın bağımsızlığının korunması ile icra memurunun yetkileri çatışma hâlinde olabilmektedir. Nitekim bu kapsamda değerlendirilebilecek hususlardan biri de icra memurunun alacaklı vekilini haciz mahallinden çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığıdır.

Avukat, haciz işlemleri sırasında haciz mahallinde bulunabilmektedir. Zira Av. K. m. 63'te açıkça zikredildiğinden icra işlemlerini takip etmek avukatın görev ve yetkileri kapsamındadır. Haciz işleminin takip edilmesinin de bir icra işlemi olması nedeniyle alacaklı vekili müvekkili adına haciz işlemlerini takip edebilmekte, İİK'nin haczin gerçekleştirilmesine ilişkin ilgili hükümleri (İİK m. 80, m. 88, m. 99, m. 103, İİK Yön m. 41/f. 2) gereğince alacaklı vekili haciz mahallinde bulunabilmektedir. Zira bu düzenlemelerde, alacaklının veya vekilinin haciz mahallinde bulunabileceği, ancak icra memurunun haciz işlemlerini yapabilmesi için alacaklının bulunmasının zorunlu olmadığı, hatta bazı durumlarda gerekli olduğu ifade edilmektedir.

Haciz mahallinin konut olması hâlinde ise alacaklının veya vekilinin konutta haciz sırasında bulunmasının borçlunun rızasına bağlı olduğuna veya icra memurunun inisiyatifinde bulunduğuna dair bir hüküm İİK'de bulunmamaktadır. Nitekim İİK m. 79a hükmü yürürlüğe girmeden önceki uygulamanın AY m. 21 gereğince konut dokunulmazlığı hakkının ihlaline sebebiyet vereceğine ilişkin tartışmalar, konutta haciz yapılmasının icra mahkemesinin iznine tabi kılınması ile sona ermiştir. İcra mahkemesinin konutta hacze izin vermesi hâlinde, kararında ayrıca aksini belirtmediği müddetçe, İİK'nin hacze ilişkin hükümleri bir bütün olarak konutta haciz sırasında da uygulanmalıdır. Dolayısıyla alacaklı veya vekilinin haciz mahallinde bulunması borçlunun rızasına tabi değildir. Hâkimin konutta hacze izin verdiği kararında ayrıca belirtmediği müddetçe alacaklı veya vekilinin konutta haciz sırasında bulunabilmesi mümkündür. Mevcut

düzenlemelerden yola çıkılarak varılan bu sonuç, icra hukukunda menfaat dengesinin korunması bakımından da bir gerekliliktir. Zira alacaklı, icra takibi bakımından herhangi bir üçüncü kişi değil, bilakis mülkiyet hakkı ihlali nedeni ile borçlu ile arasındaki menfaat dengesi bozulmuş ve bu dengenin tekrar sağlanması için Devlet'e başvurmuş kişi vasfını haizdir.

İcra memuru, haczin sevk ve idaresi görevini gereği gibi yerine getirebilmek için birtakım yetkileri kullanabilmektedir. Ancak bu yetkiler çerçevesinde alacaklı veya vekilinin konutta haciz sırasında bulunabilmesi, icra memuru tarafından engellenememektedir. Nitekim icra memurunun haciz mahallindeki yetkilerinin sınırı, İİK m. 80 ve m. 81'de ifade edilmektedir. Bu hükümlerde icra memuruna, alacaklıyı veya vekillerini haciz mahallinden çıkarmasına yönelik açık bir yetki verilmemekte ve bu noktada icra memurunun takdir yetkisi de bulunmamaktadır. Mevcut düzenlemeler karşısında, icra memurunun alacaklı vekilini haciz mahallinden çıkarması mümkün değildir. Aksinin kabulü, alacaklının hak arama özgürlüğüne ve ayrıca alacaklı ve borçlu arasında kurulan menfaat dengesini bozacağı için icra memurunun İİK m. 85/f. 6'dan kaynaklanan yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

İcra memurunun görevinin gereği gibi ifası için gerekli olması hâlinde dahi avukatın haciz mahallinden çıkarılamayacağı kabul edilmelidir. Zira kanun hükmünde açıkça öngörülme hâllerde avukatın görevinin gereğini yerine getirmesi engellenemez. Bu nedenle haciz mahallinde avukatın düzeni bozucu hareketlerinin engellenebilmesi için özel bir kanun düzenlemesi gereklidir. Haczin sevk ve idaresini etkileyebilecek boyutta gerçekleştirilen hareketlere karşı icra memurunun yetkisine ilişkin İİK'de özel bir düzenlemeye gidilmesi hâlinde, HMK'nin ilgili hükümleri (m. 79/f. 1; m. 151) dikkate alınabilir. Ancak bu düzenlemelerde hâkimin avukatı duruşma salonundan çıkaramayacağına ilişkin hükmü göz önünde bulundurulduğunda kamu hizmeti ifa eden avukatın haciz mahallinden çıkarılması hiçbir surette mümkün görülmemelidir. Bu kapsamda getirilecek özel bir düzenleme ile icra memuruna HMK m. 79/f. 1'e de uygun olarak haczin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine engel olunan davranışlarda bulunulması hâlinde, bu durumun gerekçeli olarak tutanağa geçirilmesi suretiyle haciz işlemlerine son verme, söz konusu hususun suç teşkil etmesi hâlinde, avukat hakkında cumhuriyet başsavcılığına ve disiplin soruşturması için bağlı bulunduğu baroya bildirimde bulunabilme yetkileri verilebilir.

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat. *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*. Beta Basım Yayım, 1994.
- Akgün, Şükran. *İcra hukuku ve İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme Haczin Hukukî Niteliği*. Der Yayınları, 2020.
- Ansay, Sabri Ş. *Hukuk İcra ve İflas Usûlleri*. İstiklal Matbaası, 1960.
- Aras, Aslı. “Konutta Haciz Prosedürüne Türk-Alman Karşılaştırmalı İcra Hukuku Açısından Genel Bir Bakış.” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, 216 (Eylül 2023): 1047-1063.
- Arslan, Aziz Serkan. *İcra Takip İşlemleri, Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*. Yetkin Yayınları, 2018.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflas Hukuku*, 10. Bası, Yetkin Yayınları, 2024.
- Atalı, Murat. İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, 2024.
- Berkin, Necmettin M. *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*. Filiz Kitabevi, 1980.
- Boran Güneysu, Nilüfer. “İcra ve İflas Kanunu’nun Konutta Hacze İlişkin 79/A Maddesinin Değerlendirilmesi.” *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, 1 (Haziran 2024): 172-223, <https://doi.org/10.59933/tauhfd.1503861>.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. *İcra Dairesi Kararı*. Ekin Yayınları, 2017.
- Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Adalet Yayınevi, 2010.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel. “Mesleki Sorumlulukları Boyutuyla Avukatların Görev Suçları ve Yargılanma Usûlü.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, 1 (Ocak 2024): 77-109.
- Duran, Lütfü. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Düğer, Sırrı. “İdare Hukuku Açısından Avukatlık.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, 1 (Mart 2019): 55-77, <https://doi.org/10.15337/suhfd.545154>.
- Gökcan, Hasan Tahsin. “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği.” *Ankara Barosu Dergisi* 67, 2 (Bahar 2009): 151-156.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Açıklamalı Avukatlık Yasası, Avukatların Görev Suçları, Özel Soruşturma Usûlü, Hukukî Sorumluluk*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2009.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2024.

- Güner, Semih. *Avukatlık Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2011.
- Hessler, Hans-Joachim. “ZPO § 735-765.” İçinde *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO I, C. II, Hrsg. Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger*, 6. Aufl., C.H.Beck, 2020.
- Karlı, Abdurrahim. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Alternatif Yayıncılık, 2014.
- Kindl, Johann. “ZPO § 704-787.” İçinde *Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht*, Hrsg. Ingo Saenger, 10. Aufl., Nomos, 2023.
- Korkusuz, M. Refik. *Avukatlık Hukuku Giriş*. Karahan Kitabevi, 2008.
- Köksoy, Mesut. “Borçlunun Konutunda Haciz Yapılması (İİK m. 79a),” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 9, 1 (Ocak 2024): 327-367, <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.1333550>.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Yetkin Yayınları, 2013.
- Musielak, Hans-Joachim, Wolfgang Voit ve Rolf Lackmann. “ZPO § 704-960.” İçinde *Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, Hrsg. Joachim Musielak, Wolfgang Voit, 21. Aufl., Verlag Franz Vahlen, 2024.
- Özçelik, Volkan. *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*. Adalet Yayınevi, 2014.
- Özekes, Muhammet. *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*. Adalet Yayınları, 2009.
- Pekcanıtez, Hakan ve Cemil Simil. *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Yayıncılık, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Postacıoğlu, İlhan ve Sümer Altay. *İcra Hukuku Esasları*. Vedat Yayıncılık, 2010.
- Sarisözen, Serhat. “Vekilin Uygun Olmayan Tutum ve Davranışlarının HMK m.79 ve m.151 Kapsamında Sonucu.” *Terazi Hukuk Dergisi* 197 (Ocak 2023): 106-121.
- Sungurtekin, Meral. *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 62, 1995.
- Şen, Ersan. “Alacaklı Vekili Konuta ve İşyerine Girebilir mi?.” (2020), www.hukukihaber.com.
- Şen, Ersan. “Avukat Haciz Mahalline Girebilir Mi?.” (2015), www.hukukihaber.com.
- Tanrıver, Süha. *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2023.

- Ulrici, Bernhard. “ZPO § 724-765a.” İçinde *BeckOK ZPO*. Hrsg. Volkert Vorwerk ve Christian Wolf, 54. Aufl., C.H.Beck, 2024.
- Umar, Bilge. *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*. Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No: 64/38, 1973.
- Uyar, Talih. “Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 131 (Temmuz 2017): 373-404.
- Uyar, Talih. *İcra Hukukunda Haciz*. Şafak Basım ve Yayımevi, 1983.
- Üçüncü, S. Hilal. *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*. On iki Levha Yayıncılık, 2019.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. Filiz Kitabevi 2004.
- Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İcra İflas Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği.” İçinde *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Cilt 2*, Ed. Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, 1835-1866. Yetkin Yayınları, 2015.
- Yılmaz, Ejder. *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*. Yetkin Yayınları, 2016.

HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞUNDA KURTULUŞ KANITININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Exculpatory Evidence in the Strict Liability of
the Animal Keeper*

Fırat KORKMAZ*
Fatma İrem ŞAHİN**

ÖZET

Hayvan bulunduranın sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nda özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan bir kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmiştir. Hayvan bulunduranın bu özen yükümlülüğünün yerine getirdiğini ispatı onu sorumluluktan kurtarmaktadır. Özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinin ölçüsü hakkında kanun koyucu doğrudan bir ölçü koymamış bunu uygulama ve doktrine bırakmıştır.

Makalede hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin genel veya özel şartların kurtuluş kanıtıyla teknik bağlantısı araştırılmıştır. Ayrıca özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinde farklı somut olay içeriklerindeki durumlara nasıl yaklaşılabileceği hususu önem arz eder. Hayvan bulunduranın şahsi özellikleri ve içinde bulunduğu koşullar, söz konusu hayvanın cinsi veya ferdi özellikleri konusunda objektif mi subjektif mi hareket edileceği hususunun tespiti gereklidir. Ayrıca birden fazla hayvan bulunduran varsa bunların özen sorumluluğu bakımından durumu ve hayvanın kaçmış veya terkedilmiş olması durumlarında özen ölçüsünün hangi şartlarda yerine

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 05.08.2024

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 26.02.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: firat.korkmaz@karatay.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5834-9393>, ROR ID: <https://ror.org/054341q84>.

** Yüksek Lisans Öğrencisi, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, E-posta: 231300212@ogrenci.karatay.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3764-308X>, ROR ID: <https://ror.org/054341q84>.

getirilmiş olacağının da tespiti gereklidir. Bu itibarla makalede söz konusu konular özen yükümlülüğü ve kurtuluş kanıtı bakımından değerlendirilmiştir. Ayrıca konuyla bağlantılı olarak hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin şartlara da değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kusursuz sorumluluk, Hayvan Bulunduran, Kurtuluş Kanıtı, Özen Sorumluluğu, Özen Ölçüsü.

ABSTRACT

The liability of the animal holder is regulated in the Turkish Code of Obligations as a type of strict liability based on the breach of the duty of care. The proof that the animal owner fulfilled this duty of care relieves him from liability. The legislator did not set directly measure about fulfillment of the duty of care and left it to practice and doctrine.

The article investigates the technical connection between the general or special conditions about the liability of the animal holder with exonerating evidence. Also It is important how to approach in different situations about fulfilling the duty of care. It is necessary to determine how to act objective or subjective about whether the personal characteristics and conditions of the animal holder, the breed or individual characteristics of the animal. Also, if there is more than one animal holder, it is necessary to determine their situation about duty of care also need to determine how duty of care has been fulfilled if animal has escaped or been abandoned. In this respect these issues has evaluated regarding duty of care and exonerating evidence. Also, the conditions about liability of animal holder are mentioned in connection with the subject.

Keywords: Strict Liability, Animal Holder, Exonerating Evidence, Duty of Care, Measure of Care.

GİRİŞ

Günümüzde zarar verebilecek tipte sahipli hayvanların günümüz hayat şartlarında insanların yaşam alanlarına yakın bulunmasından dolayı sık sık zararlar ortaya çıkmaktadır. Hayvanların meydana getirdiği haksız zararların giderilmesi için Türk Borçlar Kanunu “Hayvan bulunduranın sorumluluğu” başlığı altında bir özen sorumluluğu düzenlemiştir. Bu çeşit sorumlulukta

hayvan bulunduran zararın ortaya çıkmaması için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir ki buna kurtuluş kanıtı denilir. Ancak kanunda bu özenin derecesinin ve ölçüsünün ne olacağı belirtilmemiştir. Bu sorumluluk tipi ve bu sorumluluktan kurtuluş yollarının neler olabileceği gerçekten önem arz etmektedir. Zira kanun koyucunun istisnaen düzenlediği sayılı kusursuz sorumluluklardan birisi budur. Ayrıca çok farklı çeşitte hayvanların şahıs ve malvarlıklarına verdikleri zararlar günümüz hayat şartlarında şehirde, sokaklarda, evlerde veya kırsal kesimlerde hatta hiç de az değildir. Bu itibarla bu sorumluluktan kurtuluş kanıtının ölçüsünün ne olduğu, nasıl ve nelere göre tespit edileceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Bu konuda çözülmesi gereken problem hayvan bulunduranın sorumluluğunda kanunda soyut şekilde düzenlenmiş olan kurtuluş kanıtının ne olduğu diğer bir deyişle gösterilmesi gereken özen seviyesinin nasıl tespit edileceği hususudur. Bunun için farklı hayvan çeşitlerine göre ve hayvanın içinde bulunduğu şartlara ve fitri özelliklerine göre ve sahibinin subjektif özelliklerine göre nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği sorusunun çözülmesi gerekmektedir.

Bu çözüme ulaşabilmek için makalede öncelikle hayvan bulunduranın sorumluluğunun hukuki temelleri, unsurları bu sorumluluğun genel çerçevesi ortaya konacak daha sonra bunların kurtuluş kanıtı üzerindeki rolü araştırılacaktır. Daha sonra kurtuluş kanıtının değerlendirilmesi ve bu bağlamda gerekli özenin gösterildiğinin nasıl ispatlanabileceği, çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemeler ve son olarak kurtuluş kanıtıyla bağlantılandırılan illiyet bağının kesilmesi konuları ele alınacaktır.

I. HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU

Hayvan bulunduranın sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nda “Özen Sorumluluğu” başlığı altında düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden biridir¹. TBK m. 67’de “*Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya*

¹ Merve Keskin Orhan, *Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 52; Elif Bolat, “Türk Hukukunda Bir Kusursuz Sorumluluk Türü Olarak Objektif Özen Ödevine Dayalı Sorumluluk” (Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2018), 55; Emre Köroğlu, “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu (TBK m. 67-68),” *Yargıtay Dergisi* 44, 2 (2018): 223; Nesibe Takcı, “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu” (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2021), 28.

geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.” şeklinde belirtilmekle hayvan bulunduran, hayvanın zarar verici hareketlerinden sorumlu tutulmuştur. Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere hayvan bulunduran, hayvanın bir zarara sebebiyet vermesi halinde karine olarak özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği kabul edilerek ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaktadır². Ancak TBK m. 67/II uyarınca hayvan bulundurana kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmıştır. Hayvan bulunduran, karine olarak sorumlu tutulmasına karşın gerekli özenin gösterildiğini ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulabilmektedir³.

Hayvan bulunduranın sorumluluğunun dayandığı esas konusunda özellikle mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken mevcut olan, farklı görüşler bulunmaktadır⁴. Hayvanlar, içgüdüleri ile hareket eden varlıklardır. Dolayısıyla bazı yazarlar her hayvanın belirli bir miktarda tehlike ortaya çıkarttığı gerekçesi ile bu sorumluluk türünü tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmektedir⁵. Ancak bir işletmenin bulunmayışı ve

² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 725. Burada TBK m.50/1’de düzenlenen mağdura yüklenmiş olan haksız fiildeki kusuru ispat yükü tersine çevrilmiş bulunmaktadır. Böylece hayvan bulunduranın sorumluluğu genişletilmiş olmaktadır. Bkz. Gert Brudermüller, Jürgen Ellenberger, Isabell Gotz, Christian Grüneberg, Sebastian Herrler, Hartwig Sprau, Karsten Thorn, Walter Weidenkaff, Dietmar Weidlich ve Hartmut Wicke, *Beck’sche Kurz Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch* (München: 2017), 1470; Roberto Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2002), 12; Erwin Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht* (Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1996), 414. İspat yükünün tersine çevrilmesi Anglo- Sakson Hukukunda da görülmektedir. Bkz. Pierre Widmer, *Unification of Tort Law: Fault* (Netherlands: Kluwer Law International, 2005), 161; Miquel Martin Casals ve Diego M. Papayannis, *Uncertain Causation in Tort Law* (Cambridge: Cambridge Press, 2015), 58.

³ Eren, *Borçlar Genel*, 725; Atilla Kasap, “Güncel Gelişmeler Işığında Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Objektif Özen Yükümlülüğünün Tayinine İlişkin Öneriler,” *Terazi Hukuk Dergisi* 17, 195 (2022): 139; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 82; Tunay Yüce, “Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu,” *İNÜHFD* 8, 2 (2007): 417; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 238; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 213.

⁴ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 135; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 29; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 46 vd.

⁵ Bilgi için bkz. Deutsch, *Allgemeines*, 406; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 47-48; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 29; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 56; YİBBGK E.1957/1,

kurtuluş kanıtı getirilebilmesi bu sorumluluk türünü tehlike sorumluluğundan ayırmaktadır. Nitekim tehlikeli hayvanlar bakımından dahi gerekli özenin gösterilmiş olması halinde hayvan bulunduranın zarardan sorumluluğu olmayacaktır⁶.

Hayvan bulunduranın sorumluluğunun özen esasının yanında, hakimiyet ve menfaat esaslarına dayandığı da ifade edilmektedir⁷. Menfaat esasına göre, bir şeyden fayda sağlayan kimse o şeyin meydana getirdiği zararlardan da sorumlu olmalıdır⁸. Hayvan bulunduran bakımından da hayvandan menfaat elde eden kimsenin o hayvanın vereceği zararlardan sorumlu olması gerekmektedir⁹. Menfaat ekonomik olabileceği gibi günümüzde sıkça rastladığımız şekilde duygusal da olabilir¹⁰. Örneğin görme engelli bireylere yardımcı olan türde köpekler ekonomik açıdan fayda sağlamamakla birlikte bireyin işlerini gerçekleştirebilmesi noktasında manevi ve sosyal faydalar sağlamaktadır.

Hayvan bulunduranın sorumluluğuna dayanak teşkil eden bir diğer esas hakimiyet esasıdır¹¹. Kişi, hakimiyet alanında bulunan şeyleri denetleme

K.1957/3, 27.03.1957, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>), sayılı kararında hayvan bulunduranın sorumluluğunun da içinde olduğu birtakım kusursuz sorumluluk hükümlerini sayarak zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan sorumluluk hükümlerine kusursuz sorumluluk hükümleri yahut tehlike esasına dayanan sorumluluk hükümleri denilmektedir. Bu kararında Yargıtay kusursuz sorumluluk türlerinin tehlike esasına dayandığını belirtmiştir. Ancak bu 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükteyken verilen içtihadı birleştirme kararına karşın sonraki tarihli kararlarda hayvan bulunduranın sorumluluğu objektif özen esasına dayandırılmıştır. Nitekim TBK'nın sistematığıne göre de hayvan bulunduranın sorumluluğu objektif özen esasına dayanmaktadır. Bkz. Y. 4. HD, E.1993/1081, K.1993/13614, 25.11.1993; Y. 3. HD, E.2019/4263, K.2019/9309, 26.11.2019, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

⁶ Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 56; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 48-49.

⁷ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 49; Eren, *Borçlar Genel*, 721; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 56.

⁸ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 56; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 225; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 49; Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi," *DÜHFD* 2, 2 (1984): 251; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1981), 5.

⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 225; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 49; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 56; Aksi yönde bkz. Ecem Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Hayvan Bulunduran Kavramı," *Konya Barosu Dergisi*, 2024, 1 (2024): 109.

¹⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 722.

¹¹ Takcı, "Hayvan Bulunduran," 30; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 50.

imkanına sahiptir. Dolayısıyla hakimiyet alanına hayvanı dahil eden kişi hayvanı denetlemek ve külfetlerine katlanmakla yükümlüdür¹². Hakimiyet, hayvan bulunduran kavramı ve kurtuluş kanıtının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken önemli bir husustur. Zira kişinin gerekli özeni gösterme yükümlülüğü hakimiyet ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹³. Hayvan bulunduran hakimiyeti altındaki hayvanın başkalarına zarar vermemesi için gerekli tedbirleri almalıdır. Doktrindeki hâkim görüş hayvan bulunduranın sorumluluğunu, kanunda da belirtildiği üzere özen yükümlülüğüne¹⁴ dayandırmaktadır¹⁵. Özen sorumluluğu; kurtuluş kanıtı getirilebilen “*olağan sebep sorumluluğu*” ve kurtuluş kanıtının getirilemediği “*ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁶. Bu bağlamda TBK m. 67/II uyarınca kurtuluş kanıtı getirilebilen hayvan bulunduranın sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğudur¹⁷.

¹² Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 56 Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 30; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 50.

¹³ Eren, s. 695, 722; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 52.

¹⁴ Kanunda kusursuz sorumluluklar “Özen sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmektedir. Bu özen sorumluluğunun gerçekleşmesi, kanunun yüklemiş olduğu özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olgusuna dayanmaktadır. Doktrin ve uygulamada bu çeşit sorumluluğun “objektif özenin ihlâli” olgusuna dayandığı söylene de bu terime katılmamaktayız. Kanunda objektif özenden bahsedilmemekte sadece bir özen sorumluluğunun varlığından bahsedilmektedir. Özen sorumluluğunun temelindeki olgu olan özen yükümlülüğünün objektif mi subjektif mi olduğu hususu açıkça belirtilmemiştir. Bu itibarla “objektif özenin ihlâline dayanan sorumluluklar” terimi yerine “özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan sorumluluklar” terimini tercih ediyoruz. Bu tercihimize uygun olarak makalemizde de kurtuluş kanıtı bakımından yer yer objektif yer yer subjektif özenden bahsedilmesi gerektiği hususunu ortaya koyacağız. Sorumluluğu objektif özenin ihlali olarak değerlendiren yazarlar için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 695; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 135; Şakir Kaleli, “Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (I),” *Yargıtay Dergisi* 5, 2 (1979): 325; Nomer, *Borçlar Genel*, 213.

¹⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 135; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 31; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 55; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 51-53. Eren, hayvan bulunduranın sorumluluğunun objektif özene dayandığını belirtmekle birlikte bu objektif özen yükümlülüğünü, hakimiyet, hayvandan sağlanan menfaat ve hayvanların çevre için içerdiği tehlike fikrine dayandırmaktadır.

¹⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 695-696; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 21; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 53; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 223; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 135.

¹⁷ Osman Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 370; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 53; Eren, *Borçlar Genel*, 721; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 135; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 224; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 28.

II. SORUMLULUĞUN ŞARTLARININ KURTULUŞ KANITINA ETKİSİ

Kusursuz sorumluluk hallerinin şartları genel şartlar ve özel şartlar olarak ayrılmaktadır. Genel şartlar, çoğu kusursuz sorumluluk hali için aynı olmakla birlikte özel şartlar o çeşit sorumluluğun özelliklerinin kapsamının belirlenmesinde etkilidir. Hayvan bulunduranın sorumluluğunda aranan genel şartlar; hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağıdır¹⁸. Bu şartlar, kusursuz sorumluluk hallerinin aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu olmasından kaynaklanmaktadır¹⁹.

Hayvan bulunduranın sorumluluğunda özel şartlar; hayvan bulunduranın varlığı, hayvan hareketi ve kurtuluş kanıtının getirilmemiş olmasıdır²⁰. Kurtuluş kanıtının getirilmemiş olması olumsuz şart olarak değerlendirilmektedir²¹. Kurtuluş kanıtının farklı koşullar ve çeşitli hayvanlar bakımından değerlendirilebilmesi için öncelikle sorumluluğun diğer şartlarından bahsedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla makalenin konusu açısından kurtuluş kanıtı, sorumluluğun şartları altında değil, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

A. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık unsuru hakkında başlıca üç teori bulunmaktadır. Bunlar; objektif hukuka aykırılık, subjektif hukuka aykırılık ve üçüncü hukuka aykırılık teorileridir²². Objektif hukuka aykırılık teorisi²³, kişilerin

¹⁸ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 138; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 56; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 55; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 300.

¹⁹ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 55.

²⁰ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 54; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 57; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 75 vd.; Kayıhan ve Ünlütepe, *Borçlar Genel*, 300.

²¹ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 95.

²² Michael Cartier, “Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR” (Doktora Tezi, Eschen, 2007), 86 vd; Nilgün Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler,” *GSÜHFD* 1, 1 (2019): 295; Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 156; Fırat Korkmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 207.

²³ Objektif hukuka aykırılık teorisi sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Sonucun hukuka aykırılığı, eylemin sonucunun temel koruma

şahıs ve malvarlıklarını koruma amacı güden hukuk normlarına aykırılık olarak tanımlanmaktadır²⁴. Subjektif hukuk aykırılık teorisinde norma aykırılığa bakılmaz. Zarar ortaya çıkaran her eylem, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadığı müddetçe hukuka aykırıdır²⁵. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi ise hukuka aykırılığı; koruma yükümlülüğüne, özen yükümlülüğüne ve davranış yükümlülüğüne aykırılık olmak üzere farklı şekillerde açıklamaktadır²⁶. Türk medeni hukuku doktrinine ve uygulamasına hâkim olan teori objektif hukuka aykırılık teorisidir²⁷.

Hayvan bulunduranın sorumluluğu açısından hukuka aykırılıkla ilgili doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre hukuka aykırılık unsurunu, hayvan bulunduranın kendi olumsuz fiili oluşturmaktadır. Hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması durumunda hukuka aykırılık meydana gelir²⁸. Bu görüş kanaatimizce objektif hukuka aykırılık teorisinin alt kolu olan davranışın hukuka aykırılığı teorisini esas almaktadır. Kanun normuna aykırılık özen eksikliği içeren bir davranışla veya menfi davranışla gerçekleşmektedir. Davranışın hukuka aykırılığı teorisi

normlarına aykırı olup olmadığına yönelik iken, davranışın hukuka aykırılığı norma aykırı hareket edilip edilmediğine yöneliktir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 672; Cartier, “Begriff der Widerrechtlichkeit,” 87; Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil,” 302; Korkmaz, *Kusur*, 211; Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,” *MÜHF-HAD* 23, 1 (2017): 472 vd.

²⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 660; Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 160-161; Korkmaz, *Kusur*, 207; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 57; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 76.

²⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 559 vd.; Kurtulan, “Haksız Fiil,” 468; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 57; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 76.

²⁶ Heinrich Honsell, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Zürich, Meilen: Schulthess Juristische Medien, 2013), 80-81; Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 16-17; Beat Schonenberger, “Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie,” *Ha-ve/Reas* 2004, 1 (2004): 9 vd.; Cartier, “Begriff der Widerrechtlichkeit,” 87 vd.; Kurtulan, “Haksız Fiil,” 479; Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil,” 297; Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık*, 227.

²⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 661; Bilgi için bkz. Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 76; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 57; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 88; Kurtulan, “Haksız Fiil,” 470. YİBBGK, E.2017/5, K.2018/7, 06.07.2018, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>), “Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için hukukumuzda benimsenen objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun veya herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir.”

²⁸ Yüce, “Roma ve Türk,” 416.

teknik olarak sorumluluğu daraltıcı etkiye sahiptir²⁹. Hayvan bulunduranın sorumluluğuyla ilgili bu teori hukuka aykırılıkla özen yükümlülüğünü tamamen bağdaştırdığı için kurtuluş kanıtı getirilmesi aynı zamanda adeta bir hukuka uygunluk nedeni de oluşturacaktır. Halbuki hukuka aykırılık kusurdan farklı bir kavram olduğu gibi özen yükümlülüğünden de farklı bir kavramdır. Kusur hukuka aykırılığın kınanabilir tarzda ortaya çıkmasıdır. Ancak bazen kusurla hukuka aykırılık birbirine karışmaya başlamaktadır. Bu, özellikle kanun normlarının ihmali tespit eder tarzda düzenlenmesi durumunda gerçekleşir. Gerçekten bazen hukuk kuralları, ihmali tespit eder tarzda düzenlenirler³⁰. Bu gibi durumlarda hukuka aykırılık aynı zamanda kusur da teşkil etmiş olur. Hayvan bulunduranın sorumluluğunda da özen yükümlülüğü bakımından benzer bir durum olduğu söylenebilir. Burada da kanun normu özen yükümlülüğü yükler tarzda düzenlendiği için hukuk aykırılıkla özen yükümlülüğü kavramlarının birbirine karışması kolaylaşmaktadır. Kanaatimizce mümkün mertebe kavramları birbirine eşitlememek ve hukuka aykırılıkla özen yükümlülüğü arasında belirli farklar tespit etmek daha doğrudur. Nitekim bu iki kavramı tamamen beraberce ele almak kurtuluş kanıtının hukuka uygunluk nedenine dönüşmesine yol açarak kavram kargaşasına sebep olabilir.

Doktrindeki diğer görüşe göre, hayvanın içgüdüsel hareketi neticesinde bir koruma normu ihlal edildiği takdirde hukuka aykırılık unsuru oluşacaktır³¹. Kanaatimizce bu görüş ise yine objektif hukuka aykırılık teorisinin alt kolu olan sonucun hukuka aykırılığına yakın durmaktadır. Hayvan davranışı neticesinde norm ihlali teşkil eden sonucun gerçekleşmesi hukuka aykırılık için yeterli kabul edildiği için bu yaklaşım sorumluluğu nispeten genişletici olacaktır. Bu görüşe katılmasak da kusursuz sorumluluk genel anlayışına uygun olarak sorumluluğu nispeten genişletmesi ve buna uygun olarak

²⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 672-673; Cartier, “Begriff der Widerrechtlichkeit,” 88-90; Korkmaz, *Kusur*, 210, 214-216.

³⁰ Bkz. Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 15; Max Gmür ve Hermann Becker, *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183* (Bern: Stampfli Verlag, 1945), 202.

³¹ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 58; Şeyda Yıldırım, “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu” (Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2023), 38. Bir görüşe göre ise hukuka aykırılık hem hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünde hem de hayvanın içgüdüsel hareketinde aranmalıdır. Bkz. Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 77.

sonucun hukuka aykırılığı fikrine yakın durması bakımından tutarlı bir teoridir³². Bu teoride kurtuluş kanıtı özen yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat niteliğinde olup isabetli olarak hukuka uygunluk nedeninden tamamen ayrılmış bulunmaktadır.

Kanaatimize göre ise hayvan bulunduranın sorumluluğunda hukuka aykırılıkla ilgili önemli bir nokta vardır. Şöyle ki hukuka aykırılığın gerçekleşebilmesi için zarar görenin şahıs ve malvarlığını koruyan ilgili koruma normunun ihlâlinin gerçekleşmesi yeterli gelmez. Ayrıca özen yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olması da gerekecektir. Zira konuyla ilgili temel koruma normu TBK m. 67 olup özen yükümlülüğünü yerine getirmeyi, ortaya çıkan zararın hukuka aykırılığı ile bağlantılı olarak düzenlemektedir. Bu itibarla, bu çeşit sorumlulukta tamamen hayvan davranışı ve sonuçtan hareket ederek hukuka aykırılığı tespit etmek doğru değildir. Hukuka aykırılığın araştırılmasında özen yükümlülüğünün ihlâlini teşkil eden davranış olmalıdır. Ancak bu da hukuka aykırılık için yeterli değildir. Özen yükümlülüğüne aykırı davranışla bağlantılı bir hayvan hareketi neticesinde ortaya çıkan sonucun norm ihlâli de araştırılmalıdır³³. Böylece bizim kanaatimize göre hayvan bulunduranın sorumluluğunda hukuka aykırılık; özen yükümlülüğünün ihlâlini teşkil eden davranışa bağlı olarak, bir hayvan hareketi sonucunda bir koruma normunun ihlâlinin gerçekleşmiş olmasıdır. Bu görüşümüzle hukuka aykırılığı özen yükümlülüğüyle bağlantılandığımız gibi kurtuluş kanıtını hukuka uygunluk nedeninden isabetli olarak belirli ölçüde ayırmış oluyoruz.

³² Mahiyet olarak davranışın hukuka aykırılığı daha çok kusur ilkesiyle, sonucun hukuka aykırılığı ise kusursuz sorumlulukla uyum arz eder. Nitekim Federal mahkeme kusur sorumluluğunda davranışın hukuka aykırılığını kabul etmektedir. Bkz. BGE 82 II 28. Yine federal mahkeme kusursuz sorumluluk hallerinde ise sonucun hukuka aykırılığını kabul etmektedir. Bkz. BGE 75 II 204; Bkz. BGE 102 I 85-88.

³³ Doktrindeki benzer yöndeki bir fikre göre hukuka aykırılık için hem özen yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olması hem de hayvan hareketinin hukuka aykırılığının aranması gerekmektedir. Bkz. Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 77. Bu, kanaatimize oldukça benzer bir görüş olsa da biz hayvan hareketinin hukuka aykırılığının değil hayvanın hareketi sonucunda ortaya çıkan sonucun norm ihlâli teşkil edip etmediğinin araştırılmasını daha doğru buluyoruz. Zira Federal Mahkemenin de isabetli olarak belirttiği üzere kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılığın davranışta değil sonuçta aranması kurumun mahiyetine daha uygundur. Ayrıca hayvan hareketinin hukuka aykırı veya uygun olmasının araştırılması hukuk kurallarının amaçları bakımından tatminkâr değildir. Zaten TBK m. 67’deki: “-hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür” ifadesi hayvanın davranışını değil ortaya çıkardığı sonucu esas alır tarzda düzenlenmiştir.

B. Zarar ve İlliyet Bağı

Hayvan bulunduranın sorumluluğunun meydana gelebilmesi için aranan bir diğer genel şart, zarardır. Zarar olmadan tazminat borcu doğmayacak ve hayvan bulunduranın sorumluluğu oluşmayacaktır³⁴. Nitekim TBK m. 67’de yer alan “...*hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*” ifadesiyle açıkça zarar unsuruna yer verilmiştir. Zarar, maddi veya manevi olabileceği gibi zararın kişinin malvarlığına veya şahsına yönelik gerçekleşmesi de mümkündür³⁵.

Sorumluluğun son genel şartı ise illiyet bağıdır. Hayvan hareketi ve meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁶. Uygun illiyet bağı, yalnızca hayvanın hareketiyle sonuç arasında değil, hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünün ihlâli ile ortaya çıkan zarar arasında da aranır³⁷. Hayvan bulunduranın gerekli özeni göstermemesi sebebi ile ortaya bir zarar çıkması gerekmektedir. Bu tür bir sorumluluğun doğabilmesi için özen yükümlülüğünün ihlâli ile bağlantılandırılabilen bir hayvan davranışının bulunması ve bu davranışın neticesinde bir zarar ortaya çıkması şarttır. Diğer bir deyişle, hayvan bulunduranın sorumluluğunda özen yükümlülüğünün ihlali ile uygun illiyet bağı içerisinde bir hayvan davranışı olmalı, söz konusu hayvan davranışıyla uygun illiyet bağı içinde ortaya bir zarar çıkmalıdır. Böylece bu çeşit sorumlulukta illiyet bağı, özen yükümlülüğünün ihlâlinden hayvan hareketine oradan da ortaya çıkan zarara uzanan böylece üç farklı noktayı birbirine bağlayan bir zincir gibidir.

³⁴ Şakir Kaleli, “Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (II),” *Yargıtay Dergisi* 5, 3 (1979): 515; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 77-78; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 138; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 5.

³⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Yüce, “Roma ve Türk,” 416; Kaleli, “II,” 515; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 230; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 138.

³⁶ Nomer, *Borçlar Genel*, 213; Kaleli, “II,” 521; Eren, *Borçlar Genel*, 721; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139; Yüce, “Roma ve Türk,” 417; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 234; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 80; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 377; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 48; Nihat Yavuz, *Borçlar Hukuku El Kitabı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 286.

³⁷ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 74; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 48; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 86; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139.

İllyet bağına kesen sebepler mevcutsa hayvan bulunduran zarardan sorumlu olmaz³⁸. Bu sebepler; mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur³⁹. Hayvan bulunduran, göstermesi gereken özen ve ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı olmadığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁰. Doktrinde bu ispat faaliyeti, ikinci tür kurtuluş kanıtı olarak da adlandırılmaktadır⁴¹. Dolayısıyla bu husus ilerleyen bölümde ayrıca ele alınacaktır⁴².

C. Hayvan Bulunduran Kavramı

Hayvan bulunduran, TBK m. 67’de “*hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre hayvan bulunduran, bir hayvanın bakımını geçici veya kalıcı olarak üstlenen kişidir⁴³. Hayvanın bakımının üstlenilmesi ve gerekli özenin gösterilebilmesi için hayvan bulunduranın hayvan üzerinde hukuki veya fiili hakimiyetinin olması gerekmektedir⁴⁴. Hukuki hakimiyet, kişinin hayvan üzerindeki mülkiyet hakkına dayanır. Genellikle hayvan bulunduran, hayvanın malikidir⁴⁵. Ancak hukuki hakimiyet bulunmasa dahi hayvan üzerinde fiili hakimiyetin bulunması halinde hayvan bulunduran olarak sorumluluk oluşmaktadır⁴⁶. Fiili hakimiyetten anlaşılması gereken husus, hayvan

³⁸ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 377; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 81; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 70.

³⁹ Kayıhan ve Ünlütepe, *Borçlar Genel*, 259; Kaleli, “II,” 523; Eren, *Borçlar Genel*, 627; Nomer, *Borçlar Genel*, 184; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2019), 138.

⁴⁰ Yüce, “Roma ve Türk,” 417; Kaleli, “II,” 523; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241.

⁴¹ Kaleli, “II,” 523; Eren, *Borçlar Genel*, 726; Yüce, “Roma ve Türk,” 417. Kanaatimizce illiyet bağının kesilmesinin kurtuluş kanıtı olarak isimlendirilmesi fikrine katılmak mümkün değildir. Kurtuluş kanıtı, özen sorumluluklarında, özen yükümlülüğünün yerine getirilmesini ifade eden bir kavramdır. İllyet bağının kesilmesi için kurtuluş kanıtı teriminin kullanılmasının bir faydası olmadığı gibi kavram kargaşasına da sebep olur.

⁴² Bş. III, C.

⁴³ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 83; Nomer, *Borçlar Genel*, 213.

⁴⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 722; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 372; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 81; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 57-58; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 84.

⁴⁵ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 67; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 83.

⁴⁶ Erdoğan, *Borçlar Genel*, 151; Eren, *Borçlar Genel*, 721; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 84; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 67; Nomer, *Borçlar Genel*, 213; Kayıhan ve Ünlütepe, *Borçlar Genel*, 300.

bulunduranın dolaysız zilyet⁴⁷ olmasıdır⁴⁸. Hakimiyet süresinin hayvan bulunduranın tespiti açısından bir önemi yoktur⁴⁹. Doktrinde, hayvan üzerindeki hakimiyeti kısa süreli olan kişinin hayvan bulunduran olarak nitelendirilemeyeceğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır⁵⁰. Fakat diğer bir görüşe göre kanunda hakimiyetin sürekliliğine ilişkin bir şart aranmadığından kısa süreli hakimiyetlerde de hayvan bulunduran olarak nitelendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁵¹.

Hayvan bulunduran kavramı, kanunun ifadesiyle bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişiyi ifade eder. Bir hayvanın bakımını ve yönetimini yapabilmek içinse bu hayvana hâkim olmak zorunlu bir unsurdur. Hâkim olmak ise hukuki veya fiili hâkimiyet şeklinde tezahür edebilir. Fiili hâkimiyetin zilyetlik şeklinde anlaşılması gerekirken⁵², hukuki hâkimiyet daha çok mülkiyet olarak karşımıza çıkar. Kanaatimizce hukuki hâkimiyeti sadece mülkiyete hasretmek ve onunla sınırlamak doğru değildir. Bir kimse malik olmadığı halde hukuki durumundan ötürü hayvanın bakımını veya yönetimini üstlenmiş kabul edilebilir. Mesela kiracının hayvanı alt kiraya vermesi durumunda somut olayın özellikleri destekliyorsa kiracının hayvan bulunduran olarak kabul edilebilmesi mümkün olmalıdır. Zira alt kiracı fiilen hayvanı kullanma ve yararlanma hakkını, kiracı ile yaptığı alt kira sözleşmesinden bir diğer deyişle kiracının hayvan üzerindeki hukuki hâkimiyetinden almaktadır. Bu durum malikin hayvanı kiraladığı halde hayvan üzerindeki hukuki hâkimiyeti sebebiyle hayvan bulunduran olmasına benzemektedir. Gerçekten kanun koyucu hayvan bulunduran kavramını düzenlerken TBK m. 67’de “*Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi...*” ifadesine yer vermiş ve mülkiyet kavramına bir

⁴⁷ Türk Medeni Kanunu madde 975’te dolaylı ve dolaysız zilyetlik tanımlanmıştır. Hükme göre: “*Bir şeyde fiili hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir.*”

⁴⁸ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 372; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 84; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 235-236; Nomer, *Borçlar Genel*, 213; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 66; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 58; Kayıhan ve Ünlütepe, *Borçlar Genel*, 300; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 286.

⁴⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 722; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 137; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 66; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 238; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 85; Şakir Kaleli, “I,” 336; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 373.

⁵⁰ Bilgi için bkz. Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 137.

⁵¹ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 66; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 238.

⁵² Eren, *Borçlar Genel*, 722.

atıfta bulunmamıştır⁵³. Kiracının hem asıl hem alt kira ilişkisinin tarafı olduğu düşünülürse hayvanın bakımını veya yönetimini üstlenen kişi olarak değerlendirilmesi kanaatimizce kanundaki düzenlemeye uygunluk arz eder.

Hayvan bulunduranda hakimiyet esasının aranmasındaki temel düşünce, kişinin ancak hakimiyet alanında bulunan şeylere gerekli özen ve bakımı gösterebilecek olmasıdır⁵⁴. Hayvan bulunduranın sorumluluğu menfaat esasına dayandırılırsa hayvan bulunduran, o hayvandan maddi veya manevi yarar sağlayan kişidir⁵⁵. Doktrinde hakimiyet ve menfaat esasları, hayvan bulunduranda beraberce değerlendirilmektedir⁵⁶.

1. 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanununda Hayvan Sahibi

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus ise hayvan sahibi kavramıdır. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununda hayvan bulunduran kavramı yerine hayvan sahibi kavramı tercih edilmiştir. Kanunda, hayvan sahibinin tanımı yapılmamakla birlikte m. 3(j)'de sahipli hayvan *“bir kişi, kuruluş, kurum ya da tüzel kişilik tarafından sahiplenilen, bakımı, aşıları, periyodik sağlık kontrolleri yapılan ve Bakanlık veri tabanına kaydedilen ev hayvanı”* şeklinde tanımlanmıştır. Kedi, Köpek ve Gelinciklerin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik m. 4/(c)'de ise ev hayvanı sahibi tanımlanmış olup; ev hayvanlarının mülkiyet hakkını üzerinde bulunduran 16 ve üzeri yaşta gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder. Bu maddelerden hareketle hayvan sahibini; ev hayvanının mülkiyet hakkına sahip olan, hayvanın düzenli

⁵³ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 84; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 67.

⁵⁴ Eren, *Borçlar Genel*, 695; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 56; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 30; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 50-52.

⁵⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 722; Kaleli, “I,” 334-335; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 372; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 86. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde özellikle satış sözleşmelerinde, menfaat esasının hayvan bulunduranın tespiti için her zaman doğru sonuç vermeyeceği yönünde eleştiriler mevcuttu. Özellikle satış sözleşmesinin kurulması ile yarar ve hasarın alıcıya geçtiği eBK m. 183 düzenlemesinde hayvanın tesliminin gerçekleşmediği durumlarda menfaat alıcıya geçmekte ancak alıcının fiili hakimiyeti sağlanmamaktaydı. Fakat TBK'nın yürürlüğe girişi ile söz konusu eleştiriler çözüme kavuşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaleli, “I,” 335; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 86.

⁵⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 722; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 58; Koroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 234-235; Kaleli, “I,” 336. Doktrinde bir görüşe hayvan bulunduranın fiili hakimiyeti sağlamış olması yeterlidir. Zira kanunda menfaat esasına yer verilmemiştir. Bkz. Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 65-66.

bakım ve sağlık kontrollerini yaptıran, 16 ve üzeri yaşta gerçek ve tüzel kişi olarak tanımlayabiliriz. Hayvanları Koruma Kanununda bahsi geçen hayvan sahibi ile TBK’da düzenlenen hayvan bulunduran kavramlarının birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir. Zira kişi, TBK’ya göre hayvanın fiili hâkimi olmakla hayvan bulunduran sıfatını kazanabilmekte iken⁵⁷ 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanun’a göre hayvan sahibinin hayvanın mülkiyet hakkına sahip olması gerekmektedir⁵⁸. Bir diğer fark da hayvanın bakımının süresine ilişkindir. Hayvanları Koruma Kanununda sahipli hayvandan bahsedilirken bakım ve aşıları yapılan, periyodik sağlık kontrolleri yapılan ifadesi kullanılmıştır. Buna göre hayvan sahibinin, hayvanın bakımı ile sürekli ve devam eden şekilde ilgilenmesi gerekmektedir. Ancak hayvan bulunduranın, hayvan üzerindeki hakimiyetinin geçici veya kısa süreli olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁵⁹. Böylece, hayvan bulunduran kavramının daha geniş ve hayvan sahibi kavramını kapsar tarzda, hayvan sahibi kavramının ise daha dar düzenlendiği görülmektedir. Her hayvan sahibi hayvan bulunduran olarak nitelendirilebilirken, her hayvan bulunduran hayvan sahibi olarak nitelendirilemeyecektir.

D. Hâkimiyet Altına Alınan Hayvan Kavramı

TBK m. 67’de bahsi geçen hayvan doktrinde hakimiyet altındaki evcil hayvanlar ve hakimiyet altına alınabilmeleri şartıyla vahşi hayvanlar olarak değerlendirilmektedir⁶⁰. Nitekim kanun lafzında yer alan “*bakım ve yönetimin üstlenilmesi*” ifadesinden anlaşılması gereken hayvanın hakimiyet altına alınmış bir hayvan olmasıdır. Her hayvan hakimiyet altına alınabilir. Dolayısıyla hakimiyet altına alınabilme şartı, itaat etme olarak değerlendirilmemelidir⁶¹. Nitekim bu husus esasen hayvanı bulundurma - bakım ve yönetiminin üstlenilmesi ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Kişi

⁵⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 721; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 84; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 67.

⁵⁸ Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 20.

⁵⁹ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 373; Eren, *Borçlar Genel*, 722; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 137; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 83; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 66; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 238; Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 286.

⁶⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 723; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 374; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 55; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 60; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 226-227; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 50.

⁶¹ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 76.

ancak kendi hakimiyeti altındaki bir hayvanın bakım ve yönetimini üstlenebilir ve ona gerekli dikkat ve özeni gösterebilir⁶². Bir sirk gösterisi için eğitilen fil ve hayvanat bahçesinde tutulan fil farklı yönlerden hakimiyet altına alınmış hayvan olarak örnek gösterilebilir. Kuş, balık, yılan, kedi, köpek gibi hayvanların yanında maymun, timsah, arı kovanındaki arılar, tarantula gibi hayvanlar da bu madde kapsamına girer⁶³.

Tahta kurusu, pire, bakteri gibi türlerin madde kapsamına girip girmeyeceği konusunda ise doktrinde ikili ayrım yapılmaktadır⁶⁴. Eğer kişinin üzerinde bulunan pire birine bulaşırsa hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamına girmemektedir. Zira kişi üzerinde pire bulunduğunu bilmiyor olabilir. Biliyorsa dahi bu artık hayvan bulunduranın sorumluluğu olarak değil kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmelidir⁶⁵. Ancak deney maksadıyla bir laboratuvarında tutulan bakterilerin TBK m. 67 kapsamına gireceği ifade edilmektedir⁶⁶. Örneğin aşı çalışmalarında veya tarımsal gübrelerde kullanılan bakteriler bu kapsamda değerlendirilebilirler. Afrika katil böceği, turuncu uzun antenli böceği, asya kaplan sivrisineği gibi tehlikeli cinsten haşerat kanaatimizce pireler ve virüsler gibi değerlendirilmemeli, hayvan bulunduranın sorumluluğuna tabi olmalıdır. Zira bunlar hukuken veya fiilen hâkimiyet altına alınmaya elverişlidirler.

E. Hayvan Hareketi

Sorumluluğun oluşması için hayvan davranışının, bir insan komutundan kaynaklanmamış olması gerekmektedir. Hayvan davranışı içgüdüsel olmalıdır⁶⁷. Kanun normunun koruma amacı, hayvanın fitri hareketlerinden doğan zararlardan sorumluluktur. Bir köpeğe ısır komutunun verilmesi, jokeyin ata ani dönüş ve manevralar yaptırması sonucu ortaya çıkan

⁶² Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 370; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 56; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 30; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 50.

⁶³ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 374; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 77; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 56; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 50.

⁶⁴ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 56; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 77.

⁶⁵ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 78; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 57.

⁶⁶ Kaleli, “I,” 326; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 57; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 79.

⁶⁷ Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 228; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Yüce, “Roma ve Türk,” 416; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 59; Kaleli, “I,” 329; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 61; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 79; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 376; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 49.

zararlarda, hayvan vasıta olarak kullanıldığı için hayvan bulunduranın değil, kusur sorumluluğu gündeme gelecektir⁶⁸. Yolun bozukluğu sebebiyle hayvanın ayağının kayıp zarara sebebiyet vermesi durumunda TBK m. 67 uyarınca sorumluluk meydana gelmez. Nitekim burada da hayvanın içgüdüsel bir davranışı yoktur⁶⁹. Ancak atın gözüne sinek girmesi ya da silah sesinden korkması sonucu atın çifte atması halinde TBK m. 67 uygulanacaktır⁷⁰.

Sürüde yer alan bir hayvanda bulunan bulaşıcı bir hastalığın başka bir kişinin hayvanlarına bulaşması durumunda da ortaya çıkan zararın tazmini için hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilemez⁷¹. Nitekim burada hayvanın içgüdüsel bir hareketi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda şartların sağlanması halinde TBK m. 49 uyarınca kusur sorumluluğu gündeme gelebilmektedir⁷². Böylece hayvanın fitri hareketlerine girmeyen davranışlarından ortaya çıkan zararlarda kurtuluş kanıtı söz konusu olmayacak, değerlendirilmesine ihtiyaç da olmayacaktır.

F. Sahipsiz Hayvanlarda İdarenin Sorumluluğu

Sokak hayvanlarının sayısının artmasıyla birlikte bu hayvanların sebep olduğu zararlar da gün geçtikçe artış göstermektedir. Sahipsiz hayvanların bakım ve yönetimi doğrudan bir kişi veya kurum tarafından üstlenilmemiş olmakla birlikte Hayvanları Koruma Kanununun 4. maddesinde yerel yönetimlere belirli sorumluluklar yüklenmiştir. Söz konusu düzenleme “*Yerel yönetimler, gönüllü kuruluşlarla iş birliği içerisinde, sahipsiz hayvanların sahiplendirilinceye kadar bakımları için hayvan bakımevleri kurarak onların bakımlarını ve tedavilerini sağlar ve eğitim çalışmaları yapar. Ayrıca*

⁶⁸ Kaleli, “I,” 329-330; Eren, *Borçlar Genel*, 724; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 229; Yüce, “Roma ve Türk,” 416; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 60; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 61-62; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 80.

⁶⁹ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 81; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 61-62; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 229; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 60; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 376.

⁷⁰ Kaleli, “I,” 329; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 229; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 61; Yüce, “Roma ve Türk,” 416; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 59.

⁷¹ Eren, *Borçlar Genel*, 724; Kaleli, “I,” 330; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 60; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 80; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 229; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 62.

⁷² Eren, *Borçlar Genel*, 724; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 60; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 229; Kaleli, “I,” 331; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 80.

yerel yönetimler, ilgili karar organının uygun görmesi halinde hayvan hastanesi kurar.” şeklindedir. Bu hüküm, yerel yönetimlere sahipsiz hayvanların bakımı, tedavisi ve sahiplendirilmesi süreçlerinde aktif bir rol üstlenme zorunluluğu getirmektedir.

Ayrıca HKK ek madde 1’de “*Yerel yönetimlerin sorumluluğu*” ve m. 6 “*Sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanların korunması*” başlıklı maddelerde daha detaylı düzenlemeler yer almaktadır⁷³. Buna göre büyükşehir belediyeleri, il belediyeleri ve nüfusu yirmi beş bini aşan belediyeler; sahipsiz, güçten düşmüş ya da tehlike arz eden hayvanların korunması, bakımı ve rehabilitasyonu amacıyla hayvan bakımevleri kurmak zorundadır. Bu hayvanların bakımevine alındıktan sonra bakanlık veri sistemine kaydedilerek, sahiplendirilene kadar bu alanlarda barındırılması gerekmektedir. Aynı maddede hayvan bakımevlerinin kurulması için gerekli işlemleri yapmayan belediyeler için hapis cezası öngörülmektedir.

Hayvanların Korunması Hakkında Uygulama Yönetmeliğinde ise il şube müdürlüğü, il hayvanları koruma kurulu, yerel yönetimler, sorumlu veteriner hekimler ve özel hayvan yaşam evlerinin yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş; hayvan bakımevlerinde bulunması gereken asgari şartlar belirtilmiştir. Bu bağlamda HKK ve ilgili yönetmelik uyarınca sahipsiz hayvanların korunması hususunda birçok idari kurumun yükümlülük sahibi olduğu görülmektedir⁷⁴. Ancak sahipsiz hayvanların sebep olduğu zararlarda idarenin TBK m. 67 uyarınca hayvan bulunduran sıfatıyla sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, idarenin hayvan bulunduran olarak kabul edilmesi gerekir⁷⁵. Nitekim TMK m. 715 “*Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar*

⁷³ Sencer Abdullah Akkoyunlu, “Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, 46 (2022): 11.

⁷⁴ Elif Altınok Çalışkan, “Sahipsiz Hayvanların Verdiği Kimi Zararlar Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu,” *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, 2 (2023): 299.

⁷⁵ Umut Metin, “6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu,” *İstanbul Barosu Dergisi* 86, 5 (2012): 255; Bu durumu kamu tüzel kişisi olarak devlet organlarının hayvan üzerinde karar verme yetkisine sahip olmasına bu durumun devletin hayvanın yönetimini ve bakımını üstlenmiş olduğu anlamına geldiğine dayandıran yazar için Bkz. Aycan Çınar, “Hayvan Bulunduran Kavramı,” 110.

gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.” hükmü sahipsiz malların devlete ait olduğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla sahipsiz hayvanların bu kapsamın dışında bırakılması temelde yatan anlayışa ters düşmektedir⁷⁶. Doktrindeki çoğunluk görüşe göre; madde metninde geçen “bakım ve yönetimini üstlenme” şartı sahipsiz hayvanlar bakımından gerçekleşmediğinden idari merciler hayvan bulunduran olarak sorumlu tutulamaz⁷⁷. Ancak idarenin HKK’de ve yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda hizmet kusurundan bahsedilebilir⁷⁸. Bu durumda ise hangi kurumun zarardan sorumlu olduğu hususu gündeme gelmektedir. Nitekim sahipsiz hayvanların korunmasıyla ilgili olarak birden fazla idari kurumun yükümlülüğü bulunmaktadır. Danıştay’ın bu konudaki birçok kararında belediyeler ve valilikler müteselsil sorumlu tutulmaktadır⁷⁹.

Kanaatimizce hizmet sorumluluğundan ayrı olarak idarenin hayvan bulunduran sıfatının da kabul edilmesi gerekmektedir. Zira HKK’de yer alan düzenlemelerde idareye, sahipsiz hayvanların sahiplendirilene kadar bakım ve yönetimini üstlenme ödevi yüklenmektedir. Böylece sahipsiz hayvanlardan idare sorumlu olmalıdır kanaatindeyiz. Dolayısıyla bakımevine alınmış hayvanların vermiş olduğu zararlarda idarenin hayvan bulunduran sıfatını evleviyetle kabul etmek gerekir. Nitekim idare, bakım ve rehabilitesini gerçekleştirmek üzere hayvanı kendi hakimiyeti altına almış durumdadır. Ayrıca belediye tarafından toplanarak kısırlaştırılan hayvanların tekrar kamusal alana bırakılması ve bu hayvanların bir zarara sebep olması halinde de idarenin hayvan bulunduran olarak sorumluluğu devam etmelidir⁸⁰. Zira

⁷⁶ Metin, “Hayvan Bulunduran,” 255.

⁷⁷ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 68; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 19; Metin, “Hayvan Bulunduran,” 256.

⁷⁸ Danıştay kararları da bu yöndedir. Bkz. Fatih Kırışık ve Kübra Öztürk, “Şiddet Haberlerinden Hayvan Haklarına, Sahipsiz Köpek Sorunu”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 69 (2021): 369. Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 68-69; Metin, “Hayvan Bulunduran,” 256; Altınok Çalışkan, “Sahipsiz Hayvanlar,” 315 vd.

⁷⁹ Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 19; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 69-70; D. 8. D, E.2020/7528, K.2021/1532, 12.03.2021; D. 8. D, E.2019/1090, K.2023/2424, 26.04.2023; D. 8. D, E.2018/3822, K.2022/5008 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

⁸⁰ Danıştay bir kararında; yerleşim yerlerinden alınan sahipsiz hayvanların gerekli bakım ve kontrollerinin yapıldıktan sonra tekrar yerleşim yerlerine veyahut bu merkezlerin yakınına bırakılması halinde bu alanın hayvanın doğal yaşam alanı sayılamayacağına ve dolayısıyla

idare, sahihsiz hayvanın bakım ve yönetimini üstlenmek zorundadır. Sonrasında hayvanın objektif özen gösterilmeksizin ve hatta Hayvanları Koruma Kanunundan doğan yükümlülüklerle aykırı olarak terk edilmesi yalnızca hizmet kusuru olarak değil, TBK m. 67 uyarınca hayvan bulunduranın sorumluluğu olarak da nitelendirilmelidir. İdare, kamu tüzel kişisi olarak bakım ve yönetimini üstlendiği hayvanların sebep olduğu zararlarda ise hayvan bulunduran olarak nitelendirilmektedir. Örneğin arama kurtarma köpeğinin yoldan geçen çocuğu ısırması halinde devlet, TBK m. 67 uyarınca sorumludur⁸¹.

III. KURTULUŞ KANITININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hayvan bulunduranın kurtuluş kanıtı getirmemiş olması sorumluluğun üçüncü özel şartıdır⁸². Türk Borçlar Kanunu m. 67/II'de "*Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.*" şeklinde belirtilmekle hayvan bulundurana kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmıştır⁸³. Bu husus sorumluluğu yumuşatmakla birlikte zararın ortaya çıkması halinde hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünün yerine getirmediği karinesini oluşturmaktadır⁸⁴. Hayvan bulunduranın göstermekle yükümlü olduğu özen ölçüsünün ne olduğu kanunda belirtilmemiştir. Yine doktrinde illiyet bağının kesilmesi ikinci tür kurtuluş

idarenin sorumluluğunun devam edeceğine karar vermiştir. D. 8. D, E.2018/3822, K.2022/5008 (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>). Her ne kadar anılan karar idarenin hizmet kusuruna ilişkin olsa da kararın hayvan bulunduranın sorumluluğunda da esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Danıştayın benzer yönde kararları ve bu kararlara karşı yorumlar için bkz. Akkoyunlu, "Mahalli İdareler," 45 vd.

⁸¹ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 372; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 90; Yıldırım, "Hayvan Bulunduran," 20; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 67.

⁸² Kaleli, "II," 521-522; Eren, *Borçlar Genel*, 725; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 238; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 57; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 54.

⁸³ Eren, *Borçlar Genel*, 725; Kasap, "Güncel Gelişmeler," 139; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 82; Yüce, "Roma ve Türk," 417; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 238.

⁸⁴ Takcı, "Hayvan Bulunduran," 82; Eren, *Borçlar Genel*, 725; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 99. Olağan sebep sorumluluklarında özen yükümlülüğünün yerine getirildiği hususunda ispat yükü tersine çevrilmiştir. Bkz. Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 12; Brudermüller, Ellenberger, Gotz, Grüneberg, Herrler, Sprau, Thorn, Weidenkaff, Weidlich ve Wicke, *Beck'sche Kurz Kommentare*, 1470; Deutsch, *Allgemeines*, 414. Buna karşılık zararı ve zararın hayvan hareketinden kaynaklandığı ispat yükü zarar görendedir. Bkz. Y. 3. HD, E.2017/2486, K.2018/11980, 22.11.2018, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>).

kanıtı olarak değerlendirilmektedir⁸⁵. Böylece doktrin ve Yargıtay kararları ışığında kurtuluş kanıtında farklı durumlara göre özen ölçüsü ve illiyet bağının kesilmesinin bir kurtuluş kanıtı olup olmadığı değerlendirilecektir.

A. Gerekli Özenin Gösterildiğini İspat

1. Hayvan Bulunduran Bakımından

Kurtuluş kanıtı, hayvan bulunduranın gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulmasıdır⁸⁶. Hayvan bulunduranın göstermesi gereken dikkat ve özenin ölçütü belirlenirken hayvan bulunduranın eğitimi, yetenekleri veyahut tecrübesi gibi hususlar dikkate alınmaz. Dolayısıyla hayvan bulunduran açısından özen yükümlülüğü belirlenirken, hayvan bulunduranın şahsı bakımından objektif hareket edilmektedir⁸⁷. Makul ve ortalama bir hayvan bulunduranın söz konusu hayvan üzerindeki davranışı esastır. Durumun şartlarına göre hayvan bulunduranın gerekli özen ve bakım ödevini yerine getirmesi gerekmekte olup örf ve âdete uygun davranmış olması özen yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamını taşımamaktadır⁸⁸. Aslında bu hususla ilgili kanunda açık bir düzenleme yoktur. Konu doktrin ve

⁸⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 725-726; Yüce, “Roma ve Türk,” 417; Kaleli, “II,” 523; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 99.

⁸⁶ Eren, *Borçlar Genel*, 725; Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, 101; Yüce, “Roma ve Türk,” 417. Ayrıca bkz. Yargıtay, köpeğin havlaması nedeni ile korkarak yola koşan davacının, oradan geçen bir aracın çarpması sonucu yaralandığı olayda davalının eylemi ile davacının yaralanması arasındaki illiyet bağının kesildiğinden ve davalının üzerine düşen her türlü özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir. Y. 3. HD, E.2019/5358, K.2020/1128, 12.02.2020, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

⁸⁷ Eren, *Borçlar Genel*, 726; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 378; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 96; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 83; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 53; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 63. “Gözetim ödevinin her an kesintisiz yerine getirilmesi şart değildir. Buradaki ölçü somut duruma göre gerekli zamanlarda zorunlu bakım, yönetim, gözetim ve denetimdir. Bulunduran veya yardımcısının bakım, denetim ve gözetimi fiilen yapması gerekir. Özen veya gözetim ödevi subjektif olmayıp objektif niteliktedir.”, Y. 3. HD, E.2019/5358, K.2020/1128, 12.02.2020, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

⁸⁸ Kaleli, “II,” 522; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 140; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241; Y. 17. HD, E.2016/13645, K.2017/6150, 31.05.2017, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>) kararında başıboş bırakılan büyükbaş hayvanın arabaya çarpması sonucu meydana gelen olayda “Somut uyumsuzlukta, davalının hayvan tutucusu olduğu konusunda uyumsuzluk bulunmamakta olup, durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğu kanıtlanmamış, başıboş büyükbaş hayvanın kazaya neden olduğu anlaşılmıştır.” şeklinde karar vermiştir.

yargı kararlarıyla bu yönde ilerlemiştir⁸⁹. Bununla beraber hayvan bulunduranın şahsı bakımından objektif hareket edilse de hayvan bulunduranın içinde bulunduğu durum bakımından subjektiflik esas olmalıdır. Bu somut olay adaletine daha uygun olur. Mesela arıları saldırganlaştıran bir ortamda arıcılık yapan bir kimse ile olağan bir ortamda arıcılık yapan kimsenin özen yükümlülüğü farklı değerlendirilmelidir.

Kanaatimizce üstün yetenekli kimseler bakımından, somut olay destekliyorsa özen yükümlülüğünün daha yüksek seviyede aranması kapısı açık tutulmalı ve subjektiflik belirli sınırlarda kabul edilmelidir. Örneğin mesleği köpek bakımı olan birisi, zararın ortaya çıkmaması bakımından bunu engelleyebilecek sıradan insanların bilmediği daha pek çok şey bilmektedir. Bu kimse bakımından özen yükümlülüğünün daha yüksek bir çıtada aranması kanaatimizce daha doğru olur. Zira bunca bilgisine rağmen bunları kullanmaması ve hayvanının zarara sebep olması kendisi bakımından esasında bir özensizlik teşkil edecektir. Bu gibi üstün yetenekli kimseleri korumaktansa zarar göreni korumak, haksız fiil düzenlemesinin özellikle kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin ruhuna daha uygun olur. Zira kusursuz sorumluluk halleri, mağduru korumaya yönelmiş sorumluluk çeşitleridir.

a. Birden Fazla Hayvan Bulunduran Bakımından

Birden fazla hayvan bulunduran olması da mümkündür⁹⁰. Bir hayvanın bakımı ve yönetimi birden fazla kişi tarafından sağlanıyorsa, bu kişiler hayvanın vereceği zarardan müteselsilen sorumlu olmaktadır⁹¹. Bu husus kurtuluş kanıtı açısından da önem arz etmektedir. Zira, hayvan

⁸⁹ Hayvanların tıra yüklendiği sırada bir ineğin kaçarak trafik kazasına sebebiyet vermesi ile ilgili bir olayda; davacı, yükleme yapılan tır içinde hayvanları iple bağlamış ancak aracın üstünde branda ya da ağ örtüsü gibi engelleyici bir malzeme koymamıştır. Hayvanların araca yükleme işinin yapıldığı yerin, araç trafiğinin yoğun olduğu ana yola 30 metre mesafede bulunduğu tespit edilmiştir. Yargıtay bu kararında, davacı tarafın hayvanın sebep olduğu zararın oluşmaması için her tür tedbiri aldığına ilişkin kurtuluş beyyinesinden yararlanma şartlarının oluşmadığına karar vermiştir. Y. 17. HD, E.2015/5736, K.2015/13018, 30.11.2015, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

⁹⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 723; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 75; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 373; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 88; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 137; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 238; Aycan Çınar, “Hayvan Bulunduran Kavramı,” 117.

⁹¹ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 373; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 137; Eren, *Borçlar Genel*, 723; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 20; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 238; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 89.

bulunduranlardan birisinin gerekli özeni göstermiş olması ancak diğerinin göstermemiş olması halinde kurtuluş kanıtının her iki hayvan bulunduran açısından da geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Böylece farklı hayvan bulunduranların içinde bulunduğu şartlara göre özen yükümlülüğü ayrı ayrı tespit edilmelidir. Mesela köpeğini kiraya veren malikin özen sorumluluğu bizzat dolaysız zilyet olan malikten farklı değerlendirilmelidir.

Hayvan bulunduranlardan biri gerekli özeni gösterdiği takdirde, bu hayvan bulunduran bakımından sorumluluk söz konusu olamayacaktır. Ancak gerekli özeni göstermemiş olan hayvan bulunduran bakımından sorumluluk devam edecektir. Hayvan bulunduran gerçek veyahut tüzel kişi olabilir⁹². Örneğin; hayvanat bahçeleri hayvan bulunduran tüzel kişisi iken narkotik köpeğinin birini ısırması durumunda da devlet tüzel kişisi TBK m. 67 uyarınca sorumlu olacaktır⁹³.

Yardımcı kişilerin hayvan bulunduran olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda ise hayvan bulunduran ve yardımcı kişi arasındaki ilişkiye göre değerlendirme yapmak gerekmektedir⁹⁴. Yardımcı kişi, hayvan bulunduranın emir ve talimatları doğrultusunda hareket ediyorsa, yani zilyet yardımcısı ise hayvan bulunduran olarak nitelendirilemeyecektir⁹⁵. Zira burada yardımcı kişinin hakimiyeti bulunmamakta olup hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünden bahsedilir. Yardımcı kişinin, olayda kusuru mevcutsa TBK m. 49 uyarınca sorumluluğuna gidilebilir⁹⁶. Bu halde hayvan bulunduran, kusur oranında yardımcı kişiye rücu edebilir⁹⁷. Başkası

⁹² Eren, *Borçlar Genel*, 722; Kaleli, "I," 336; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 373; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 67; Kasap, "Güncel Gelişmeler," 137; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 237; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 57; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 89; Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduran Kavramı," 109-110.

⁹³ Benzer yönde bkz. Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduran Kavramı," 110.

⁹⁴ Kasap, "Güncel Gelişmeler," 137; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 72.

⁹⁵ Eren, *Borçlar Genel*, 723; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 236; Kaleli, "I," 340; Yıldırım, "Hayvan Bulunduran," 14; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 58; Kasap, "Güncel Gelişmeler," 137; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 71-72; Tuğçe Oral, "Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5, 16 (2014): 331; Erdoğan, *Borçlar Genel*, 151; Kayıhan ve Ünlütepe, *Borçlar Genel*, 300.

⁹⁶ Kaleli, "I," 341; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 237; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 91; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 71; Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduran Kavramı," 112.

⁹⁷ Kaleli, "I," 341; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 71; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 237; Kasap, "Güncel Gelişmeler," 137; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 91.

adına zilyet konumunda bulunan; veteriner hekim, hayvanı taşıyan nakliyatçı gibi kişiler ise hayvan bulunduran olarak nitelendirilmektedirler⁹⁸.

Hayvan bulunduranın sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğuyla veya ifa yardımcısının fiilinden sorumlulukla aynı anda gerçekleşebilir. Bu gibi durumlarda hakların yarışması söz konusu olur. Mesela A, B'nin evini boyayacaktır. A, B ile arasındaki sözleşmeye göre yardımcı kişi kullanabilecektir. A evi boyaması için ifa yardımcısı C'yi göndermiştir. C aynı zamanda A'nın köpeğini birkaç günlüğüne ödünç olarak almış ve evi boyamaya bu köpeklerle beraber gitmiştir. A, köpeği teslim ederken köpeğin son derece saldırgan olduğu hususunda C'yi uyarınmıştır. Köpek ev sahibi B'yi ısırıştır. Bu olayda A hayvanın hukuki hâkimi olarak özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için hem hayvan bulunduran olarak sorumludur hem de kanaatimizce ifa yardımcısının fiilinden dolayı da sorumlu olur⁹⁹. İki sorumluluk arasındaki önemli fark ise TBK m. 67/2 uyarınca hayvan bulunduran özen ödevini yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecekken, TBK m. 116 gereğince, yardımcı kişilerin sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilememektedir¹⁰⁰ Hatta bu örnekte adam çalıştırmanın

⁹⁸ Zira başkası adına zilyetlikte hayvan üzerinden hakimiyet ilişkisi kurulmuştur. Kasap, "Güncel Gelişmeler," 137-138; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 58; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 92; Tacı, "Hayvan Bulunduran," 72; Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduran Kavramı," 113.

⁹⁹ Doktrinde ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk için bir diğer şartın da ortaya çıkan zararın ifa fiiliyle ilgili olması gerektiği söylenmektedir. Bu fikre göre, ifa vesilesiyle olsa bile borç ilişkisi dışında işlenmiş bir fiil ile ortaya çıkan zarardan dolayı ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk olmaz. Bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 434; bu fikre göre söz konusu örnekte köpek ısırması ifa fiili ile ilgili olmadığı için ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk da ortaya çıkmayacaktır. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nasıl ki ifa fiiliyle ilgili olmasa bile ifa sırasında kişi karşı tarafa verdiği zararlardan koruma yükümlülüğü kapsamında, TBK m. 112 kapsamında veya sözleşme ayakta değilse culpa in contrahendo ile TMK m. 2 kapsamında sorumlu tutulmakta ise ifa yardımcısının, ifa sırasında karşı tarafın şahıs ve malvarlığına verdiği her zarardan da TBK m. 116 kapsamında sorumluluk söz konusu olmalıdır. Borçlunun bizzat verdiği zararda, bu zarar haksız fiil kapsamına girse bile sözleşme kapsamında sorumluluğu kabul ediliyorsa aynı durum yardımcı kişinin verdiği zararlar için de geçerli olmalıdır. Aynı yönde Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 1203; Ayrıca zararlı fiili yapan bizzat ifa yardımcısı olmasa bile, köpeği ifa yerine götürme fiili, borcun ifası fiili sırasında yapılmıştır. Zarar ile bu davranış arasında uygun illiyet bağı olduğu için sorumluluğu geniş tutarak ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğu da kabul etmek kanaatimizce isabetli olacaktır. Aynı yönde bkz. Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduran Kavramı," 111.

¹⁰⁰ Aycan Çınar, "Hayvan Bulunduran Kavramı," 111.

sorumluluğunun şartları varsa bu sorumluluk da gerçekleşir. Böylece burada sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunu kabul etmek gerekir.

2. Hayvan Bakımından

a. Hayvan Çeşitleri Bakımından

Hayvan bulunduranın göstermesi gereken özen, her hayvan için subjektif olarak değerlendirilmelidir¹⁰¹. Özen yükümlülüğünün hayvan bakımından subjektif değerlendirilmesi, kurumun mahiyetinin düzenlenme amacının zorunlu kıldığı bir husustur. Nitekim hayvanın kilosuna, türüne, yaşadığı yere, yaşına göre gösterilmesi gereken özenin derecesi değişiklik göstermektedir¹⁰². Yargıtay kararları da isabetli olarak bu yöndedir¹⁰³. Vahşi bir hayvana gösterilmesi gereken özenin derecesi ile evcil veya evcilleştirilebilen bir hayvana gösterilmesi gereken özen derecesi farklıdır¹⁰⁴. Örneğin bir kediye gösterilmesi gereken özenin derecesi ile bir aslana gösterilmesi gereken özenin derecesi farklıdır. Yine pitbull cinsi bir köpeğe gösterilmesi gereken özen ve küçük ırk köpeğe gösterilmesi gereken özen de aynı olmayacaktır. Nitekim tehlikeli ırk köpek gezdirilirken; başkalarına zarar vermesinin engellenmesi adına takılacak tasmanın dayanıklı olması gerekirken küçük ırk bir köpeğe tasma takılması dahi gerekmeyebilir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Eren, *Borçlar Genel*, 725; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139; Kaleli, “II,” 522; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 96; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 240; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 83; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 53-54.

¹⁰² Kaleli, “II,” 522; Eren, *Borçlar Genel*, 725; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 139; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 83; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 240; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 96; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 378. “Özenle gözetim, hayvanın cinsine, özellikle huyuna göre takdir edilir.”, Y. 3. HD, E.2016/21918, K.2018/9278, 01.10.2018; Y. 3. HD, E.2016/8953, K.2018/387, 22.01.2018, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

¹⁰³ Bkz. Y. 3. HD, E.2016/21918, K.2018/9278, 01.10.2018; Y. 3. HD, E.2016/8953, K.2018/387, 22.01.2018, “Özenle gözetim, hayvanın cinsine, özellikle huyuna göre takdir edilir.”, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>); “Özen ve gözetimin derecesi somut olaydaki durum ve şartlara, hayvanın huyu, cinsi, yaşı, tehlikeliliği ve tepkisi gözönünde tutularak değerlendirilmelidir.”, Y. 3. HD, E.2019/5358, K.2020/1128, 12.02.2020, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

¹⁰⁴ Kaleli, “II,” 522; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 83; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 97.

¹⁰⁵ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 140; Kaleli, “II,” 522; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 97.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununa 09.07.2021 tarihinde getirilen geçici madde 3 ve bu maddeye bağlı olarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından 07.12.2021 tarihinde çıkarılan 2021-48 sayılı Tehlike Arz Eden Hayvanlar ile ilgili genelgede, belirli cins hayvanlar için alınması gereken bazı önlemler, yasaklar ve yükümlülükler belirlenmiştir¹⁰⁶. Genelgede, kanunda yer alan

Pitbull Terrier, Japanese Tosa, Dogo Argentino, Fila Brasileiro tehlikeli ırklarına ek olarak American Staffordshire Terrier ve American Bully ırkları da sayılarak toplamda altı adet tehlikeli ırk köpek ve melezlerinin hangi şartlarda bulundurulabileceği düzenlenmiştir. Tehlikeli ırkların ülkeye girişi, beslenmesi, barındırılması, satımı ve üretimi yasaklanmıştır. Ancak geçici madde 3 ve genelge yürürlüğe girdiği tarihte bu ırkları ellerinde bulunduranlar, hayvanları kısırlaştırmak zorundadır. Bununla beraber anılan hükümler gereğince kısırlaştırılan ve kayıt altına alınan tehlikeli ırk hayvanlar; kayıt belgesiz, ağızlıksız ve tasmasız dolaştırılamaz. Halkın yoğun olarak bulunduğu yerler ve çocuk oyun alanlarına sokulamaz¹⁰⁷. Bu hükümlere aykırı davranan hayvan sahipleri için idari para cezası öngörülmüştür. Anılan düzenleme TBK'da yer almıyor olmakla birlikte hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünün tespitinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Zira hayvanın tehlikeli ırklardan olması halinde, hayvan bulunduran genelgede belirtilen esaslara uymamışsa özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilemez¹⁰⁹.

b. Hayvanın Özellikleri Bakımından

Kurtuluş kanıtının değerlendirilmesinde yalnızca hayvanın çeşiti değil hayvanın kendine has özellikleri de dikkate alınmalıdır¹¹⁰. Bu hayvanın eğitilebilirliği ve yaşama şartlarından ortaya çıkmış olabileceği gibi kendi yaratılış özelliklerinden de kaynaklanıyor olabilir. Örneğin; birinin sürekli kulübesine bağlı, diğerinin ise her gün gezmeye çıkarıldığı aynı cins iki

¹⁰⁶ Ahmet Kılıç, "Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve "Non Bıs In Idem" İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi," *NEÜHFD* 5, 2 (2022): 628; Kasap, "Güncel Gelişmeler," 140.

¹⁰⁷ Kasap, "Güncel Gelişmeler," 140.

¹⁰⁸ Kasap, "Güncel Gelişmeler," 140.

¹⁰⁹ Kasap, "Güncel Gelişmeler," 140.

¹¹⁰ Kaleli, "II," 522; Kasap, "Güncel Gelişmeler," 140; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 98; Yıldırım, "Hayvan Bulunduran," 54.

köpeğe gösterilmesi gereken özen farklıdır¹¹¹. Zira köpeklerden biri insanlara alışık ve sosyalleşmiş bir hayvan iken diğeri insanlara karşı saldırgan davranışlar sergileyebilecektir. Yaşam şartları ve cinsi aynı olan hayvanlarda dahi birinin saldırgan huylu, diğerin ise uysal olması mümkündür. Bu halde de saldırgan huylu bir hayvana gösterilmesi gereken özenin derecesi, uysal olana gösterilmesi gereken özenden farklı olacaktır. Özen yükümlülüğünün tespitinde hayvana ait ferdi özelliklerin, bilhassa hayvanın saldırgan olması veya zarar vermeye yatkın ve kabiliyetli olması gibi durumların hâkim tarafından dikkatle gözetilmesi gerekir. Kanaatimizce hayvanın olağandan fazla uysal olması durumunda özen yükümlülüğü ölçüsü mağdur aleyhine olarak azaltılmamalı ancak olağandan fazla saldırgan hayvanlar bakımından özen yükümlülüğü hassasiyetle araştırılmalı ve artırılmalıdır. Bu yaklaşım kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin ruhuna daha uygun olacaktır.

c. Kaçan, Terk Edilen ve Ülkeye Dahil Edilen Tehlikeli Hayvan Bakımından

Hakimiyet altındayken kaçan veya terk edilen hayvanın vermiş olduğu zararlarda da hayvan bulunduranın özen yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Hayvanın başkasına zarar vermemesi için gerekli önlemler alınmadan terk edilmesi halinde hayvan bulunduran TBK m. 67 uyarınca sorumlu olacaktır¹¹². Alınacak önlemler, hayvanın cinsine göre değerlendirilmelidir¹¹³. Özellikle kırsal kesimlerde özen yükümlülüğüne aykırı olarak başıboş bırakılması yerel adete göre normal olan hayvanlarda dahi bu hayvanların verdiği zarardan hayvan bulunduran sorumlu olacaktır¹¹⁴. Nitekim hayvan bulunduranın sorumluluğunda örf ve âdete uygunluk özen yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmemektedir¹¹⁵. Örneğin

¹¹¹ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 140; Kaleli, “II,” 522.

¹¹² Nitekim hayvanın terk edilmesi sırasında hayvan bulunduran, hayvanın başkalarına zarar verebileceği ihtimalini düşünerek hareket etmelidir. Bu husus dikkate alınmadan hayvanın terk edilmesi halinde hayvan bulunduran özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Kaleli, “I,” 328; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 74; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 94; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 51.

¹¹³ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 94.

¹¹⁴ Kaleli, “II,” 522; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241. Aksi yönde görüş için bkz. Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 94-95.

¹¹⁵ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 84; Y. 17. HD, E.2015/5736, K.2015/13018, 30.11.2015; Y. 17. HD, E.2016/13645, K.2017/6150, 31.05.2017, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

koyunlarını otlatan hayvan bulunduranın koyunlarını salması ve koyunların araç yoluna çıkması halinde ortaya çıkan zararlardan hayvan bulunduran TBK m. 67'ye göre sorumlu tutulabilir¹¹⁶. Hayvanın terk edilmesi halinde Hayvanları Koruma Kanununda yer alan düzenlemelerin de özen yükümlülüğünün tespitinde dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim Hayvanları Koruma Kanunu geçici madde 3'te belirtilen tehlikeli ırk hayvanların kendilerine en yakın bakımevine bırakılabileceğini ve sokağa terk edilmesi halinde idari para cezası verileceği öngörülmüş iken madde 14/(n)'de ev hayvanının terk edilmesi yasaklanmıştır.

Kaçan hayvanlar bakımından yapılacak değerlendirme de özen yükümlülüğünün gösterilip gösterilmediğine yöneliktir. Hayvan bulunduran, hayvanın kaçmaması için gerekli özeni yerine getirmediği takdirde meydana gelecek zararlardan sorumludur¹¹⁷. Ancak kaçma ile terk etmeyi birbirinden ayırmak lazımdır. Kaçan hayvanlarda sorumluluk daha dar düşünülmelidir. Hayvanın kaçmaya başladığı an ve kaçmanın kesinleştiği an arasında ayırım yapılması gerekmektedir¹¹⁸. Hayvanın kaçma sırasında veyahut kaçma eylemi devam ederken verdiği zararlardan, gerekli özeni göstermeyen hayvan bulunduran sorumludur¹¹⁹. Nitekim hayvanın yakalanma ihtimali bulunmaktadır. Ancak kaçma eylemi son bulduktan sonra meydana gelecek zararlardan hayvan bulunduran TBK m. 67 kapsamında sorumlu değildir. Kaçma eyleminin, hayvanın kendi doğal ortamına döndüğünde kesinleştiği ve hayvan bulundurma ilişkisinin ortadan kalktığı belirtilmektedir¹²⁰. Kanaatimizce kaçmanın kesinleştiği andan sonra illiyet bağı kurulabiliyorsa kusur şartıyla TBK m. 49'dan sorumluluk devam etmelidir.

¹¹⁶ Haberler, “Yola Çıkan Koyunlar Kazaya Neden Oldu: 1 Yaralı,” son erişim tarihi: 07.01.2025, <https://www.haberler.com/guncel/yola-cikan-koyunlar-kazaya-neden-oldu-1-yarali-11952448-haberi/>.

¹¹⁷ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 74; Kaleli, “I,” 327; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 51; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 93.

¹¹⁸ Kaleli, “I,” 327; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 93; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 74; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 60.

¹¹⁹ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 74; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 60; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 93.

¹²⁰ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 93; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 51; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 60; Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 74; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 136

Terk edilen hayvanlarda objektif özen yerine getirilmediği gibi hayvan bulunduranın ek kusuru da vardır. Böylece hayvanın vereceği zarar ile objektif özenin ihlali arasında araştırılacak illiyet bağı güçlenecek ve kesilmesi zorlaşacaktır¹²¹. Terk edilen hayvanlarda, ortaya çıkan zararın faile atfedilmesi kaçan hayvanlara göre daha kolay olacaktır. Bu itibarla hayvan doğal ortamına karışmış olsa bile, üzerinden çok fazla süre geçmemişse vereceği zararlardan dolayı faili hayvan bulunduranın sorumluluğu ile sorumlu tutmak mümkün olmalıdır.

Uygulamada karşımıza çıkabilecek bir diğer nokta ise Türkiye topraklarında bulunmayan oldukça tehlikeli türdeki hayvanların yurt içine getirilmesidir. Bu gibi durumlarda kanaatimizce hayvanın kaçmaması ve zarar vermemesi için somut olayın gerekli kıldığı bütün objektif özen gösterilmiş gibi görünse bile hayvanın bir şekilde kaçması, çoğalması ve büyük zararlara sebep olması durumlarında, kanaatimizce hayvanın yurt içine getirilmesi faaliyeti ek kusur olarak değerlendirilmelidir. Ek kusurun söz konusu olduğu durumda o fiil bakımından objektif özen zaten yerine getirilmemiş olacaktır. Böylece tehlikeli hayvanın yurt içine getirilmesi, bilinçli ihmal veya ihtimali kast suretinde ek kusur olmakla beraber objektif özenin ihlali de teşkil etmiş olacaktır. Böylece hayvanın kaçmasına mücbir sebep olarak değerlendirilebilecek çok büyük bir fırtına gibi bir olay sebep olsa bile illiyet bağı ek kusur sebebiyle tamamen kesmemelidir¹²². Zira zararın asıl ve yoğun sebebi esasında büyük fırtına değil, o hayvanın yurt dışından getirilme faaliyetidir. Yurt dışından tehlikeli türü getirme faaliyeti yani objektif özenin ihlali zararın oluşmasında öylesine yoğundur ki objektif olarak mücbir sebep sayılabilecek bir durum bile aslında illiyet bağı kesememektedir. Ek kusur sebebiyle zarar ile objektif özenin ihlali yani hayvanı yurt dışından getirme faaliyeti arasında uygun illiyet bağı devam etmektedir. Hal böyle iken bu gibi durumlarda gerekli objektif özen o hayvanı yurt dışından hiç getirmemek olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda objektif özenin

¹²¹ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 310; Nomer, *Borçlar Genel*, 283-284; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 259-260; Hilal Daver, *Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 104; Eren, *Borçlar Genel*, 868; Yıldırım, "Hayvan Bulunduran," 57; Max Keller ve Sonja Gabi-Bolliger, *Haftpflichtrecht Band II* (Basel, Frankfurt: 1985), 97.

¹²² Keller ve Gabi-Bolliger, *Haftpflichtrecht Band II*, 97.

yerine getirildiği iddiasının ispatlanması çok güç veya imkansızdır. Ancak illiyet bağının kesildiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulunabilir ki bu da ek kusur sebebiyle oldukça zorlaşmıştır. İlgili hayvanın belirli bir izne dayanarak getirilmesi halinde hem objektif özen açısından hem de illiyet bağı açısından bahsedilen sertlik yumuşayacaktır.

B. Çeşitli Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler

Hukukumuzda birtakım kanunlarda, belli hayvanlar bakımından özel düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelere uyulmaması halinde hayvan bulunduranın özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir. Bu düzenlemelerden Hayvanları Koruma Kanununda yer alan geçici madde 3 ve Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından çıkarılan Tehlike Arz Eden Hayvanlar genelgesinde yer alan düzenlemeye değinmiştik¹²³. Bunun yanı sıra Hayvanları Koruma Kanununda yer alan bir diğer önemli düzenleme de m. 5/2’de hayvan sahibinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemedir. Anılan düzenlemeye göre “Hayvan sahipleri, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini ve insanlara verilebilecek zarar ve rahatsızlıkları önleyici tedbirleri almakla yükümlü olup; zamanında ve yeterli seviyede tedbir alınmamasından kaynaklanan zararları tazmin etmek zorundadırlar.” Bu düzenleme, hayvan sahiplerinin sorumluluğunu, hayvan bulunduranın sorumluluğundan daha geniş kapsamda ele almaktadır¹²⁴. Zira hayvan sahipleri, yalnızca hayvanın verdiği zararlardan değil, aynı zamanda çevre kirlilikleri ve rahatsızlıklardan da sorumlu tutulmaktadır¹²⁵. Örneğin köpeğin site bahçesinde gezerken çöpleri devirmesi, havlamasının bebeği uykusundan uyandırması ya da küçük çocuğu korkutması gibi rahatsızlıklar TBK çerçevesine tazmin edilemeyecek olsa da Hayvanları Koruma Kanunu uyarınca tazmin edilebilir.

Karayolları Trafik Kanununda da hayvan sürücülerine yönelik düzenlemeler mevcuttur. KTK m. 46/3 “Karayollarının belirli kesimlerinde, bu yollardan faydalanma zorunda olan hayvan sürücülerini, hayvanlarını veya hayvan sürülerini gidiş yönünde yolun en sağından ve en az genişlik işgal ederek ve imkân olduğunda taşıt yolu dışından götürmek zorundadırlar.”

¹²³ Bölüm III. A. 2. a.

¹²⁴ Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 386.

¹²⁵ Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 32; Bolat, “Objektif Özen Ödevi,” 56; Tackı, “Hayvan Bulunduran,” 50; Yıldırım, “Hayvan Bulunduran,” 25.

şeklinde belirtilmekle hayvan sürücülerinin karayolunda uyması gereken yükümlülükleri düzenlemektedir. Dolayısıyla KTK m. 46/3 ve “*hayvanla çekilen, elle sürülen araçları sürenler ile hayvan sürücülerine ait kurallar*” başlıklı 69. maddesinde belirtilen esaslara aykırı davranan hayvan bulunduran özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş sayılacaktır¹²⁶.

Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme hükümlerinin de hayvan bulunduranın kurtuluş kanıtının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁷. Addaks antilopu, markor dağ keçisi, kolon balığı gibi bazı hayvan türlerinin ticareti, anılan sözleşmede belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Sözleşmede belirtilen belge ve izinler alınmaksızın ülkeye ticareti gerçekleşen hayvanın vereceği zararlarda, en başından bir hukuk normunun ihlal edildiği dolayısıyla hayvan bulunduran olarak özen yükümlülüğünün gösterildiğinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir¹²⁸.

C. İlliyet Bağının Kesilmesi ve Kurtuluş Kanıtı

Doktrinde illiyet bağının kesilmesi hayvan bulunduranın sorumluluktan kurtulmasını sağlayan ikinci bir kurtuluş kanıtı olarak kabul edilmektedir¹²⁹. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 56. maddesinde farazi illiyet ile sorumluluktan kurtulmaya ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. İlgili düzenleme şu şekildedir: “*Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur.*” Buna göre hayvan bulunduran, gerekli özeni göstermiş olsaydı dahi zararın yine ortaya çıkacağını ispatlarsa, zarardan sorumlu olmayacaktır¹³⁰. Ancak TBK’da bu

¹²⁶ Takcı, “Hayvan Bulunduran,” 85; Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 141.

¹²⁷ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 140.

¹²⁸ Kasap, “Güncel Gelişmeler,” 140-141.

¹²⁹ Eren, *Borçlar Genel*, 726; Yüce, “Roma ve Türk,” 417; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241; Kaleli, “II,” 523; Akıntürk ve Ateş, *Borçlar Hukuku*, 101.

¹³⁰ Nomer, *Borçlar Genel*, 214; Köroğlu, “Hayvan Bulunduran,” 241; Yüce, “Roma ve Türk,” 417; Kaleli, “II,” 523; Eren, *Borçlar Genel*, 726; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 99-100.

düzenlemeye yer verilmemiş¹³¹ ve kanunda farazi illiyete sonuç bağlanmamıştır. Bununla beraber illiyet bağının varlığı hayvan bulunduranın sorumluluğunun şartlarından biridir¹³².

Türk Hukukunda haksız fiilden doğan sorumlulukta -kusursuz sorumluluk da dahil- illiyet bağı şartı mevcuttur¹³³. İlliyet bağı genel bir sorumluluk unsuru olduğu için bütün haksız fiil sorumluluklarında bu bağı kesildiğinin ispatı sorumluluğu ortadan kaldırır. Bu itibarla illiyet bağının kesildiğini ispat bir kurtuluş kanıtı olarak isimlendirilmemelidir. Kanaatimizce kurtuluş kanıtı, özen sorumluluklarında bu sorumluluktan kurtulmak için özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı veya istisnaen eBK m. 56'daki gibi farazi illiyete dayalı olarak sorumluluktan kurtuluşla ilgili bir düzenleme varsa bunun ispatı olarak anlaşılmalıdır. Genel olarak illiyet bağının kesildiğinin ispat edilmesinin kurtuluş kanıtı olarak isimlendirilmesi kavram kargaşasına sebep olur. Kaldı ki bunlar ispat yükü bakımından da farklıdır. İlliyet bağının mevcut olduğunu ispat yükü zarar gören üzerindeyken özen yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat sorumlu tutulmak istenen kişi üzerindedir.

İlliyet bağı kesen haller; zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebeptir¹³⁴. Örneğin bağlı bir köpeğin tasmaşının üçüncü bir kişi tarafından çözülmesi, yıldırım çarpması sonucu hayvanat bahçesindeki hayvanların kafeslerinin açılması bu duruma örnek gösterilebilir. Yargıtay bir kararında hayvan bulunduranın, kusurunun bulunması halinde illiyet bağının kesilmesine dayanamayacağı yönünde hüküm kurmuştur. Anılan kararda özetle; davalıya ait köpek, davalının çocuğunun gözetiminde iken davacının

¹³¹ Yavuz, *Borçlar Hukuku*, 287; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 63; Nomer, *Borçlar Genel*, 214; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 85; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 100; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 378.

¹³² Eren, *Borçlar Genel*, 695-696; Köroğlu, "Hayvan Bulunduran," 223; Takcı, "Hayvan Bulunduran," 85; Bolat, "Objektif Özen Ödevi," 63; Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu*, 378; Keskin Orhan, *Hayvan Bulunduran*, 100; Yaser Rezazad, "Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Hâlleri" (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2016), 57.

¹³³ Alfred Keller, *Haftpflicht Im Privatrecht* (Bern: 2002), 132; Eren, *Borçlar Genel*, 607 vd.; Keller ve Gabi-Bolliger, *Haftpflichtrecht Band II*, 27; Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Band: Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995), 191; Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 44.

¹³⁴ Nomer, *Borçlar Genel*, 184; Kayıhan ve Ünlütepe, *Borçlar Genel*, 259; Kaleli, "II," 523; Eren, *Borçlar Genel*, 627; Erdoğan, *Borçlar Genel*, 138.

köpeği tekmelemesi nedeniyle tepkisel olarak davacıyı ısırıştır. Davalı, zarar görenin ağır kusuru sebebi ile illiyet bağının mevcut olmadığını ileri sürmüş ise de Yargıtay; davalının köpeğini yeterli güce sahip birinin gözetimine bırakmadığı için munzam kusurlu olduğunu bu sebeple illiyet bağının kesilmesi sebeplerine dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağına karar vermiştir¹³⁵.

SONUÇ

Hayvan bulunduranın sorumluluğu özen esasına dayanan kusursuz sorumluluk hali olarak TBK m. 67 ve 68’de düzenlenmektedir. Hayvan bulunduranın sorumluluğunda olumsuz şart olarak değerlendirilen kurtuluş kanıtının ölçüsünün ne olduğunun belirlenmesi sorumluluğun tespitinde ve tesisinde önem arz etmektedir. Zira kanunda kurtuluş kanıtının getirilebileceği düzenlenmiş ise de ölçüsü ve bu kurtuluş kanıtının nasıl, hangi hususlar ispat edilince getirilmiş olacağı düzenlenmemiş ve bu husus somutlaştırılmamıştır. Bunun ölçüsü doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Söz konusu özen ölçüsünün tespitinde dört noktaya dikkat etmek gerekmektedir. Bunlar; hayvanın cinsi ve özellikleri, hayvan bulunduranın şahsı, hayvanın kaçmış veya terk edilmiş olması ve kanuni düzenlemelerdir. Bu açılardan nasıl değerlendirme yapılması gerektiğini ve böylece özen yükümlülüğünün somut olayda nasıl tespit edileceğini ortaya koymuş bulunuyoruz.

Hayvan bulunduranın şahsı bakımından özen, objektif değerlendirilir. Ancak kanaatimizce hayvan bulunduranın özel yetenekli, mesleki tecrübeli kimselerden olması halinde gösterilmesi gerekli özen yükümlülüğünün derecesinin daha yüksek araştırılması ve belli ölçülerde sübjektifliğin kabul edilmesi kusursuz sorumluluk kurumunun mahiyeti ve mağduru koruma amacı gözetildiğinde daha adaletli olacaktır. Birden fazla hayvan bulunduranın varlığı halinde ise kurtuluş kanıtı her bir hayvan bulunduran açısından ayrı ayrı ve yine objektif olarak değerlendirilmelidir. Buna karşılık kurtuluş kanıtının belirlenmesinde hayvan açısından gösterilecek özenin tespitinde sübjektif hareket edilmeli; hayvanın cinsine, yaşına, özelliklerine, engel durumuna, huyuna ve yaşadığı ortama göre farklı değerlendirilmelidir. Burada mutlak anlamda sübjektif bir yaklaşım gösterilmesi, kurumun ve özen yükümlülüğü kavramının mahiyetine çok daha uygundur. Tehlikeli bir

¹³⁵ Y. 3. HD, E.2019/4263, K.2019/9309, 26.11.2019, (<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>).

hayvana gösterilmesi gereken özenin derecesi ile bir ev kedisine gösterilmesi gereken özenin derecesi farklılık arz eder. Yine aynı cins hatta aynı yaşta hayvanlarda dahi hayvanın engel durumu, psikolojik durumu, yaşadığı ortam ve saldırganlık seviyesi kurtuluş kanıtının kapsamının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Her bir hayvan adeta ayrı bir fert olarak ele alınmalı, onun bütün özellikleri gözetilerek somut olaydaki özen yükümlülüğü tespit edilmelidir.

Hakimiyet altındayken kaçan veyahut terk edilen hayvanlar açısından da gerekli özen ve tedbirin alınması gerekmektedir. Hayvanın kaçmaması adına gerekli özen gösterilmeli, terk edilirken başkasına zarar vermemesi adına gerekli tedbirler alınarak terk edilmelidir. Hayvanın kaçma eylemi son buluna kadar vermiş olduğu zararlardan hayvan bulunduran sorumludur. Bu hususta getirilecek kurtuluş kanıtı, hayvanın kaçmaması adına gerekli özenin gösterildiğine yönelik olacaktır. Objektif özen gösterilmemiş olsa bile kaçma eylemi son bulduktan sonra hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilemez. Kanaatimizce şartların bulunması halinde TBK m. 49 uyarınca kusur sorumluluğuna gidilebilir.

Kurtuluş kanıtının belirlenmesinde, çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemelere de dikkat edilmesi gerekir. Nitekim Karayolları Trafik Kanunu, Tehlike Arz Eden Hayvanlar ile ilgili genelge gibi düzenlemeler ile hayvan bulundurana çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde kurtuluş kanıtı kapsamında değerlendirilen bir diğer husus da sorumluluğun şartlarından biri olan illiyet bağı ile alakalıdır. İlliyet bağının kesilmesi, doktrinde ikinci tür kurtuluş kanıtı olarak değerlendirilmektedir. Kanaatimizce bu husus kurtuluş kanıtı olarak değerlendirilmemelidir. Zira tüm haksız fiil sorumluluklarında illiyet bağı unsuru aranmakta olup bunun kesilmesi ancak genel bir unsurun ortadan kalkması sonucunu doğurur, bunu kurtuluş kanıtı olarak isimlendirmek doğru değildir. Ayrıca iki kavram ispat yükü açısından da farklılık göstermektedir. Dolayısıyla illiyet bağının kesilmesinin kurtuluş kanıtı olarak nitelendirilmesi kavram kargaşasına sebebiyet verebilir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Akkoyunlu, Sencer Abdullah. “Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi.” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 27, 46 (2022): 3-63.
- Altınok Çalışkan, Elif. “Sahipsiz Hayvanların Verdiği Kimi Zararlar Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu.” *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, 2 (2023): 293-323.
- Antalya, Osman Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Başalp Yıldırım, Nilgün. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler.” *GSÜHFD* 1, 1 (2019): 293-332.
- Bolat, Elif. “Türk Hukukunda Bir Kusursuz Sorumluluk Türü Olarak Objektif Özen Ödevine Dayalı Sorumluluk.” Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2018.
- Brudermüller, Gert, Jürgen Ellenberger, Isabell Gotz, Christian Grüneberg, Sebastian Herrler, Hartwig Sprau, Karsten Thorn, Walter Weidenkaff, Dietmar Weidlich ve Hartmut Wicke. *Beck'sche Kurz Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch*. München: 2017.
- Cartier, Michael. “Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR.” Doktora Tezi, Eschen 2007.
- Casals, Miquel Martin ve Diego M. Papayannis. *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge Press, 2015.
- Çağlayan Aksoy, Pınar. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aycan Çınar, Ecem. “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Hayvan Bulunduran Kavramı.” *Konya Barosu Dergisi*, 2024, 1 (2024): 97-123.
- Daver, Hilal. *Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Deutsch, Erwin. *Allgemeines Haftungsrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1996.

- Erdoğan, İhsan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Gmür, Max ve Hermann Becker. *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183*. Bern: Stampfli Verlag, 1945.
- Gönül Koşar, Günhan. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Honsell, Heinrich, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich, Meilen: Schulthess Juristische Medien, 2013.
- Hüseyin, İhsan. “İngiliz Hukukuna Göre Bir Objektif Sorumluluk Hali Olarak Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.” *HBVÜHFD* XXV, 1 (2021): 135-163.
- Kaleli, Şakir. “Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (I).” *Yargıtay Dergisi* 5, 2 (1979): 313-342.
- Kaleli, Şakir. “Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (II).” *Yargıtay Dergisi* 5, 3 (1979): 515-530.
- Kasap, Atilla. “Güncel Gelişmeler Işığında Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunda Objektif Özen Yükümlülüğünün Tayinine İlişkin Öneriler.” *Terazi Hukuk Dergisi* 17, 195 (2022): 131-142.
- Kayıhan, Şaban ve Mustafa Ünlütepe. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Keller, Alfred. *Haftpflicht Im Privatrecht*. Bern: 2002.
- Keller, Max ve Sonja Gabi-Bolliger. *Haftpflichtrecht Band II*. Basel, Frankfurt: 1985.
- Keskin Orhan, Merve. *Türk Borçlar Hukukunda Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Kılıç, Ahmet. “Tehlike Arz Eden Hayvanı Sokağa Terk Etme Kabahatinin İçtima Hükümleri ve “Non Bıs In Idem” İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi.” *NEÜHFD* 5, 2 (2022): 629-646.
- Kırışik, Fatih ve Kübra Öztürk. “Şiddet Haberlerinden Hayvan Haklarına, Sahipsiz Köpek Sorunu.” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 69 (2021): 360-388.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz. “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi.” *DÜHFD* 2, 2 (1984): 175-302.
- Korkmaz, Fırat. *Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.

- Köroğlu, Emre. “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu (TBK m. 67-68).” *Yargıtay Dergisi* 44, 2 (2018): 221-249.
- Kurtulan, Gökçe. “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru.” *MÜHF-HAD* 23, 1 (2017): 465-504.
- Metin, Umut. “6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.” *İstanbul Barosu Dergisi* 86, 5 (2012): 244-261.
- Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Oftinger, Karl ve Emil W. Stark. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Oral, Tuğçe. “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5, 16 (2014): 319-335.
- Rezazad, Yaser. “Türk Hukukunda Sorumluluk Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Hâlleri.” Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2016.
- Schonenberger, Beat. “Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie.” *Ha-ve/Reas* 2004, 1 (2004): 3-12.
- Takcı, Nesibe. “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.” Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2021.
- Tandoğan, Haluk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Vito, Roberto. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2002.
- Widmer, Pierre. *Unification of Tort Law: Fault*. Netherlands: Kluwer Law International, 2005.
- Yavuz, Nihat. *Borçlar Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Yıldırım, Şeyda. “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu.” Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2023.
- Yüce, Tunay. “Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu.” *İNÜHFD* 8, 2 (2007): 393-422.

KISALTMALAR CETVELİ

Kısaltmalar	Açıklamalar
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HBVÜHFD	: Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HKK	: Hayvanları Koruma Kanunu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NEÜHFD	: Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
YİBBGK	: Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

ROMA KANUNLARININ ZAMAN KAVRAMIYLA TANIŞMASI: ROMA CUMHURİYET DÖNEMİ'NDE KANUNLARIN GERİYE YÜRÜME(ME)Sİ

*Roman Laws Meet the Notion of Time:
(Non-)Retroactivity of Laws in Roman Republican Period*

Alaz TARHAN*

ÖZET

Kanunların geriye yürümemesi ilkesi, kişilerin kazanılmış haklarının korunması ve hukukun öngörülebilirliği açısından çağdaş hukuk sistemlerinin temel taşlarından biridir. İlkenin “ilkeleşmesi”, hukuk tarihinde nispeten yeni bir gelişme olmakla birlikte, pratik anlamda kanunların geriye yürümesini sınırlandıran yasağın köklerinin Roma’nın Cumhuriyet Dönemi’ndeki kanunlaştırma çalışmalarında yattığı söylenebilir. Bu dönemde Roma hukuk düzeni, kanunların zamansallığı hususunda ve geriye yürütülmelerinin yaratabileceği belirsizlikler bakımından bir farkındalık edinmiş, Romalı hukukçular bu meseleyi tartışmaya başlamış ve bu tür belirsizliklerin sınırlandırılmasına yönelik birtakım adımlar atılmıştır. Özellikle Geç Cumhuriyet Dönemi’nde kanun yazımındaki yeni tekniklerle; kanunlarda gelecekteki olayları hedef alan fiil kipinin tercih edilmesiyle, yalnızca gelecekteki olaylara uygulanmalarını sağlayan seçilmiş ifadelere başvurulmasıyla yahut geleceğe dair meselelerin sayılması yoluyla bu sınırlandırmalar somut hâle getirilmiştir. Öte yandan Cumhuriyet Dönemi’ndeki bu anlayış, kanunların geriye yürümemesini mutlak bir hukuk ilkesi değil, daha çok esnek bir yasak hâline getirmiştir. Nitekim Romalılar, hukuk güvenliği ve adalet ilkelerini göz önünde bulundurmalarının yanı sıra,

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 10.02.2025

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 13.03.2025

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: atarhan@ankara.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9531-7881>, ROR ID: <https://ror.org/01wntqw50>.

pragmatik ve siyasetle iç içe geçmiş bir hukuk anlayışına da sahiplerdi. Bu bağlamda, bu dönemde kamu güvenliğini sağlamak amacıyla ya da siyasi sebeplerle bu yasakla bağdaşmayan kanunların çıkarıldığı da gözlemlenebilmektedir. Bununla birlikte Roma Hukuku'ndaki uygulamalar, kanunların geriye yürüme yasağının modern hukuk sistemlerinin evrensel bir hukuk ilkesine dönüşmesinin zeminini hazırlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, Geç Cumhuriyet Dönemi, Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması, *lex Atinia*, Kanunların Geriye Yürümemesi.

ABSTRACT

The principle of non-retroactivity of laws is a cornerstone of contemporary legal systems, ensuring the protection of acquired rights and legal predictability. While the formalization of this principle is relatively recent, the origins of the prohibition against retroactive laws can be traced back to the legislative practices of the Roman Republic. During this period, the Roman legal system developed an awareness of the temporal nature of laws and particularly the uncertainties that retroactive applications could create. Roman jurists extensively debated this issue, and several steps were taken to limit such practices. In the Late Republican Period, new legislative techniques emerged: Some laws explicitly applied only to future events, future-oriented verb tenses were consistently used, and retroactive applications were explicitly prohibited. However, this tendency in Republican Period made non-retroactivity more of a flexible restriction than an absolute principle in Roman Law. Romans prioritized legal certainty and justice but also had a pragmatic and political legal approach. Thus, exceptions to the prohibition, such as laws contradicting the restriction for public security or political reasons, were observed during this time. Nevertheless, the Roman legal system's application of non-retroactivity provided a historical foundation for its eventual evolution into a universal principle in modern systems.

Keywords: Roman Law, Late Republican Period, Temporal Application of Laws, *lex Atinia*, Non-Retroactivity of Laws.

GİRİŞ

Kanunların geriye yürümezliği gelişmiş bir hukuk anlayışının ürünü olan, çağdaş sistemlerde geçerliğini sürdüren bir hukuk ilkesidir¹. Kanunların geriye yürümezliği, Orta Çağ'da Avrupa'da Kanon Hukuku aracılığıyla ileri seviyede şekillenmiş ve gelişim göstermiş²; Aydınlanma Çağı³ düşünürleri sayesinde mutlak, evrensel bir ilke seviyesine erişmiştir⁴. O zamanlardan günümüze bu ilke, yalnızca hukuk düşüncesinin soyut bir unsuru olarak kalmamış, aynı zamanda Batı Hukuku'nu benimsemiş ülkelerin pozitif hukuk düzenlemelerinde de kendine yer bulmuştur⁵. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, insanların elde etmiş oldukları hakların zedelenmemesi ve hukukun öngörülebilirliğinin sağlanması açısından sessiz bir şekilde işlevini yerine getirmektedir.

Ancak, tarihte bir nebze daha geçmişe yolculuk yapıldığında, kanunların geriye yürümezliği ilkesinin –doğru bir ifadeyle, sonraki devirlerde ilke olarak tanımlanacak olan kanunların geriye yürüme yasağının– binlerce yıl öncesinde Roma Cumhuriyeti'nde hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanlarında çıkarılan kanunlar nezdinde uygulandığı gözlemlenmektedir.

¹ Umberto Laffi, "Il principio dell'irretroattività della legge nell'esperienza giuridica romana dell'età repubblicana," *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 138 (2021): 245-246.

² Kanon Hukuku vasıtasıyla kanunların geriye yürümezliğinin gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harald Siems, "Anmerkungen zur Entwicklung von Rückwirkungsverboten," içinde *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption - Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, ed. Karlheinz Muscheler (Duncker & Humblot, 2011), 591 vd.

³ 1789 Fransız Devrimi'nden sonra Fransız Cumhuriyeti'nde yapılan ikinci Anayasa olan, ancak hiçbir zaman uygulanmayan 1793 Anayasası'nın 14. maddesi, yürürlüğe konulmalarından önce işlenmiş suçları cezalandıran kanunların tiranlıkla eş değer sayılacağı ve kanunlara geriye yürüme etkisi tanınmasının suç teşkil edeceği hükmünü içermekteydi. Benzer şekilde, Napolyon'un 1799'da devlete hâkim olmasına kadarki süreçte yürürlükte kalan 1795 Anayasası'nın 14. maddesinde ne özel hukuku ne de ceza hukukunu ilgilendiren kanunların geçmişe etkili olabileceği kuralı vardı. Laffi, "Irretroattività," 248 dn. 5; Gerardo Brogini, "La Retroattività della Legge nella Prospettiva Romanistica," içinde *Coniectanea – Studi di Diritto Romano* (Dott. A. Giuffrè Editore, 1966), 347-348.

⁴ Brogini, "Retroattività," 346 vd.

⁵ İlgili düzenlemelerden örnekler için bkz. Elif Yılmaz, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi" (Doktora tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 66-75.

Roma Cumhuriyeti'nin siyasi ve askeri başarısıyla orantılı olarak gelişen ve genişleyen hukuk kültürü ve medeniyeti, zaman içerisinde, kanunların geriye yürümesinin sakıncalarını tespit etmeye başlamış ve bu sakıncaları çeşitli şekillerde bertaraf etmeye çalışmıştır. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına gelindiğinde, kanunların geriye yürümemesi gerektiği hususundaki kabul, istisnaları da söz konusu olmakla birlikte yaygınlaşmıştır. Ancak İmparatorluk Dönemi'nde dahi, yasağa ilişkin bir çerçeve çizilmiş olmasına rağmen⁶, kanunların geriye yürümezliği bir hukuk ilkesi hâline gelmemiştir.

Çalışmamızda, Roma'nın Cumhuriyet Dönemi'nde gelişen kanunların geriye yürüme yasağını mercek altına alacağız. Çalışmamızla amaçladığımız, günümüzde temel ve evrensel bir ilke olarak benimsenen kanunların geriye yürümezliğinin kökenlerine ışık tutmaktır. Bu kapsamda, kanunların geriye yürümezliğinin, binlerce yıl önce Cumhuriyet Dönemi Roma Hukuku'nda, henüz genel ve mutlak bir ilke hâline gelmemiş olsa da ideal bir hukuk mekanizması olarak kabul edilmiş olduğu ortaya konulacaktır. Ayrıca, yasağın başlangıç noktasının, Roma'nın özellikle Geç Cumhuriyet Dönemi hukuk sistemi olduğu, modern bir bakış açısıyla gösterilecektir.

Çalışmamızda, Roma Hukuku'nun yürürlük kaynakları arasından yalnızca Roma Cumhuriyeti'nin yasama organlarının faaliyetleri çerçevesinde yürürlüğe konulan kanunlar (*leges*)⁷, M.Ö. 287 yılında kanunlarla eşit güce

⁶ M.S. 440 yılında çıkarılan bir imparatorluk emirnamesinde kanunların geriye yürümeyeceğine hükmedilmektedir. C. 1.14.7: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit.* | Kanunlar ve imparator emirnameleri şüphesiz gelecekteki iş ve işlemlere şekil verirler, geçmişte gerçekleşmiş olanlara tevcih etmezler; meğerki geçmiş zamana ilişkin olup hâlâ devam eden işlemleri ilgilendirdikleri açıkça hükme bağlanmış olsunlar. Benzer bir metin *Codex Theodosianus*'ta da yer almaktadır. C. Th. 1.1.3: *Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt.* | İmparator emirnameleri geçmişe etki etmezler, fakat geleceği tanzim ederler. Tommaso Marky, "Appunti sul problema della retroattività delle norme giuridiche nel diritto romano," *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* 53-54 (1948): 264; Siems, "Rückwirkungsverboten," 594; Broggin, "Retroattività," 377, 393.

⁷ Roma'da halk meclislerinin kabulü ile çıkarılan kanunlardı (tek. *lex*). *Leges datae* (tek. *lex data*) ve *leges rogatae* (tek. *lex rogata*) olmak üzere iki türü vardı. Bunlardan *leges datae*, halk meclisleri tarafından oylanmamakla birlikte, onların tanımış olduğu yetki çerçevesinde doğrudan *magistratus*'un çıkardığı ve fethedilen topraklardaki yabancı halkların Roma'ya ve Romalılığa entegre edilmesine ilişkin kanunlardı. Öte yandan, daha eski bir kavram olan *leges rogatae* (veya *leges latae*) ise yetkili *magistratus*'un teklifi sonrasında halk meclisleri tarafından kabul edilen kanunlardı. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*

kavuşturulmuş olan *plebiscita*⁸ ve her ne kadar özünde yasama faaliyeti barındırmasa da hukuk kurallarının yaratımına vesile olmuş olan *praetor* beyannameleri (*edicta*)⁹ inceleme altına alınacaktır. *Senatus* kararları (*senatusconsulta*)¹⁰ ile tarihsel olarak Cumhuriyet Dönemi sonrasına tekabül eden İmparatorluk Dönemi'ne has kaynaklar olan imparator emirnameleri (*constitutiones*)¹¹ ise konu dışı bırakılacaktır.

Çalışmamızda öncelikle çağdaş kanunların geriye yürümemesi ilkesi hakkında kısa ve genel bilgi verilecek, ardından Roma'nın özellikle Geç Cumhuriyet Dönemi'nde kanunların zamansallığına dair farkındalık ve kanunların geriye yürüme yasağının gelişimi, antik yazarlar ve özellikle

(The American Philosophical Society Press, 1953), 544-546; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975), 109-110, 112; Laurens Winkel, "The Roman Notion of lex," içinde *Leges publicae – La legge nell'esperienza giuridica romana*, ed. Jean-Louis Ferrary (IUSS, 2012), 242; Recai G. Okandan, "Roma Hukukunun Kaynakları Bakımından Vukua Gelen Tarihi Gelişme," *İÜHFM* 18, 1-2 (1952): 461.

Çağdaş kanun kavramına daha yakın olan, görüldüğü üzere *leges rogatae*'dir ve bu çalışmada esas alınan *leges* de bu türdendir.

- ⁸ Roma toplumunun çoğunluğunu oluşturmakla birlikte Cumhuriyet Dönemi'nin başında birtakım medeni ve kamusal haklardan mahrum (*non optimo iure*) vaziyetteki *plebs* sınıfının temsilcilerinin dahil olabildiği bir meclis olan *Concilia Plebis* tarafından çıkarılan kanunlara *plebiscita* (tek. *plebiscitum*) adı verilmekteydi. İlk zamanlarında yalnızca *plebs* için bağlayıcı olan *plebiscita*, M.Ö. 287 yılında çıkarılan *lex Hortensia* ile Roma halkının tamamını bağlayan kanunlara dönüşmüş ve *leges* statüsünde kabul edilmeye başlamıştır. Berger, *Dictionary*, 544, 632; Umur, *Lügat*, 41, 156; Okandan, "Kaynaklar," 461.

Bu kavram Türkçeye, tabiri caizse menfi anlamlı bir Anayasa Hukuku terimi olarak ve "plebisit" şeklinde çevrilmektedir. Plebisit kavramının Türk Anayasa Hukuku'nda ne anlama geldiğine ilişkin olarak bkz. Kemal Gözler, "Referandum mu, Plebisit mi?," *Anayasa.gen.tr*, S.E.T.: 26.11.2024, <https://www.anayasa.gen.tr/plebisit.htm>; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 6. Baskı (Yetkin Yayınları, 2001), 712.

- ⁹ *Imperium*'a (yönetme yetkisine) sahip *magistratus*'un ve özellikle *praetor*'ların, görev süreleri boyunca idarî ve adli hususlarda izleyecekleri prensipleri ilan ettikleri beyannamelerdir. Bir yıl olan görev süreleri boyunca geçerliyidiler ve bu sebeple *lex annua* (-bir- yıllık kanun) olarak da adlandırılmaktaydılar. Berger, *Dictionary*, 448; Umur, *Lügat*, 62; Okandan, "Kaynaklar," 462-463.

- ¹⁰ *Senatus*'un (Roma Senatosu'nun), görüşüne başvurulmasının ardından, yaptığı istişarelerde aldığı kararlar *senatusconsulta* (tek. *senatusconsultum*) olarak adlandırılmaktaydı. Cumhuriyet Dönemi'nin sonuna kadar her ne kadar kanun hükmünde değildilerse de *Senatus*'un önemi dolayısıyla muteber kabul edilmekteydiler. Berger, *Dictionary*, 696; Umur, *Lügat*, 188-189.

- ¹¹ İmparator *Augustus*'tan itibaren Roma imparatorlarının çıkardığı ve kanun hükmünde olup tüm Romalıları bağlayan emirnameler *constitutiones* (tek. *constitutio*) olarak adlandırılmaktaydı. Berger, *Dictionary*, 410; Umur, *Lügat*, 47.

Cicero tarafından yapılan tartışmalar kapsamında açıklanacak, daha sonra çeşitli kanunlardan ilgili hususlara ilişkin uyumlu ve uyumsuz örnekler verilecektir¹².

I. GÜNÜMÜZDE KANUNLARIN GERİYE YÜRÜMEMESİ İLKESİ

A. Kanunların Geriye Yürümemesi İlkesinin Tanımı ve İşlevi

Kanunların zaman bakımından uygulanması¹³ ile ilintili kabul edilen bir kavram olan kanunların geriye yürümemesi ilkesinin¹⁴ genel tarifine göre bir kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayan veya daha önceden başlayıp da tamamlanmamış işlemlere ve eylemlere uygulanabilir; ilgili kanundan önceki kanun zamanında oluşmuş ve tamamlanmış, hukuki sonuçlarını doğurmuş işlem ve eylemlere uygulanamaz¹⁵. Bu bakımdan kanunlar, kamu yararına olarak geçmişi değil, geleceği düzenleyici; soyut, kişisel olmayan, genel hukuk kuralları koymalıdır¹⁶. İlkenin somutlaştığı

¹² Çalışmamızda verilen örnekler, Cumhuriyet Dönemi'nde çıkarılmış sayısız kanunun yalnızca küçük bir kısmını oluşturmaktadır. Kanunlardan örnek verilmesiyle Geç Cumhuriyet Dönemi'nde mutlak olarak kanunların geriye yürümediğine ilişkin tümevarımcı bir çıkarımda bulunulmamakta, tam tersine, böyle bir durumun söz konusu olmadığı açıklanmaya çalışılmaktadır. İlgili örneklerin verilmesiyle amaçlanan şey, zikredilen gelişim hususunda okuyucunun aklında bir fikir oluşmasını sağlamaktır.

¹³ Kanunların zaman bakımından uygulanması veya yürürlüğü, esas itibarıyla hangi kanunun ne zaman uygulanması gerektiğine ilişkindir. Tekin Akıllıoğlu, "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması," *Anayasa Yargısı Dergisi* 1, 1 (1984): 279; Broggin, "Retroattività," 343.

¹⁴ Türk Hukuku'nda ve doktrinde ilke farklı şekillerde ifade edilmektedir. İlke hususunda terim birliği söz konusu değildir. Özel hukuk bakımından ilkenin düzenlendiği 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, madde başlığında yer alan ifade "geçmişe etkili olmama kuralı" şeklindedir. Doktrinde ise "kanunların geriye yürümezliği", "kanunların geriye yürüme yasağı", "kanunların geçmişe etkili olmaması", "kanunların geçmişe etkili olma yasağı" gibi çeşitli kullanımlar söz konusudur. Eski hukuk dilinde "geçmişteki", "önceki" anlamlarına gelen "makabl" kelimesi ile "içine almak", "kapsamak" anlamlarındaki "şümül" kelimesi ile oluşturulan "makable (veya makabline) şâmil olmama"; yani geçmişe, önceye etkili olmama anlamındaki kullanımın benimsendiği görülmektedir. Bunun yanı sıra "kanunun gerisine şâmil olmaması" ve "kanunun makable adem-i şümülü" kullanımlarına da kaynaklarda denk gelinmektedir.

¹⁵ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınevi, 2019), 288; Başak Baysal, "Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü," içinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, ed. Rona Serozan (Seçkin Yayıncılık, 2004), 475, 486; Broggin, "Retroattività," 343.

¹⁶ Akıllıoğlu, "Zaman İçinde Uygulama," 286; Selâhattin Keyman, *Hukuka Giriş* (Yetkin Yayınları, 2000), 57-58, 61-62.

kanunların geriye yürümemesi kuralı, hukuk mantığının doğal bir sonucudur. Nitekim kanunlarla getirilen normlar, bir şeyin yapılması veya yapılmaması hususunda emirler içermektedir. Emir, doğası gereği geleceği etkileyen bir yapıya sahiptir ve kişilerin bu emirlere uyup uymaması ihtimali ise gelecekle ilgilidir¹⁷. Bu çerçevede geriye yürümezlik, yürürlüğe giren kuralın yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşecek olaylara uygulanmasını emreden ve önceki dönemlere ilişkin hukuki sonuçlar doğurmasını yasaklayan bir ilke olarak tanımlanabilir¹⁸.

Belirtilen tariftten yola çıkarak, birbirleriyle yakın ilişki içerisindeki iki hukuki anlayışın; kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması ve kişilerin kazanılmış haklarına saygı gösterme gereğinin, ilkenin özünde yattığı söylenebilmektedir¹⁹.

Kişiler işlem ve eylemlerini, yalnızca yapıldıkları anda yürürlükte olan kanunlara uygun olarak gerçekleştirme saikine ve gereğine sahip olmalıdır; hukuk düzeninin onlardan beklentisi de zaten budur. Hiç kimseden hâlihazırda hukuk düzeninde yer almayan, gelecekte var olacak bir kanunla getirilecek bir kuralı öngörmesi ve buna göre hareket etmesi beklenemez. Kişilerin hukuka uygun işlem ve eylemlerinin gelecekteki kanuni düzenlemeler çerçevesinde hukuka aykırı sayılma olasılığını göze almaksızın, işlem ve eylemlerini gönül rahatlığıyla yerine getirebilmeleri gerekir ve bu bağlamda hukuki güvenliğe sahip olmalıdırlar. Bu ise kanunların geriye yürümemesi ilkesinin varlığıyla mümkün olabilmektedir^{20, 21}.

¹⁷ Keyman, *Giriş*, 57.

¹⁸ Yılmaz, “Geriye Yürümezlik,” 59, 75.

¹⁹ Gözler, *Giriş*, 288-289; Muhammet Özkes, “Özel Hukuk – Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması,” içinde *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II. Cilt*, ed. Sabih Arkan (Turhan Kitabevi, 2010), 2864; Akıllıoğlu, “Zaman İçinde Uygulama,” 285; Yılmaz, “Geriye Yürümezlik,” 60, 76.

²⁰ Özkes, “Zaman İtibariyle Uygulanma,” 2862-2864; Brogini, “Retroattività,” 360; Yılmaz, “Geriye Yürümezlik,” 75-76; Keyman, *Giriş*, 58.

²¹ Ayrıca belirtmelidir ki ceza hukukuna ait “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi” gereğince, işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı, daha sonra çıkarılan kanuna başvurularak ceza verilemez yahut suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre verilmiş olan hafif ceza, daha sonra çıkarılan kanuna başvurularak ağırlaştırılmaz. Bu bakımdan bu ilkenin, kanunların geriye yürütme yasağı ile doğrudan bağlantısı vardır. Akıllıoğlu, “Zaman İçinde Uygulama,” 284; Yılmaz, “Geriye Yürümezlik,” 98-99; Keyman, *Giriş*, 59.

Kişiler önceki kanun yürürlükteyken gerçekleştirdikleri işlem ve eylemler sonucunda birtakım haklar ve hukuki durumlar elde etmiş de olabilir. Eski kanun kapsamında hukuka uygun şekilde elde edilmiş bu kazanımların – kazanılmış hakların– yeni bir kanunla bu kişilerin elinden alınmasının önüne geçilmesi de yine kanunların geriye yürümemesi ilkesi ile söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda yeni kanun, eski kanunun yürürlüğü zamanında kazanılmış olan haklara ve bunların sonuçlarına, kural olarak, bu ilke çerçevesinde saygı göstermekte ve dokunamamaktadır. Bu haklar ve sonuçları, eski kanunun kişilere vermiş olduğu yetkiye dayalı olarak varlıklarını sürdürürler²².

B. Kanunların Geriye Yürümemesi İlkesinin İstisnaları

İnsan ilişkilerini düzenleyen araçlar olan kanunlar, insanlara hizmet eden bir yapıya sahip olmalıdır. Katı bir geriye yürüme yasağının varlığı, insanlar arasındaki adaletin sağlanmasının önüne geçebilecektir. Belirli şartlarda kanunların geriye yürütülmeleri, yürütülmemelerinden daha âdil ve hakkaniyetli sonuçların elde edilmesine aracı olabilecektir²³. Bu bakımdan hukuk sistemleri, kanunların geriye yürümemesi ilkesine birtakım istisnalar da öngörmüşlerdir.

Kamu düzeninin ve genel ahlakın gerekleri doğrultusunda yeni kanunun, önceki kanunun yürürlüğü döneminde tamamlanmış işlem ve eylemlerin sonuçları üzerinde yürütülebilmesi ilkenin en önemli istisnalarından birini oluşturmaktadır. Buna göre, önceki dönemde yürürlükte olan kanun kapsamında gerçekleştirilmiş işlem ve eylemlerin sonuçları, yeni kanun çerçevesinde doğrudan veya dolaylı olarak kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olarak nitelendiriliyorsa, bu sonuçlar üzerinde yeni kanunun hükmü geçecektir. Bu durumda yeni kanun, tamamlanmış işlem ve eylemler

²² Özkes, “Zaman İtibariyle Uygulanma,” 2864; Baysal, “Zaman Açısından,” 476; Brogini, “Retroattività,” 343, 360; Akıllıoğlu, Zaman İçinde Uygulama,” 286.

Kazanılmış hakların özel hukuk alanında ileri sürülebilen, ancak ceza hukuku ve idare hukuku alanlarında geçerliği olmayan bir kavram olduğuna ilişkin bkz. Akıllıoğlu, “Zaman İçinde Uygulama,” 286 vd.

²³ Aránzazu Calzada, “A propósito de la retroactividad de la "Lex Atinia de rebus subreptis",” *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 57 (2010): 87-88.

neticesinde elde edilmiş kazanılmış haklara da etki edecek ve gerektiğinde onları ortadan kaldıracak şekilde geriye yürüme imkânı bulacaktır²⁴.

İlkenin bir başka istisnası, içeriği tarafların iradesinden çok, bizzat kanun ile belirlenmiş olan statüler söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. İdare hukukunda geçerli olan bu istisnaya göre, yeni kanun vasıtasıyla bir hukuki statü yaratılmış veya değişikliğe uğratılmış ise, daha öncekinin yerine bu yeni statü geçecek ve tek başına hukuk düzeninde egemen olacaktır²⁵.

Ayrıca muhakeme usûlüne ilişkin çıkarılan yeni kanunlar, bu husustaki eski kanunlara nazaran daha üstün ve ileri hükümler içerdikleri varsayımıyla ve esasında gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden bir doğaya sahip oldukları kabulüyle, devam eden yargılamaların tamamlanmamış kısımlarına derhâl uygulanırlar²⁶. Bu durum teknik anlamda geriye yürüme olmamakla birlikte kanunların geriye yürümeme ilkesinden ayrışmakta ve derhâl yürürlük ilkesinin konusuna girmektedir²⁷.

II. ROMA CUMHURİYETİ'NDE KANUNLARIN ZAMANSALLIĞI VE GERİYE YÜRÜME YASAĞI

A. Kanunların Zamansallığı Fikrinin Gelişimi

Roma'nın kuruluşundan Cumhuriyet Dönemi'nin ilk evrelerine kadar kanunların değişmez ve ebedi olduklarına ilişkin kuvvetli bir inanış söz konusuydu. Bu zamanlarda hukuk örf ve âdete sıkı sıkıya bağlıydı. Bu durum ise çok zorunda kalınmadıkça kanunlarda değişikliklerin yapılmamasına sebep olmaktaydı. Kanunlarda yapılan değişiklikler ise onların örf ve âdete tekrar uygunluğunu sağlamak amacıyla gerçekleştirilmekteydi. Hukuk sistemine yekten getirilen kanunlar, hukuk yaratan ve yenilik getiren kuvvetler olmaktan ziyade, hâlihazırdaki düzenin yazılı bir şekilde yeniden ifade edilmesine yarayan enstrümanlar olarak kabul görmekteydi. Genel kanaate göre Antik Roma'nın ilk kanunlaştırma hareketinin ürünü olan ve

²⁴ Gözler, *Giriş*, 291; Özekes, "Zaman İtibariyle Uygulanma," 2865-2866; Baysal, "Zaman Açısından," 477-478.

²⁵ Gözler, *Giriş*, 289-290.

²⁶ Gözler, *Giriş*, 292; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Üçüncü Baskı (Ajans-Türk Matbaası, 1961), 125-129; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, Yedinci Baskı (Güzel İstanbul Matbaası, 1958), 88-90; Laffi, "Irretroattività," 245-246; Keyman, *Giriş*, 64.

²⁷ Keyman, *Giriş*, 64-65.

kendisinden sonraki kanunlara bir rol modeli teşkil eden XII Levha Kanunu'nun²⁸ da büyük olasılıkla²⁹ bu anlayışla hazırlandığı ifade edilebilmektedir³⁰.

²⁸ (Lat. *leges duodecim tabularum*) Genel kabule göre Roma'nın ilk kodifikasyon çalışmasıdır. Roma toplumunun zengin ve imtiyazlı sınıfı *patricius* ile medeni haklardan büyük ölçüde yoksun olan sınıfı *plebs* arasındaki mücadelede, *plebs*'in *patricius*'la eşit haklara sahip olma noktasındaki baskıları neticesinde hazırlanan kanundur. Nitekim, Roma'nın kuruluşundan itibaren, yalnızca *patricius* sınıfından seçilen rahip hukukçular tarafından yorumlanabilen ve onların, dolayısıyla *patricius*'un tekelinde olan yazılı olmayan hukuk, halka kapalı vaziyetteydi. Bu bağlamda hukukun, dizginlerini elinde bulunduran hâkim sınıf lehine kötüye kullanılması söz konusu olabilmekteydi. *Plebs*'in, hukukun belirli bir sınıfın tekelinden alınıp halka açık hale getirilmesine dair tarihsel sürece yaygın baskın taleplerinin sonucunda, M.Ö. 455 yılında *decemviri* (Tr. on adam) isminde özel ve üstün yetkilerle donatılmış bir heyetin teşkiline karar verilmiştir. *Decemviri* bu tarihten sonra yazılı bir kanunun yapılması için çalışmalara başlamış ve nihayetinde M.Ö. 451 yılında, on adet levhadan oluşan yazılı bir kanun ortaya koymuştur. M.Ö. 449 yılında, *decemviri*'nin yapmak üzere teşkil ettirildiği işi yerine getirmiş olması dolayısıyla tasfiye edilmesinin ardından, *plebs*'in kanuna eklemelerin yapılması gerektiğine dair zorlamaları neticesinde *patricius* ve *plebs* sınıfının ortak çalışmaları ile iki adet levha daha ihdas edilerek XII Levha Kanunu'na vücut verilmiştir. Romalı tarihçi *Livius* XII Levha Kanunu'nu "tüm kamu hukukunun ve özel hukukun kaynağı" olarak tanımlamaktadır. Kanun, özel hukukun çağdaş manada birçok dalına ilişkin hükümlerin yanı sıra kamu hukukuyla bağlantılı çeşitli hükümler de içermektedir. Ancak Roma'daki temel hukuki kurumlar varlıklarını, tarihsel anlamda, XII Levha Kanunu'na borçlu değildi. Zaten bu kurumların bir anda, tek bir kanun huzurunda ortaya çıkmış olması uzak bir ihtimaldir. Esasında Roma'nın kuruluşundan öncesine uzanan zamanlarda insanlar tarafından benimsenmiş ve örf ve âdet hukuku haline gelmiş olan bu temel kurumların XII Levha Kanunu vasıtasıyla yazılı hale getirilmesi sağlanmıştır. Walter Eder, "The Political Significance of the Codification of Law in Archaic Societies: An Unconventional Hypothesis," içinde *Social Struggles in Archaic Rome – New Perspectives on the Conflict of the Orders*, ed. Kurt A. Raaflaub (Blackwell Publishing, 2005), 242, 245; Carlos Felipe Amunátegui Perelló, "The Twelve Tables and the *leges regiae*: A Problem of Validity," içinde *Roman Law Before the Twelve Tables – An Interdisciplinary Approach*, ed. Sinclair W. Bell ve Paul J. Du Plessis (Edinburgh University Press, 2020), 57-58; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2020), 41; Okandan, "Kaynaklar," 458-460.

²⁹ Hazırlanmasının ardından, Romalıların bilgilenebilmesi amacıyla kimi rivayetlere göre bronz, kimi rivayetlere göre taş, kimi rivayetlere göre ise ahşaptan yapılma on iki adet levha halinde *Forum Romanum*'a asılan Kanun'un, M.Ö. 387 yılında Roma'nın, bir *Gallia* kabilesi olan *Senones* tarafından yağmalanmasının ardından yok edildiği tahmin edilmektedir. Birincil bir hukuk kaynağı olarak günümüze ulaşamayan XII Levha Kanunu'nun varlığına ve içeriğine dair izlere, Romalı hukukçuların ve yazarların eserlerinden aktarıldığı kadarıyla rastlanabilmektedir. Bu tarzda ikincil kaynaklarda XII Levha Kanunu hükmü olduğu zikredilerek aktarılan metinlerin bir kısmının, Kanun'da

XII Levha Kanunu'ndaki, yeni çıkarılan kanunların eskilere üstün geleceğine dair hüküm Romalı tarihçi *Titus Livius* tarafından aktarılmaktadır³¹.

Liv. AUC 7.17.12

In XII tabulis legem esse, ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset.

XII Levha Kanunu'nda, “halkın en son yasadığı hukuki ve geçerli olur” hükmü vardır.

Bu bağlamda halkın iradesini yansıtan ve usûlüne uygun yasama faaliyetleri neticesinde çıkarılan kanunlar, Roma'nın kuruluşundan beri var olagelen ata yadigârı örf ve âdet hukukunun bir uzantısı olarak, yürürlüğe girer girmez, ilgili konuları düzenleyen eski kanunları ilga ederek mutlak bir şekilde uygulanmaya başlandır³².

Bu bakımdan Romalılar eski ve yeni kanunların bir arada olmasının hukuk düzeninde çelişkiler yaratabileceğinin ve bu bakımından yeninin eskiye nazaran üstün tutulması gerektiğinin farkında olmuşlardır. XII Levha Kanunu'nda yer alan hüküm de böylesi bir çelişkinin önüne geçmeye yöneliktir. Ancak ilgili hüküm daha ziyade, esas hususunda çelişebilecek kanunların bir arada bulunmasını engellemeye yönelik bir tedbirden ibaretti. Bu husus kanunların hangi zamana dönük olacağına, yani kanunlarda yer alan normların hangi zamanda ortaya çıkmış, tamamlanmış veya tamamlanmamış olgular üzerinde uygulanacağına; kısacası kanunların zamansallığına ilişkin bir kuralı beraberinde getirmemekteydi. Bilindiği kadarıyla XII Levha Kanunu'nda bu türden bir hüküm de yoktu³³. Kanaatimizce böyle bir kuralın

tıpatıp aynı şekilde yer alıp almadıkları, hatta Kanun'dan çok sonraları türetilip türetilmedikleri hususunda tartışmalar vardır. Eder, “Codification of Law,” 242.

³⁰ Broggin, “Retroattività,” 356-357; Eder, “Codification of Law,” 245; Friedrich Affolter, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts* (Verlag von Veit & Comp., 1902), 19-20; Marky, “Retroattività,” 243; Amunátegui Perelló, “Leges Regiae,” 57.

³¹ Heinrich Siber, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates* (S. Hirzel, 1936), 44; Titus Livius, *The History of Rome, Book 7*, ed. W. Weissenborn ve H. J. Müller, S.E.T. 09.04.2024, https://www.loebclassics.com/view/twelve_tables/1938/pbLCL329.511.xml?readMode=reader.

³² Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 22; Siber, *Rückwirkung*, 44.

³³ Siber, *Rückwirkung*, 44; Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Marky, “Retroattività,” 243.

varlığına zaten, örf ve âdet hukukunun mutlak olarak uygulanacağına dair anlayışın hüküm sürdüğü bu dönemde ihtiyaç duyulmamıştır. Şayet Roma'nın kuruluşundan beri var olan ve bir bakıma zamansal birliğe sahip hukukun yansımaları olan³⁴ kanunlar, hâlihazırda zaten üzerinde hükmünü sürdürdüğü geçmiş olaylara ve gelecekte gerçekleşeceklerle doğal olarak uygulanabilir vaziyetteydi. Örf ve âdet hukukunun yapısı bunu olanaklı kılmaktaydı. Bu durumun uzantısı olarak, yargı erkini elinde bulunduran kimselerin vereceği kararların, kanunun çıkarılmasından önce teşkil etmiş iş ve işlemlere de sirayet edeceğinin de kabul edilmiş olduğu belirtilmelidir. Nitekim bütün hareket ve işlemlerin kadim örf ve âdet hukukuna uygun olması beklenirdi ve bunlar hususunda verilecek bütün yargı kararları, geçmişe ve geleceğe uzanan kadim örf ve âdet hukukunun bir tezahürü sayılmaktaydı³⁵.

Romalılar kanunların zamansallığı hususundaki bu hareketsizliklerini Erken Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına dek sürdürmüş, belirli bir farkındalığa ise ancak Geç Cumhuriyet Dönemi'nde erişmeye başlamıştır. İlgili değişimin nasıl ve tam olarak ne zaman ortaya çıktığı belli değildir. Bilinen odur ki bu husus kısa süre içerisinde gerçekleşmemiş, uzun bir zaman dilimine yayılmış ve özellikle M.Ö. 2. yy.dan itibaren belirgin hâle gelmiştir³⁶. Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, kanunların zamansallığı hususunda bir bilinç geliştirildiğine dair önemli bir belirti, M.Ö. 2. yy. ortalarında üç Romalı hukukçu tarafından yapılan bir tartışma huzurunda izlenebilmektedir.

B. Kanunların Zamansallığına Dair Antik Tartışma

Romalı yazar *Aulus Gellius*'un *Noctes Atticae*³⁷ eserinde geçen bir metinde, M.Ö. 2. yy. ortalarına, dolayısıyla Geç Cumhuriyet Dönemi'ne tarihlendirilen bir tartışma aktarılmaktadır. Metinde, üç Romalı hukukçunun,

³⁴ Laurens Winkel, "Lex," 241.

³⁵ Broggini, "Retroattività," 358-359.

³⁶ Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Siber, *Rückwirkung*, 44; Broggini, "Retroattività," 359.

³⁷ *Aulus Gellius*, M.Ö. 130 civarında doğmuş olan Romalı yazardır. Bilinen ve günümüze ulaşan tek eseri olan *Noctes Atticae* (Tr. Attika Geceleri) ise yazarının Atina'da eğitim gördüğü sırada yazmaya başladığı ve bu sebeple bu ismi alan; edebiyat, felsefe, tarih ve hukuk gibi birçok alana ilişkin tartışmaları içeren; Eski Hukuk Dönemi'ne ve XII Levha Kanunu'na ilişkin birçok bilgi aktarması dolayısıyla Roma Hukuku ve Roma hukukçuları bakımından ayrı bir öneme sahip 20 kitaptan oluşan eserdir. D. T. Oliver, "Roman Law in Aulus Gellius," *The Cambridge Law Journal* 5, 1 (1933): 46.

*lex Atinia (de Usucapione)*³⁸ isimli kanunda yer alan bir hükmün geriye yürüyüp yürümediği hususunda kafalarında soru işaretinin olduğu ve bu hususu tartıştıkları belirtilmektedir. Kanun'un dili üzerinden yürütülen bu tartışma, doktrinde, ilgili dönemde kanunların zamansallığına ilişkin farkındalığın geliştiğine ve kanunların geriye yürümemesi gerektiğine dair hukuk sisteminde genel bir kanaatin varlığına gösterge olarak kabul edilmektedir³⁹.

Aulus Gellius, NA 17.7.1-3

(1) *Legis veteris Atiniae verba sunt: "Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto."* (2) *Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui?* (3) *Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quae-sisse ait dubitasseque utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam "subruptum erit" utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum.*

(1) Kadim *leges Atiniae*'ın sözleri şunlardır: "**Çalınan** her ne ise, onun *auctoritas*'ı ebedi olsun." (2) Bu sözlerle, Kanun'un gelecek zamandan başka bir şeye atıfta bulunduğunu kim düşünebilir? (3) Ancak Q[uintus]. Scaevola, ziyadesiyle âlim kişiler olan babasının [Publius Mucius Scaevola'nın], Brutus'un ve Manilius'un, Kanun'un gelecekte gerçekleşecek hırsızlıklar için mi yoksa geçmişte işlenmiş olanlar için mi uygulanacağını tartıştıklarını ve bu hususta

³⁸ M.Ö. 2. yy.ın başlarında veya en geç ortalarında çıkarılmış olduğu tahmin edilen ve içeriği tartışmalı olsa da çalıntı malların (*res furtivae*) kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamayacağı kuralının getirildiği düşünülen kanundur. Berger, *Dictionary*, 548; Umur, *Lügat*, 113-114; Oliver, "Aulus Gellius," 46; Laffi, "Irretroattività," 251; Michael Hewson Crawford, ed., *Roman Statutes Volume II* (Institute of Classical Studies, University of London, 1996), 745.

Bu Kanun, M.Ö. 2. yy.ın sonlarında çıkarılan ve *tribunus plebis*'lerin *senator* olarak *Senatus*'a kabul edilebilmesine cevaz veren, yine *lex Atinia* ismini taşıyan kanundan ayırt edilmelidir.

³⁹ Laffi, "Irretroattività," 248-249; Marky, "Retroattività," 244; Brogini, "Retroattività," 362; Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Adolf Berger, "Ex Post Facto in Roman Sources and Ex Post Facto Laws in Modern Juristic Terminology," *Seminar - An Annual Extraordinary Number of the Jurist* 7 (1949): 62.

şüphelerinin olduğunu, nitekim “çalınan”ın her iki zamanı; hem geçmişi hem de geleceği işaret ettiğini söylemektedir.

Metinde *Aulus Gellius*’un aktarımıyla *Quintus Scaevola*’nın işaret ettiği Romalı hukukçuların⁴⁰ tereddütte kaldığı ve tartıştığı meselenin özü, hükümde başvurulmuş *subruptum erit* (çalınan) ifadesinin dil bilimsel bakımdan tekabül ettiği zamana ilişkindir. İlgili Romalı hukukçular, bu ifadenin gelecek zamana olduğu kadar geçmiş zamana da işaret ettiğini ve bu sebeple Kanun’un geçmişte işlenmiş hırsızlık suçlarını da kapsadığını ve esasında geriye yürüdüğünü düşünmektedir⁴¹.

İlgili cümlelerin hem geçmiş zamanı hem de gelecek zamanı karşılayan bir anlama sahip olduğuna ilişkin dil bilimsel mesele, M.Ö. 1. yy.da yaşamış dil bilimci *Nigidius Figulus* tarafından da ele alınmıştır⁴². *N. Figulus*’un bu husustaki görüşleri, eserin devam eden kısımlarında aktarılmaktadır.

⁴⁰ *Quintus Mucius Scaevola*, hukuku sistematik ve bilimsel bir dal olarak ilk kez ele alan, hukuk biliminin kurucusu olarak addedilen hukukçudur. Romalı hukukçu *Pomponius*, *Q. M. Scaevola*’yı *ius civile*’yi ilk kez derleyen kişi olarak tanımlamaktadır. *D. 1.2.2.41: Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.* | Daha sonra *Publius* oğlu, *pontifex maximus*, on sekiz kitapta muhtelif dallar halinde *ius civile*’yi derleyen *Quintus Mucius* gelir. *Q. Scaevola*’nın babası olarak bahsedilen kişi, Romalı hukukçu *Publius Mucius Scaevola*’dır ve M.Ö. 133 yılında *consul*’luk yapmıştır; hakkında pek fazla bilgi bulunmayan (*Marcus Iunius*) *Brutus*’un 140 yılında *praetor*’luk yaptığı bilinmektedir; yine hakkında fazla bir bilginin olmadığı *Manilius*’un da 149 yılında *consul*’luk yaptığı tahmin edilmektedir. Metinde işaret edilen *P. Mucius Scaevola*, *Brutus* ve *Manilius* dönemlerinin önemli hukuk insanlarıdır. Öyle ki *Pomponius* bu üç hukukçuyu, *ius civile*’nin kurucuları (*fundaverunt ius civile*) olarak adlandırmaktadır. *D. 1.2.2.39: Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile.* | Onları *ius civile*’nin kurucuları *Publius Mucius*, *Brutus* ve *Manilius* takip eder.

Otorite mertebesinde olan bu Romalı hukukçuların görüşleri bu hususta değer arz etmektedir. Brogini, “Retroattività,” 363; Berger, “Ex Post Facto,” 62.

⁴¹ Siber, *Rückwirkung*, 47; David Daube, “Furtum Proprium and Furtum Improprum,” *Cambridge Law Journal* 6 (1937): 232-233; Berger, “Ex Post Facto,” 62-63; Brogini, “Retroattività,” 363.

⁴² Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Marky, “Retroattività,” 249; Laffi, “Irretroattività,” 252.

Aulus Gellius, NA 17.7.4-6

(4) *Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum.* (5) *Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam.* (6) *Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et “est” “esse” et “erit”: quando per sese ponuntur, habent atque retinent tempus suum; cum vero praeterito iunguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt...*

(4) Roma'nın allamelerinden *P. Nigidius*, dil bilgisi tefsirlerine ilişkin yirmi üçüncü kitabında bu belirsizlik hakkında yazmaktadır. (5) Kendisi de hangi zamana işaret edildiğinin şüpheli olduğunu düşünmektedir; ancak [bu hususu] sanki okuyucularını bilgilendirmekten ziyade, hafızasını diri tutmak gayesiyle kendine notlar alıyormuşçasına, oldukça kısa ve üstü kapalı bir şekilde zikretmektedir. (6) Öte yandan, onun anlayışına göre “est” (olur/eder), “esse” (olmak) ve “erit” (olacak/edecek) bağımsız kelimelerdir ve tek başlarına kullanıldıklarında kendi fiil kiplerini (zamanlarını) muhafaza ederler; ancak ne zaman ki yanlarına bir geçmiş zaman sıfat fiili (ortacı) alırlar, o zaman kendi kiplerini (zamanlarını) kaybetmeye zorlanırlar ve geçmiş zamanı işaret ederler...

Anlaşıldığı üzere, metinde yer alan *erit* her ne kadar “olmak” fiilinin etken (*activus*), gelecek zaman (*futurum*), üçüncü tekil şahıs çekimini teşkil etmekteyse de yanına gelen geçmiş zaman sıfat fiili *subruptum* aracılığıyla geçmiş zamanı (da) işaret eden bir hâle bürünmektedir⁴³.

⁴³ Metinde bahsedilen Latince dil bilgisine özgü durum; esasında gelecek zamanlı *erit* fiilinin, geçmiş zaman sıfat fiili olan *subruptum*'la kullanılması halinde değişime uğraması ve geçmişe işaret eden bir yapıya bürünmesidir. Latince dil bilgisinin, Türkçe dil bilgisiyle tam olarak örtüşmemesinden ötürü metnin anlamının kavranması kolay değildir; motamot çeviri yapılması hâlinde ise anlam farklılığı söz konusu olabilecektir. Nitekim Türkçede geçmiş zaman sıfat fiilleri, fiile -mış/-miş veya -dık/-dik eklerinin getirilmesiyle oluşturulur. Bu yapıya sahip kelimelerin (örneğin “edilmiş”, “yapılmış”) geçmiş zamanı

Antik doktrinde *lex Atinia*'nın geriye yürümediğine dair görüşler vardır. Metinden de çıkarılabildiği üzere *Aulus Gellius*, *lex Atinia*'nın geriye yürümediğini düşünmektedir, nitekim kanaatimizce nüktedan bir biçimde okuyucusuna, “*Kanun’un gelecek zamandan başka bir şeye atıfta bulunduğunu kim düşünebilir?*” sorusunu yöneltmektedir⁴⁴. *Cicero* da *lex Atinia*'nın geriye yürümediği ve hatta *lex Atinia* gibi özel hukuku ilgilendiren diğer kanunlar bakımından da katı bir geriye yürüme yasağı olduğu kanaatindedir. Nitekim ona göre hukukta yapılacak değişiklikler, geçmişte yapılan işlemlerin geçerliğini etkilememektedir⁴⁵.

Cic. In Verr. 2.1.42.109

De iure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia quae ante acta sunt rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnis praeterea de iure civili: hoc reperies in omnibus statui ius quo post eam legem populus utatur...

Ancak *ius civile*'de bir yenilik teşkil ettirildiği takdirde, şüphesiz evvelden yapılan her şeyin hukuken geçerli olduğunu kabul etmek lüzumlu değil midir? *Atinia*,

işaret ettiği kolaylıkla anlaşılabilir. Bu kelimeler, geniş zamanı yahut gelecek zamanı göstermedikleri hususunda şüpheye yer bırakmazlar. Bu bakımdan, metnin aslına sadık kalarak *subruptum* geçmiş zaman sıfat fiilini Türkçedeki geçmiş zaman sıfat fiil karşılığıyla (“çalışmış”, “çalışın-mış olacak” veya “çalışın-mış olacak olan”) çevirmeyi tercih etmedik. Bunun yerine, okuyucuyu hem geçmişini hem de geleceği işaret ettiği kanısına vardırabilecek “geniş zaman sıfat fiili”ne başvurduk. Nitekim Türkçe dil bilgisinde geniş zaman sıfat fiili, en yaygın şekilleriyle fiile -an/-en, -ıcı/-ıcı ve -ar/-er eklerinin getirilmesiyle oluşturulur ve özellikle **-an/-en** eki aracılığıyla ortaya çıkarılan sıfat fiilin hangi zamana işaret ettiği ancak, sıfat fiilin kullanıldığı cümlelerin bağlamından çıkarılabilecek bir husustur. Bu sıfat fiiller geniş zamanı (zaman kayması sonucunda bazen de gelecek zamanı) işaret edebildiği gibi geçmişe yönelik de olabilirler. Metindeki ikiliği gösterebilmek adına yaptığımız çeviride tartışmaya konu *subruptum erit* ifadesini “**çalışnan**” olarak belirtmiş bulunmaktayız. Türkçede sıfat fiiller hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tahsin Banguoğlu, *Türkçenin Grameri* (Türk Dil Kurumu Yayınları, 2019), 422 vd.; Zeynep Korkmaz, *Türkiye Türkçesi Grameri – Şekil Bilgisi* (Türk Dil Kurumu Yayınları, 2022), 784 vd. Özellikle geniş zaman sıfat fiillerinin geçmiş zaman işlevi için bkz. Korkmaz, *Grameri*, 807-808.

⁴⁴ *Aulus Gellius*, *Noctes Atticae*'da, zamanında *praetor*'lar tarafından özel yargıç (*iudex*) olarak atanmış olduğunu belirtmiş olsa da hukuk bilgisine sahip olan bir yazardır, fakat hukukçu değildir; bu bakımdan kanaatimizce böyle bir mesele hususunda kendisini otorite olarak kabul etmek mümkün değildir. Oliver, “Aulus Gellius,” 46-47.

⁴⁵ Calzada, “Lex Atinia,” 82; Laffi, “Irretroattività,” 252, 260-261; Marky, “Retroattività,” 252; Brogini, “Retroattività,” 382; Affolter, *intertemporalen Privatrechts*, 21.

Furia, Fufia ve bizzat *Voconia* kanunlarını ve *ius civile*'ye ilişkin diğer kanunları ele alalım: hepsinde ortak olan bir şey vardır, yürürlüğe girmelerinden sonra cemiyeti bağlayan hükümleri.

Öte yandan *lex Atinia*'nın geriye yürüdüğü görüşü çağdaş doktrinde ağırlıklı olarak kabul görmektedir. Bu husustaki görüşler, Kanun'un çalıntı malların kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasının önüne geçilebilmesi amacıyla çıkarıldığı olgusunu ortak nokta olarak ele almaktadırlar. Nitekim, Kanun'la, geçmişte işlenen hırsızlık suçu (*furtum*) neticesinde ele geçirilmiş olan malların mülkiyetinin, Kanun çıktıktan sonra kazandırıcı zamanaşımı (*usucapio*) ile kazanılması önlenmek istenmektedir⁴⁶. Ancak M.Ö. 2. yy.da çıkarıldığı tahmin edilen Kanun'un bu hükmünün gerekliliği de tartışma konusudur.

M.Ö. 449 yılında çıkarılan XII Levha Kanunu'nda hırsızlık suçunun failinin, çaldığı malın mülkiyetini hiçbir şekilde kazandırıcı zamanaşımıyla kazanamayacağına zaten hükmedilmektedir⁴⁷. M.Ö. 5. yy.da düzenlenmiş bir kuralın, üç yüz yıl sonra, M.Ö. 2. yy.da tekrar ve birebir şekilde ele alınmış olması makul değildir ve bu durum bir çelişki ve bir ikilik yaratmaktadır. Bu hususu açıklamak üzere doktrinde, Kanun'un esasından yola çıkılarak birtakım görüşler ileri sürülmüştür⁴⁸.

Bir görüş kapsamında, ilgili çağda Roma'nın Kuzey Afrika'dan İtalya'nın tümüne yayılan geniş topraklarda yaşayan nüfusunun büyüklüğünün ve çeşitliliğinin gölgesinde XII Levha Kanunu'nun

⁴⁶ Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Laffi, "Irretroattività," 250.

⁴⁷ Tabula I, 22: *rei subruptae aeterna auctoritas est*. | Çalıntı şeyin üzerindeki *auctoritas* ebedidir.

Gaius da XII Levha Kanunu'ndaki hükmü kendi ifadesiyle aktarmaktadır. *Gai. Inst.* 2.45: *...nam furtiuam lex XII tabularum usucapi prohibet...* | ...XII Levha Kanunu çalınan malın kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılmasını yasaklar... Daube, "Furtum," 217; Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Furtum* (İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975): 66; Laffi, "Irretroattività," 251; Crawford, *Volume II*, 578-579.

⁴⁸ Kanun'da çalınan şey ile kastedilenin, hırsızlığı da içine alan geniş bir suç yelpazesini karşılayan *furtum* suçunda "hile yolu ile ele geçirilen taşınmaz şey" (*res furtiva*) kavramından farklı olarak yalnızca "gizlice gerçekleştirilen hırsızlık neticesinde çalınan taşınır mal" (*res subrepta*) olduğuna dair konumuz dışında kalan Huvelin'e ait eleştiriye açık görüş hakkında bkz. Daube, "Furtum," 217 vd. ve Tahiroğlu, *Furtum*, 66-67. Özellikle ilgili görüşün, bizzat sahibi olan Huvelin tarafından terk edildiğine ilişkin bkz. Daube, "Furtum," 234 dn. 49.

unutulmaya yüz tuttuğu ve bu dönemde hırsızlık vakalarının artmasının toplumda infiale sebep olduğu; *lex Atinia*'nın da XII Levha Kanunu'nda yer almakla birlikte kadük hâle gelmiş çalıntı malların kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılamayacağına ilişkin hükmünü diriltmek, toplumsal infiali hafifletmek ve nihayetinde kamu düzenini yeniden tesis etmek amacıyla çıkarıldığı savunulmaktadır⁴⁹. Bu görüşü temel alarak ortaya konulan benzer bir görüş çerçevesinde XII Levha Kanunu'nda öngörülen kazandırıcı zamanaşımı süresinin kısalığının⁵⁰, bu hukuki kurumun kötü niyetli kişiler tarafından suistimal edilmesine yol açtığı ve bu durumun, hükmün *lex Atinia* ile yenilenmesine zemin hazırladığı da ifade edilmektedir⁵¹. Ancak XII Levha Kanunu'nun *Iustinianus* Dönemi'nin bitimine kadar yürürlükte kalan⁵² ve *Cicero*'dan öğrendiğimiz üzere Geç Cumhuriyet Dönemi'ne kadar hükümleri Romalı çocuklar tarafından dahi ezberlenen⁵³ bir kaynak olduğu göz önünde bulundurulursa, ilgili hükmün unutulup bir kenara bırakılması kanaatimizce olası görünmemektedir.

Mommsen tarafından ortaya konulan ikinci bir görüş kapsamında, XII Levha Kanunu'ndan farklı olarak *lex Atinia* ile, çalıntı malı kazandırıcı zamanaşımıyla kazanmasına engel olunmak istenen kimsenin, hırsızdan ziyade malı hırsızdan devralan üçüncü kişiler olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim bu ikinci görüşe göre, XII Levha Kanunu'nda çalıntı malı kazandırıcı zamanaşımı ile kazanması önlenen kimse yalnızca o malı çalan kişi, yani hırsızdır. Fakat bu yasak, hırsızdan ilgili malı devralmış olan üçüncü kişilere yaygın değildir. XII Levha Kanunu bu hususta suskun kalmış, hukuki boşluk ise daha sonra *lex Atinia* ile doldurulmuştur. XII Levha Kanunu'nun ilgili hükmünün bu hususa ilişkin bir düzenleme içermemesi sebebiyle çalıntı malın üçüncü kişilerce kazanılmasının önüne geçilememesi dolayısıyla *lex Atinia*

⁴⁹ Calzada, "Lex Atinia," 79-80, 86; Brogini, "Retroattività," 365.

⁵⁰ Bu süre taşınmazlarda 2 yıl, taşınırlarda 1 yıldır. Tabula VI, 3: *usus auctoritas fundi biennium (esto. ?ceterarum rerum? annus esto.)* | Kazandırıcı zamanaşımı (*usus auctoritas*) taşınmazlarda 2 yıl, diğer şeyler için 1 yıl olsun. Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2015), 182; Calzada, "Lex Atinia," 85.

⁵¹ Ulrich von Lübtow, "Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der lex Atinia," içinde *Festschrift Fritz Schulz – Erster Band*, ed. Werner Flume (Hermann Böhlau Nachfolger, 1951), 266; Calzada, "Lex Atinia," 89.

⁵² Okandan, "Kaynaklar," 460.

⁵³ *Cic. De Leg. 2.59: Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium...* | Biz, şayet çocuklar olarak, XII [Levha Kanunu]'yi lüzumlu bir şiir gibi öğreniyorduk.

çıkarılmıştır. Kanun'un çıkarılmasıyla yalnızca çalıntı malı devralmış üçüncü kişilerin ilgili malı kazandırıcı zamanaşımı ile kazanmasının önüne geçilmemiş, aynı zamanda *lex Atinia* çıkarılmadan evvel çalınan ve üçüncü kişilere devredilen mal üstündeki kazandırıcı zamanaşımı süresini henüz doldurmamış olan bu üçüncü kişiler aleyhine Kanun geriye yürütülmüş ve kalan süreyi doldurarak ilgili çalıntı malları kazanmaları önlenmiştir^{54, 55}. Şayet Kanun geriye yürümemiş olsaydı, XII Levha Kanunu'nun yürürlükte olduğu anda çalıntı malı devralan üçüncü kişi, önünde sonunda kazandırıcı zamanaşımı ile bu malı kazanma imkânını elde edebilecekti.

Bu görüşle bağlantılı olan üçüncü bir görüş kapsamında ise, hırsız tarafından çalınmış olan malın üçüncü kişiye devredilmesinin ardından kazandırıcı zamanaşımı ile bu üçüncü kişi tarafından kazanıldığı ana kadar Kanun'un geriye yürüdüğü savunulmaktadır. Bu görüş, Kanun hükmünün geriye yürüdüğü noktanın belirsizliğini esas almaktadır. Nitekim geriye yürüme hâlinin nerede sonlanacağına ilişkin metinden çıkarılabilecek bir ifade mevcut değildir. Çalıntı malın üçüncü kişiler tarafından Kanun'un çıkarılmasından önce kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmış olması hâlinde dahi malın asıl sahibinin bir *auctoritas*'ının olabileceği bu kapsamda düşünülmektedir. Kanaatimizce bu son görüş isabetli değildir ve Roma

⁵⁴ von Lübtow, "Lex Atinia," 264-265; Laffi, "Irretroattività," 251; Daube, "Furtum," 231-233; Brogini, "Retroattività," 365; Tahiroğlu, *Furtum*, 66.

⁵⁵ Bu düşüncüyü Pomponius da desteklemektedir. *D. 41.3.24 pr.: Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest.* | Kanun kazandırıcı zamanaşımını yasaklıyorsa [bu] iyiniyetli zilyedin yararına değildir.

Belirtilmelidir ki *Gaius*'un da *lex Atinia*'yla esasında iyiniyetli üçüncü kişilerin kazandırıcı zamanaşımı ile çalıntı mal kazanmasının önüne geçildiğinin farkında olduğu ve bu hususu *Institutiones*'inde irdelediği; ancak ilerleyen dönemlerde, yazdıklarının değişikliğe uğratılması suretiyle bu kuralın kaynağının XII Levha Kanunu'ymuş gibi yansıtıldığı ileri sürülmektedir. Calzada, "Lex Atinia," 86. Değiştirildiği ileri sürülen metin için bkz. *Gai. Inst. 2.49: Quod ergo uulgo dicitur furtuarum rerum et ui possessorum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quique per uim possidet, usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet), sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.* | Genel olarak ifade edildiği üzere, XII Levha Kanunu'ndaki çalıntı veya zilyetliği zorla ele geçirilen malların kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılması yasağı hırsızın veya zilyetliği zorla ele geçiren kimsenin kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyeti kazanmasının önlenmesi demek değildir (nitekim kazandırıcı zamanaşımı onlara başka bir sebepten, kötünietli olmaları yüzünden işlememektedir); bunun yerine, hiç kimsenin, iyiniyetli bir biçimde satın almış olsalar dahi, kazandırıcı zamanaşımı ile ilgili şeyin mülkiyetini kazanma hakkının olmadığı anlamına gelir.

Hukuku'nun hakkaniyet anlayışıyla bağdaşmamaktadır; doğru olduğu kabul edildiği takdirde, *lex Atinia* vasıtasıyla, evvelden kazandırıcı zamanaşımı ile kendilerine yeni bir hukuki durum tesis edilmiş olan kişilerin haklarının korunmamış olduğu ve –modern tabirle– hukuk güvenliğinin sarsılmasına imkân yaratıldığı sonucuna varılacaktır⁵⁶.

Lex Atinia'nın hukuk sistemine XII Levha Kanunu'nda yer almayan bir yenilik getirip getirmediğini; ama daha önemlisi geriye yürüyüp yürümediğini, yürüdüyse de hangi hukuki olaylar özelinde yürüdüğünü kesin olarak tespit etmek mevcut verilerle imkânsızdır. İlgili hususlara ilişkin yukarıda aktarılan antik tartışmanın nasıl sonuçlandığı ve nasıl bir karara bağlandığı bilinmediği⁵⁷ gibi Kanun metninin ancak küçük bir kısmı günümüze ulaşabilmiştir. Kanun'un bu husustaki uygulamasına ilişkin bir somut olaya da kaynaklarda rastlanmamaktadır. Öte yandan XII Levha Kanunu ve *lex Atinia* arasındaki nüansı en isabetli şekilde ortaya koyanın Mommsen'e ait ikinci görüş olduğu⁵⁸, bu bakımdan da esas itibarıyla Kanun'un geriye yürümüş olduğu kanaatindeyiz.

Ancak burada asıl odaklanılması gereken yer Kanun'un gerçekten geçmişe etkili olup olmadığının kati surette tespitinden ziyade Romalı hukukçuların bu hususta teorik bir tartışma yürütmüş olduklarının fark edilmesidir. Elbette ki ilgili Romalı hukukçuların Kanun'un kötü bir dille yazılmasından ötürü uygulanacağı zamanın belirsiz olmasıyla sınırlı bir tartışma yürütmüş olmaları mümkündür. Nitekim Kanun'un geriye yürüdüğüne dair düşünce, *Noctes Atticae* metninden aktarıldığı kadarıyla

⁵⁶ Laffi, "Irretroattività," 252; Brogini, "Retroattività," 364. "Kazanılmış hak" kavramının cümle içinde kullanılmamasına özen gösterilmiştir. Nitekim Roma Hukuku'nun hiçbir evresinde işbu kavrama başvurulduğu vaki değildir. Brogini, "Retroattività," 401.

⁵⁷ Daube, "Furtum," 234 dn. 48.

⁵⁸ Kaser, ilgili görüşün muteber olmadığını ve XII Levha Kanunu'nun yalnızca hırsızın kazandırıcı zamanaşımı ile çalıntı malı kazanmasını önlemediğini, bu yasağın aynı zamanda üçüncü kişilere de yaygın olduğunu düşünmektedir. Ona göre, eğer ilgili görüşte savunulan durum gerçek olsaydı ve dolayısıyla XII Levha Kanunu yalnızca hırsız bakımından kazandırıcı zamanaşımı ile kazanmayı önleseydi; XII Levha Kanunu'nun bu hususta yürürlükte olduğu dönemde, hırsızlık mağdurunun açacağı davada spesifik olarak davalının "hırsız" olduğunu mutlak surette ispatlaması gerekecekti, ancak eski dönemlerden o zamana, davacının böyle bir ispata başvurması gerekli değildi ve kim tarafından yapıldığı fark etmeksizin yalnızca hırsızlık eylemine maruz kaldığını ispat etmesi yeterli olmaktadır. Max Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Böhlau-Verlag, 1956), 96.

yalnızca tartışmalı *subruptum erit* ifadesinin geçmişe yönelik olup olmadığı noktasında, yani dil bilgisel bir mesele etrafında şekillenmektedir. Bununla birlikte, Kanun'un geriye yürümesinin ya da bu ihtimalin ortaya çıkmasının, Romalı hukukçular tarafından yadırgandığı ve bu tartışmaya yol açtığı; bu durumun ise, ilgili dönemde kanunların geriye yürümemesi gerektiğine dair var olan bir düşünceden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Her iki olasılıkta da ilgili hukukçuların kanunların zamansallığıyla ilgili bir fikir sahibi olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹.

Kanaatimizce *lex Atinia* özelinde ortaya çıkan tartışmadan, Geç Cumhuriyet Dönemi'nde hukuk camiasının, kanunların zamansallığı hususunda geçmiş dönemlere nazaran belirli bir olgunluğa ulaştığı ve bununla bağlantılı olarak kanunların geriye yürümemesi gerektiğine dair bir anlayışa da sahip oldukları sonucuna ulaşılmalıdır.

C. Kanunların Geriye Yürümezliği Anlayışı ve Geç Cumhuriyet Dönemi Kanunlarındaki Gelişmeler

Lex Atinia örneği üzerinden, Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, kanunların zamansallığı hususunda bir bilinç geliştirildiğine ve bununla yakından ilgili bir kavram olan kanunların geriye yürümezliği hususunda bir anlayışın şekillenmeye başladığına dair emarelere ulaşılmaktadır. Öte yandan, ilgili gelişim yalnızca bu tartışma özelinde değil fakat bu dönemde çıkarılan kanunlarda yapılan somut ve gözle görülür değişikliklerden, özellikle

⁵⁹ Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Laffi, "Irretroactivita," 248-250, 252-253; Brogini, "Retroactivita," 363; Marky, "Retroactivita," 244, 248, 253 dn. 1, 255. Öyle ki ilgili hukukçuların çağdaşı olan ünlü Romalı hukukçu *Pomponius*'un başka bir hukuki kuruma ilişkin benzer bir tartışmayı yürütmüş olması, esasında meselenin, kanunların zamansallığıyla ilgili olduğu tezini kuvvetlendirmektedir. D. 50.16.123 (*Pomponius libro 26 ad Quintum Mucium*): *Verbum "erit" interdum etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat. Quod est nobis necessarium scire et cum codicillis ita confirmati testamento fuerint: "quod in codicillis scriptum erit", utrumne futuri temporis demonstratio fiat an etiam praeteriti, si ante scriptos codicillos quis relinquit. Quod quidem ex voluntate scribentis interpretandum est. | "Erit" (Olacak) fiili sadece gelecek zamana değil, bazen geçmiş zamana da delalet eder. Özellikle vasiyetname zeylinin vasiyetnamede "vasiyetname zeylinde yazılan ne ise" şeklinde tanınmış olduğu hallerde; eğer vasiyetçi zeyli evvelden düzenlediyse, [bu cümleyle] gelecek zaman mı yoksa geçmiş zaman mı kastedilmiştir; işte bu hususu bilmek bizim için zaruridir. Laffi, "Irretroactivita," 250 dn. 10; Marky, "Retroactivita," 249.*

kanunların yazımında başvurulan birtakım özellikli yöntemler üzerinden izlenebilmektedir.

Erken Cumhuriyet Dönemi'nde kanunlar kısa, sade hükümlerden oluşmaktaydı. Bu dönemde, hükümlerde kullanılan dilin sözlü kültürün etkisi altında şekillendiği ve terminolojik bir yapıya sahip olmaktan ziyade günlük konuşma diline yakın ifadeler barındırdığı görülmektedir. Bu özellikleriyle XII Levha Kanunu, erken dönem kanunlarının tipolojisini yansıtan en belirgin örneklerden biridir. Ancak, Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, kanun hükümlerinin daha uzun, ayrıntılı ve sistematik bir şekilde yazıldığı dikkat çekmektedir. Bu dönemde, kanunların düzenleme altına aldığı meseleler ve bunlara ilişkin unsurlar, açık ve muntazam bir şekilde hükümlerde yer almaya başlamış; önceki dönemlerle kıyaslandığında kanunların yazım tarzı ve içeriğinde önemli bir gelişim kaydedilmiştir⁶⁰. Nitekim Geç Cumhuriyet Dönemi'nde kanun koyucunun kanunları düzenlerken daha titiz hareket ettiği gözlemlenmektedir⁶¹.

Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, kanunların geriye yürümemesinin bilinçli bir şekilde istenmeye başlaması ile *fides*⁶² ilkesinin gelişimi arasında bir bağlantı vardır. Bu ilkenin temelinde, hukuk sükjeslerinin hukuk sistemine, kanunlara ve onların teşkiline vesile olan kanun koyucuya güven duyma ihtiyacı ve tüm bu silsilenin güvenilir temellere dayanma gereği yatmaktadır. Kişiler attıkları adımların ne sonuçlar doğurabileceğini veya doğurmayacağını bilerek adım atabilmelidir, hareketlerinin sonuçları onlar açısından

⁶⁰ Marky, "Retroattività," 243-244.

⁶¹ Siber, *Rückwirkung*, 48.

⁶² (Tr. Güven) Verilen sözün tutulması, sorumlulukların kendiliğinden yerine getirilmesi, kendisine güvenilen kişinin bu güvene layık olduğunu gösterecek şekilde dürüstçe hareket etmesi gibi anlamlara gelen kavramdır. Romalılar *fides*'i en önemli erdemlerden (*virtus*) birisi olarak kabul etmekteydi. Umut, *Lügat*, 73.

Roma Hukuku'nda özel hukuk ilişkilerinin teşkili, sürdürülmesi ve sona erdirilmesi bakımından esas alınan ve daha dar anlamı hukuki bir kavram olarak ortaya *bona fides* (terimin Türk Hukuku'ndaki ikili yapısı çerçevesinde Türkçeye hem iyiniyet hem de dürüstlük olarak çevrilebilmektedir) çıkmaktadır. Özel hukuka ilişkin *bona fides*'in yanında daha ziyade kamu hukukuyla bağlantılı olup geniş bir şekilde yorumlanmaya müsait *fides publica* kavramı da vardır. Bu kavram, kanunların iyi niyetli ve toplum yararına olacak şekilde uygulanması anlamına da gelir. Özellikle Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, hem *bona fides*'in hem de *fides publica*'yı kapsayan *fides*'in ihlalinin, toplumsal yaşamın bozulmasına sebep olacağı düşünülmekteydi. Marc de Wilde, "Fides publica in Ancient Rome and its reception by Grotius and Locke," *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 79 (2011): 458-460.

öngörülebilir olmalıdır. Bu güveni ise hukuk sistemine kanun koyucu eliyle getirilen bir normun, o normun çıkarılacağını tahmin etmeleri mümkün olmayan kişilerin geçmişteki hareketlerini de kapsayacak şekilde geriye yürütülmesine mâni olmak, bunu yasaklamak sağlayacaktır⁶³.

Kanunların geriye yürümezliğine ilişkin anlayış çerçevesinde, kanunların yazım şekilleri ve içerikleriyle bağlantılı olarak, kronolojileri tam anlamıyla takip edilemeyen ve kaynakları veya çıkış noktaları tam olarak tespit edilemeyen birtakım yöntemlere başvurulduğu görülmektedir. Bu yöntemler kanun metinlerinde eskisinden farklı fiil kipine başvurulması, kanunların geçmişe etki etmesini engelleyen belirli ifadelerin kullanılması ve de kanunların üzerinde yürütüldüğü olayların sınırlarının açık bir şekilde belirlenmesi şeklinde sınıflandırılabilir.

1. Fiil Kipi

Geç Cumhuriyet Dönemi kanunlarında göze çarpar bir şekilde zamanın dikkate alındığı ilk nokta, metinde başvurulmuş “fiil kipi”ydi. XII Levha Kanunu gibi Erken Cumhuriyet Dönemi’nde çıkarılan kanunların yazımında “*imperativus*” (emir kipi) veya daha ziyade “*praesens*” (geniş zaman veya şimdiki zaman) kullanılmaktayken⁶⁴; zaman farkındalığının edinildiği Geç Cumhuriyet Dönemi’nde çıkarılan kanunların yazımında, daha ziyade *futurum simplex* (gelecek zaman) veya gelecekte gerçekleşecek veya tamamlanacak şeyleri ifade etmeye yarayan *futurum perfectum (exactum)* fiil kipi tercih edilmeye başlamıştır⁶⁵.

2. Kanunların Geriye Yürümesini Engelleyici İfadelerin Kullanımı

Geç Cumhuriyet Dönemi’nin başlarında, yalnızca kanun metinlerinde gelecek zaman fiil kipine başvurularak kanunların geriye yürümesinin önüne geçilmekteydi. Ancak M.Ö. 2. yy.ın ikinci yarısından itibaren çıkarılan

⁶³ Marky, “Retroattività,” 248, 254; Brogini, “Retroattività,” 386-387; Fritz Schulz, *I principii del diritto romano*, çev. Vincenzo Arangio-Ruiz (Casa Editrice Sansoni, 1946), 199, aktaran: Marky, “Retroattività,” 254; Yılmaz, “Geriye Yürümezlik,” 61.

⁶⁴ Kanun metinlerinde daha ziyade emir kipine veya geniş zaman/şimdiki zamana başvuruluyor olması, bu dönemde çıkarılan kanunların, örf ve âdetle bağlantılı kesin ve derhâl uygulanacak hükümler içerdiğini göstermektedir. Marky, “Retroattività,” 243; Brogini, “Retroattività,” 357.

⁶⁵ Marky, “Retroattività,” 243-244; Siber, *Rückwirkung*, 47.

kanunlarda, bunun yanı sıra daha karmaşık yöntemlere başvurulmaya başlanmıştır. Bu yöntemlerden en önemlisi, kanunlara geçmişe etkili olmalarını engelleyici özel ibarelerin, cümleciklerin yerleştirilmesidir. “*Post hanc legem*”⁶⁶ ifadesi ve benzer anlamlara gelen “*post hac*” veya “*post hac lege*” gibi⁶⁷ ifadeler bu dönemde çıkarılan kanunlarda rastlanmaktadır. Ayrıca kimi zaman çıkarılmalarından evvel gerçekleşen olgulara ve olaylara etkili olmayacaklarının dolayısıyla bildirildiği “*ante hanc legem*”⁶⁸ ifadesine kanunlarda başvurulmuştur⁶⁹. Bu ifadeleri içeren kanunların sayılarının özellikle M.Ö. 1. yy.dan itibaren artış gösterdiği görülmektedir⁷⁰.

Post hanc legem, *post hac*, *post hac lege*, *ante hanc legem* gibi ifadeleri içermeyen kanunların kendiliğinden geçmişe etkili olduğu söylenememektedir. Öte yandan ilgili ifadelerle sahip kanunların, bu ifadeler vasıtasıyla, salt lafzi yorumla dahi geriye yürütülmelerinin önüne geçilmiştir⁷¹.

⁶⁶ Latince bu cümlecik Türkçeye, “(bu) kanunu takiben” veya “(bu) kanundan sonra” şeklinde çevrilebilmektedir. Cicero’nun aktardığı bir anekdot, bu ifadenin işlevselliğini vurgular niteliktedir. Cicero, *Pro Rabirio Postumo* 6.14: *Glaucia solebat, homo impurus, sed tamen acutus, populum monere ut, cum lex aliqua recitaretur, primum versum attenderet. Si esset “dictator, consul praetor, magister equitum” ne laboraret; sciret nihil ad se pertinere; sin esset “Quicumque post hanc legem”, videret ne qua nova quaestione adligaretur.* | Namussuz ama bir o kadar da zeki bir adam olan *Glaucia*, zamanında insanlara, herhangi bir kanundan bahsedildiğinde [kanunun] mukaddimesine dikkat etmelerini öğütlerdi. Eğer [mukaddime] “*dictator, consul, praetor, magister equitum*” şeklindeyse endişelenmelerine mahal yoktur, nitekim [kanunun] onlarla alakası yoktur; ama “her kim **(bu) kanundan sonra**” şeklindeyse yeni meselelere bulaşmaktan sakınmalarında fayda vardır. Marky, “*Retroattivita*,” 245; Siber, *Rückwirkung*, 46, Broggin, “*Retroattivita*,” 359. Laffi, bu anekdotun, özellikle ceza kanunları bakımından geçerli olduğunu düşünmektedir. Laffi, “*Irretroattivita*,” 266.

⁶⁷ *Post hac*, “bundan sonra”; *post hac lege*, “bu kanunla” anlamlarına gelmektedir. Lafız içerisinde kanunların geriye yürüyüp yürümemesiyle ilgili olarak *praeteritus/-a/-um* (evvel; geçmiş) ve *futurus/-a/-um* (ileriki; gelecek) sıfatları ile *ante* (önce; evvel) ve *post / postea* (sonra; bundan böyle) zaman zarflarına da başvurulmuştur. Adolf Berger, “*Ex Post Facto*,” 62.

⁶⁸ Latince “(bu) kanundan önce” anlamına gelmektedir.

⁶⁹ Marky, “*Retroattivita*,” 245-246, 262.

⁷⁰ Broggin, “*Retroattivita*,” 360; Calzada, “*Lex Atinia*,” 77; Laffi, “*Irretroattivita*,” 264.

⁷¹ Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 21; Marky, “*Retroattivita*,” 245; Siber, *Rückwirkung*, 47-48; Laffi, “*Irretroattivita*,” 264; Broggin, “*Retroattivita*,” 360.

3. Kanunların Zamansal Olarak Üzerinde Yürütüldüğü Farazi Olayların Sayılması

Kanunların geriye yürütmesinin önlendiği bir diğer yöntem ise, kanunlarda, normun üzerinde yürütüleceği farazi olayların ortaya çıkış zamanına göre sayılmasıdır⁷². Bu kanun yazım yöntemi çerçevesinde, çıkarıldığı tarihten önce başlamış ve tamamlanmış fiillerin ve işlemlerin dışlanması sağlanarak kanunların bunları etkileyecek biçimde uygulanması yasaklanmıştır. Bu yöntem çerçevesinde kanun koyucu, kanunlarda açık bir biçimde gelecekte gerçekleşecekleri rahatlıkla anlaşılabilir olayları sayma yoluna gitmiştir⁷³.

D. Kanunların Geriye Yürümezliğine İlişkin Kanun Örnekleri

1. *Lex Papiria de Sacramentis* ve *lex Plaetoria de Iurisdictione* Örnekleri

Geç Cumhuriyet Dönemi'nde kanunlarda zaman kavramının belirginleşmeye başladığının ilk emarelerine *lex Papiria de sacramentis*⁷⁴ ve *lex Plaetoria de iurisdictione*⁷⁵ de ulaşılabilmektedir. Geç Cumhuriyet Dönemi'ne ait oldukları kesin olmakla birlikte çıkarılma tarihlerinin belirsizliğini koruduğu⁷⁶ bu iki *plebiscita*'nın gelecek zamana başvurularda yazıldıkları görülmektedir.

*Lex Papiria de sacramentis*⁷⁷

(Q)uicumque praetor posth(a)c factus erit, qui inter ciues
ius dicet, tresuiros capitales populum rogato, (i)ique

⁷² Marky, "Retroattività," 245.

⁷³ Siber, *Rückwirkung*, 47-48.

⁷⁴ Tarihi net olmamakla birlikte *praetor peregrinus* makamının ihdas edildiği M.Ö. 241 yılından önce olmayan bir tarihte çıkarılan ve genel kaniye göre *tresviri capitales*'in seçim usulünü düzenleyen bir *plebiscitum*'dur. Crawford, *Volume II*, 733.

⁷⁵ Tarihi net olmamakla birlikte M.Ö. 3. yy.da *tribunus plebis* makamında bulunan *M. Plaetorius* tarafından çıkarıldığı düşünülen *plebiscitum*'dur. Kanun'la *praetor urbanus*'un görev tanımı tekrar düzenlenmiş ve ona gün boyu adalet işleriyle uğraşması görevi yüklenmiştir. Crawford, *Volume II*, 731-732.

⁷⁶ Her iki kanunun da M.Ö. 3. yy. ile 2. yy. arasında, ama her halükârda *praetor peregrinus* makamının ihdas edildiği yıl olan M.Ö. 241'den sonra kanunlaştırıldıkları tahmin edilmektedir. Marky, "Retroattività," 244.

⁷⁷ Esas alınan kanun metni için bkz. Crawford, *Volume II*, 733-735.

tresviri (capitales), quicumque (posthac fa)cti erunt, sacramenta ex(igunto) iudicantoque (eodemque iure sunt, uti ex legibus plebeique scitis exigere iudicareque esse esseque oportet).

Bundan böyle **praetor olarak atanacak kimse**, vatandaşlar arasında adaleti sağlayan kişi olarak, *tresviri (capitales)*'nin halk nezdinde seçilmesini sağlayacak ve bundan böyle **tresviri (capitales)**⁷⁸ **olarak atanacak kimseler** ise, *leges*'e ve *plebiscita*'ya uygun olarak *sacramenta*⁷⁹ alacak ve hüküm verecektir.

Lex Plaetoria de iurisdictione⁸⁰

(P)raetor urbanus qui nunc est quique posthac (factus erit) duo lictores apud se habeto i(u)sque (per) supremam ad solem occasum (i)usque inter ciues dicito.

Hâlihazırda **praetor urbanus olan ve bundan sonra atanacak kimse**, yanında iki *lictor* bulunduracak ve gurup vaktinin son saatine değin vatandaşlar arasında adaleti sağlayacaktır.

İki kanunda da birtakım devlet görevlileri için, görevlerinde izleyecekleri usûl hususunda bir yol haritası çizilmektedir. Bu bağlamda bu kanunlar idari fonksiyonu haizdir⁸¹. Ancak önemli olan, bu iki kanunun gelecek zaman diliyle ve birtakım geleceği işaret eden özellikli ifadelerden müteşekkil vaziyette yazılmış olmalarıdır. Nitekim *lex Papiria de sacramentis*, gelecekte *praetor (peregrinus)* ve *tresviri capitales* olarak atanacak kimselere; *lex Plaetoria de iurisdictione* de yine gelecekte *praetor urbanus* olarak atanacak kimselere yol göstermektedir. Gelecek zaman ile yazılmaları sonucunda her iki kanunda da önceki devlet görevlileri kapsam dışında bırakılmakta ve âdeta dışlanmaktadır. Bu şekilde ilgili kanunların geriye yürümesinin önüne geçildiği söylenebilmektedir.

⁷⁸ Roma'da şehir güvenliğinden sorumlu olan ve adli meselelerde kısmen yargılama yetkisine sahip düşük düzeyli *magistratus*'tur. Berger, *Dictionary*, 742.

⁷⁹ *Legis actio sacramenti*'de dava taraflarının yatırdığı bir miktar paradır. Davayı kazanan taraf yatırdığı *sacramentum*'u geri alır, davayı kaybeden tarafın *sacramentum*'u ise dava masrafı olarak devlete geçerdi. Berger, *Dictionary*, 542-543; Umur, *Lügat*, 186-187.

⁸⁰ Esas alınan kanun metni için bkz. Crawford, *Volume II*, 731-732.

⁸¹ Brogini, "Retroattività," 359.

2. Lex Falcidia Örneği

Geçmişe etkili olmanın önüne geçen bir ifade olarak “*post hanc legem*” cümlecığının kullanımı, açık bir şekilde *lex Falcidia*⁸²’da gözlemlenebilmektedir⁸³.

D. 35.2.1 pr. (Paulus libro singulari ad legem Falcidiam)

*Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: “Qui cives Romani sunt, qui eorum **post hanc legem rogatam** testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit”. Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: “Quicumque civis Romanus **post hanc legem rogatam** testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant...”*

Birinci maddesiyle, terekenin dörtte üçüne kadar tasarruf etme hakkı tanıyan *lex Falcidia* şu şekildedir: “Vasiyetname düzenleme niyetinde olan Roma vatandaşları, **bu Kanun’dan sonra**, belirledikleri herhangi bir kimseye paralarını ve mallarını vasiyet etme hakkına ve kudretine, müteakip madde gereğince, sahip olacaklardır.” İkinci maddede, vasiyetname ile bırakılabilecek mal miktarı şu şekilde zikrolunmuştur: “**Bu Kanun’dan sonra** vasiyetname düzenleyecek olan Roma vatandaşları, kamu hukuku⁸⁴ icabı, [atanmış]

⁸² M.Ö. 50 veya 40 yılında, mirasçıların mirası kabul etmedikleri zaman, vasiyetname ile belirli mal bırakma imkânlarının da bătıl olması halini ortadan kaldırmak üzere çıkarılan ve belirli mal vasiyeti karşısında atanmış mirasçıya, terekenin net tutarının ¼’ünün kalmasını zorunlu kılan ve dolayısıyla malvarlığının ¾’ünden fazlasının belirli mal olarak bırakılmasını yasaklayan bir *plebiscitum*’dur. Umut, *Lügat*, 117; Crawford, *Volume II*, 779.

⁸³ Brogini, “Retroattività,” 360; Laffi, “Irretroattività,” 265.

⁸⁴ Roma Hukuku’nda vasiyetnamelerin özel hukuku ilgilendirdikleri şüphesizdir, bununla birlikte kamuyu ve kamu hukukunu ilgilendiren bir tarafları da vardır. Öyle ki Romalı hukukçu *Papinianus*, vasiyetname düzenlemenin kamu hukukunun alanına girdiğini savunmaktadır. D. 28.1.3 (*Papinianus libro 14 quaestionum*): *Testamenti factio non privati*,

mirasçılarının terekenin dörtte birinden daha azını edinmemesi koşuluyla, başka bir Roma vatandaşına istedikleri miktarda parayı vasiyet etme hakkına ve kudretine sahip olacaklardır...”

Kanun’la, vasiyetname ile terekenin en fazla dörtte üçünün belirli mal bırakılabileceğine ve mirasbırakanın atanmış mirasçılarının mirasın en az dörtte biri üzerinde hak sahibi olduğuna dair kural getirilmiştir⁸⁵.

Kanun hükümlerinden anlaşılacağı üzere bu kural, ancak Kanun’un çıkarılmasından sonra yapılacak vasiyetnameler bakımından geçerli kılınmış; Kanun’un çıkarılmasından önce yapılan vasiyetnameler bakımından bu kuralın işletilmeyeceği, bizzat Kanun hükmü ile garanti altına alınmıştır⁸⁶. Bu şekilde Kanun’dan önceye dayanan vasiyetnamelerin, Kanun’la getirilen atanmış mirasçılarının terekenin en az dörtte birinden istifade edeceğine dair kurala aykırılık taşısalar dahi geçerli kabul edilecekleri, bu kuralın ancak Kanun’dan sonra yapılacak vasiyetnameler bakımından uygulanacağı anlaşılmaktadır. Bir mirasbırakanın Kanun çıkarılmadan önce bu – gelecekteki– kurala aykırılık teşkil edecek bir vasiyetname düzenlediği, ancak Kanun’un çıkarılmasından sonraki bir tarihte vefat ettiği bir olasılıkta, ilgili vasiyetnamede atanmış mirasçılarının haklarının ihlal edilmiş olduğu ileri sürülemeyecek, buna ilişkin bir dava açılmayacak, açılrsa bile reddedilecektir⁸⁷.

3. *Lex Acilia Repetundarum* Örneği

Gracchus kardeşler döneminde çıkarılan *lex (Acilia) repetundarum* (veya diğer adıyla *lex Sempronia*) cebre başvurularak elde edilen malların iadesine yönelik bir kanundur⁸⁸. Kanun, zamansal olarak üzerinde yürütüldüğü olayların sınırlarının açık bir şekilde çizildiği ve bu şekilde geriye yürüme yasağının uygulandığı kanunlara örnek verilebilmektedir.

sed publici iuris est. | Vasiyetname düzenleme özel hukuk değil, ama kamu hukuku meselesidir. Crawford, *Volume II*, 780.

⁸⁵ Ziya Umur, “Roma Miras Hukuku’nun Ana Hatları,” *İÜHFM* 31, 1-4 (1965): 180; Ahmet Nadi Günel, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras,” *AÜHFD* 44, 1 (1995): 441-442.

⁸⁶ Laffi, “Irretroattività,” 265; Brogini, “Retroattività,” 361, 371; Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20.

⁸⁷ Affolter, *intertemporalen Privatrecht*, 20; Brogini, “Retroattività,” 361.

⁸⁸ Laffi, “Irretroattività,” 253.

Lex Acilia repetundarum 55-56⁸⁹

...sei is ex h(ace) l(ege) condemnatus | [a]ut apsolutus erit, quom eo h(ace) l(ege), nisei quod postea fecerit aut nisei quod praevaricationis causa factum erit au[ut nisei de leitibus] aestumandis aut nisei de sanctioni hoiusce legis, actio nei es[to].

...Bir sanık, bu Kanun çerçevesinde mahkûm edilmiş veya beraat etmişse, Kanun'a göre aleyhine dava açılmayacaktır, meğerki sonradan bir eylemde veya hileli hareketlerde bulunmuş yahut [bu durum] ilgili tazminatın hesaplanmasıyla veya bu Kanun'un yaptırımlarına dair hükümlerle alakalı olsun.

Buna göre hakkında açılan dava sonucunda Kanun'a göre mahkûm edilmiş veya beraat ettirilmiş kimseye, sayılan istisnalar haricinde aynı suç kapsamında dava açılmamaktadır⁹⁰. Bu bağlamda, bir anlamda kesin hükümle (*res iudicata*) sonuçlandırılmış bir olay hususunda, Kanun'un geriye yürütülerek bir kere daha yargılama yapma yasağı (*bis de eadem re ne sit actio*) da tesis edilmektedir⁹¹.

Bunun yanı sıra suçun Kanun'dan önce veya sonra işlendiği göz önünde tutularak verilecek ceza hususunda bir ayrıma gidilmiştir.

Lex Acilia repetundarum 58-59⁹²

[Quei ex h]ace lege condemnatus erit, ab eo quod quisque petet, quouis ex hace lege peti[tio] erit, id praetor, quei eam rem quaesierit, eos iudices, quei eam rem iudicaverint, aestumare iubeto --- quod **ante h. l.**

⁸⁹ Esas alınan kanun metni için bkz. Michael Hewson Crawford, ed., *Roman Statutes Volume I* (Institute of Classical Studies, University of London, 1996), 71. Ayrıca metnin alternatif İngilizce çevirisi için bkz. E. G. Hardy, *Six Roman Laws* (The Clarendon Press, 1911), 26.

⁹⁰ Geç Cumhuriyet Dönemi'nde suç işlediği iddiasında bulunulan kişi hakkında dava açılmasına ilişkin süreç, kişinin bir Roma vatandaşı tarafından suçlanması ve ilgili ceza mahkemesine şikâyet edilmesiyle başladı (*nominis delatio*). Ceza yargılamasında savcılık makamı olmadığı için bir Roma vatandaşının şikâyet işlemini gerçekleştirmesi gerekliydi, vatandaş yerine bu işlemi bir *magistratus* yapamazdı. İlgili *magistratus*'un şikâyeti kabulünün (*nomen recipere*) ardından hakkında suç işlediği iddiasında bulunulan kişiyi resmi deftere işletmesiyle (*inscriptio*) ceza davası açılırdı. Berger, *Dictionary*, 340.

⁹¹ Laffi, "Irretroattività," 253; Brogini, "Retroattività," 369; Marky, "Retroattività," 247.

⁹² Esas alınan kanun metni için bkz. Crawford, *Volume I*, 71. Ayrıca metnin alternatif İngilizce çevirisi için bkz. Hardy, *Six Roman Laws*, 26-27.

*rogatam consilio probabitur captum coactum] ab]latum avorsum conciliatumve esse, eas res omnis simpli, ceteras res omnis, quod **post hance legem rogatam** co[nsilio probabit]ur captum coactum ablatum avorsum conciliatumve esse, dupli...*

Cezanın tayini hususuyla ilgili olarak, ... suç soruşturmuş olan *praetor*, suç kovuşturmuş olan mahkeme heyetine ceza miktarını hesaplanması talimatını verir. --- Eğer **bu Kanun'dan önce** bir malın zapt edildiği, cebren ele geçirildiği, kaçırıldığı, o malın kaçırılmasının telkin edildiği veya hile yoluyla zilyetliğinin kazanıldığı tespit edilmişse, ilgili malın misli (*simplum*) değeri üzerinden [ceza] hesap edilecektir; fakat **bu Kanun'dan sonra** bir malın zapt edildiği, cebren ele geçirildiği, kaçırıldığı, o malın kaçırılmasının telkin edildiği veya hile yoluyla zilyetliğinin kazanıldığı tespit edilmişse, ilgili malın iki misli (*dupli*) değeri üzerinden [ceza] hesap edilecektir...

Hükümden anlaşılabileceği üzere, iki ayrı zaman diliminde işlenebilir farazi suç bakımından verilecek cezaya ilişkin iki ayrı hâl öngörülmektedir: Kanun'un çıkarılmasından önce işlenmiş suçlarda, suç konusu malın misli (kendi) değeri; Kanun'un çıkarılmasından sonra işlenmiş suçlarda, suç konusu malın iki misli değeri⁹³. Kanun'un çıkarılmasından önce, suçun sübutuna yönelik olarak sanığa verilecek cezanın hesabında malın misli (tekil) değerinin alınıyor oluşu, bu Kanun'dan önce yürürlükte olan ve aynı suç konu edinen *lex Calpurnia de repetundis* ve *lex Iunia*'da da cezanın malın misli (tekil) değeri olarak düzenlenmiş olmasıyla doğrudan ilgilidir⁹⁴. Burada önceki kanunlar ile sonraki kanun arasında bir sınır çekilmektedir. Yeni kanunla, önceki kanunun verdiği ceza bir kat artırılarak iki misli hâline getirilmiş; ancak bu ceza yalnızca, yeni kanunun çıkarılmasından sonra işlenmiş suçlara uygulanabilir hâle sokulmuştur. Suç konusu malın misli değerine ilişkin ceza ise *lex Calpurnia* ve *lex Iunia* tarafından öngörülmüş olan cezadır ve hükümde söz konusu olan şey, yeni Kanun'un eski kanunların hükmünü tekrar etmesi, yani üstü kapalı bir biçimde ilgili kanunlara atıf yapmasıdır. Bu bakımdan Kanun'un geriye yürüdüğü söylenememektedir⁹⁵.

⁹³ Siber, *Rückwirkung*, 48.

⁹⁴ Brogini, "Retroattività," 366-367.

⁹⁵ Laffi, "Irretroattività," 253, 255, 258; Marky, "Retroattività," 246, 253; Siber, *Rückwirkung*, 48; Brogini, "Retroattività," 368-369. Ancak Laffi, cezanın hesabı

Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra Kanun'da yer alan 74'üncü (veya aynı lafza sahip 81'inci) pasaj da bu hususu desteklemektedir⁹⁶.

Lex Acilia repetundarum 74 (81)⁹⁷

(F)uit fueritue ex lege quam L. Cal//purnius L.f. tr(ibunus) pl(ebis) rogauit, exue lege quam M. Iunius D.f. tr(ibunus) pl(ebis) rogauit, quei (e)orum eo [ioudicio condemnatus est eritue, quo] magis de ea re eius nomen vv hace lege de(fe)ratur{um), quoue mag{istratus}is de ea re quom [eo ex hace lege agatur, eius hace lege nihilum rogatur.

Lucius oğlu, tribunus plebis, L. Calpurnius ile Decimus oğlu, tribunus plebis, M. Iunius tarafından çıkarılan kanunlara [lex Calpurnia ve lex Iunia'ya] göre yargılanmış veya yargılanması gereken ve bu kanunlara uygun olarak mahkemelerce beraat veya mahkûm edilmiş veya edilmesi gereken her kimse, bu Kanun'da [lex Acilia'da] yazanlar çerçevesinde ne mahkemeye davet edilebilir ne de o kimse hakkında yargılama yapılabilir. Ancak eğer ki bir kimse [evvelden] bu Kanun'a [lex Acilia'ya] aykırı hareket ettiyse aleyhine yargı süreci işletilemeyecektir, meğerki Kanun fiilin işlenmesinden evvel yürürlüğe girmiş olsun.

Kanun hükmünden anlaşılabileceği üzere, Kanun'un çıkarılmasından evvel hukuk sisteminde cari olan *lex Calpurnia* ve *lex Iunia* kapsamında da düzenlenen *repetundarum* suçunun, bu iki kanunun yürürlüğü sırasında işlenmiş olması, soruşturulmaya veya kovuşturulmaya başlanması, yapılan kovuşturma neticesinde fail hususunda hüküm kurulmuş olması hâlleri ayrı ayrı sayılmakta ve bunlar hususunda, daha sonra çıkarılan –yeni kanun– *lex*

hususunda Kanun'un "kısmi olarak" geriye yürüdüğünü belirtmektedir. Yukarıda belirtilenler ışığında bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim Kanun, yalnızca önceki kanunlarda düzenlenen cezayı tekrar etmekle yetinmekte ve bu şekilde önceki kanunlara atıf yapmaktadır. Kanaatimizce Kanun'da ilgili cezanın yalnızca Kanun'un çıkarılmasından önce işlenmiş suçlara uygulanacağı ifade edilerek, geriye yürüme hâlinin "bütünüyle" önüne geçilmiştir. Düşüncemize göre, buradaki olasılık, yeni kanunun geriye yürümesi olarak değil, eski kanunların ileriye etkililiği olarak da açıklanabilmektedir.

⁹⁶ Laffi, "Irretroattività," 254; Brogini, "Retroattività," 366.

⁹⁷ Esas alınan kanun metni için bkz. Crawford, *Volume I*, 71. Ayrıca metnin alternatif İngilizce çevirisi için bkz. Hardy, *Six Roman Laws*, 31.

Acilia hükümlerine göre yargılama yapılamayacağı belirtilmektedir⁹⁸. Üç kanunun ilgi alanına giren suç aynı olmakla birlikte önemli olan suçun işlendiği an ve suça ilişkin yargılamanın başlayıp başlamadığı yahut da sona erip ermediğidir.

Görüldüğü üzere, hükümlerde geçmişe etkili olmayı engelleyici ifadelerin kullanılmasının yanında Kanun'un hangi olaylara ve bu olaylara ne şartlar altında ve ne zamandan itibaren uygulanacağına dair detaylı bilgi de verilmektedir. Kanunun uygulanacağı hâllerin zamana göre ayrıma tabi tutularak teker teker sayılması suretiyle, uygulama alanında ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmiştir.

E. Kanunların Geriye Yürüme Yasağının İstisnaları

Geç Cumhuriyet Dönemi'nde yaygınlaşan kanunların geriye yürüme yasağının esnek bir şekilde uygulandığı, her kanun bakımından bu yasağın uygulamasının söz konusu olmadığı belirtilmişti. Nitekim, yasağa aykırı olacak şekilde, kanunların geriye yürümesinin istendiği durumlar da söz konusu olmuştur. Bu tarz kanunlar, genellikle, özel birtakım hukuki sorunları irdeledikleri için ve kamu güvenliğini ve yararını tesis etmek amacıyla, kanunlaştırılmalarından evvel gerçekleşen hukuki meselelere ve olaylara etkili olan hükümler içermektedirler.

Cicero, doğruya sevk eden ve yanlıştan uzaklaştıran bir kanunun yazıldığı zaman geçerli hâle gelmediğini ve hatta o anda hukuk kaynağı olmadığını, bilakis doğru-yanlış ikileminin kavranılabilir hâle geldiğinde ilgili hususa ilişkin kuralın var olmaya başladığını dile getirmektedir⁹⁹.

Cic. De Leg. II. 10

Erat enim ratio, profecta a rerum natura, et ad recte faciendum impellens et a delicto avocans, quae non tum denique incipit lex esse quom scripta est, sed tum quom orta est.

Nitekim doğruyu teşvik edip yanlıştan caydıran, eşyanın tabiatından ortaya çıkan bir akıl vardı ki bu akıl, yazıya döküldüğünde değil, doğduğu an kanun hâline gelmiştir.

⁹⁸ Laffi, "Irretroattivita," 254.

⁹⁹ Siber, *Rückwirkung*, 46; Marky, "Retroattivita," 253 dn. 2.

Cicero'nun doğruyu teşvik edip yanlıştan caydıran bir akılla kastettiğinin ceza kanunları olduğu yorumu yapılabilmektedir. Nitekim *Cicero*'ya göre, toplum tarafından kınanan bir olay bir kanun ile düzenlenmesinden evvel de suç olarak addedilebilirdir ve yapılacak kanunun, geçmişte gerçekleştirilmiş bu tarz hareketlere etkisi de olabilecektir¹⁰⁰. Gerçekten de M.Ö. 2. yy.dan itibaren, önceden işlenmiş suçları yargılamak üzere kurulan daimi ceza mahkemelerini bağlayıcı kanunların çıkarıldığı görülmektedir. Ayrıca olağanüstü durumlarda, kamu düzenini tesis etmeyi amaçlayan ceza kanunları, ilgili oldukları olaylara göre, kimi zaman geriye yürütülmüşlerdir. Ancak *lex Acilia* örneğinden anlaşılabildiği üzere, bütün ceza kanunları geçmişe etkili kılınmış değildir; bu bakımdan ceza kanunlarına ilişkin bu istisna kural teşkil etmemektedir¹⁰¹.

Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki Geç Cumhuriyet Dönemi'nde maddi hukuka ilişkin kanunlar ile yargılama hukukuna ilişkin kanunlar arasında bir ayırım yapılmaya başlanmış ve yargılama hukukuna ilişkin kanunların geriye yürüyeceği kanaatine erişilmiştir. Nitekim usûl hukukuna ilişkin çıkarılan yeni bir kanunun, eskisine nazaran her zaman daha iyi ve ileri olduğu kabul edilmekte ve yeni kanun, hukuk usûlü bağlamında süreci devam eden vakalara modern deyişle derhâl uygulanmaktaydı. Ceza usûlü kanunlarındaki hükümler de bu tarzdaydı. Buna göre yeni çıkarılan ceza usûlüne ilişkin bir kanun, konu edildiği belirli bir suçun işlendiği tarihin kanunun çıkarılmasından evvel olmasına karşın, ilgili suçun kovuşturulması bakımından derhâl uygulanmaktaydı¹⁰².

Geç Cumhuriyet Dönemi'nde yapılan birtakım hukuki düzenlemelerin, kamu hukukuyla ilgili olmaksızın ve kamu güvenliği ve yararını tesis etme amacını taşımaksızın, siyasi saiklerle geçmişe etkili kılındığı da görülmektedir. Birtakım kişilerin zarar görebilmesini sağlamak amacıyla, bu

¹⁰⁰ Bununla birlikte *Cicero*, ceza kanunlarında dahi geriye yürümezliğin geçerli olduğunu; kanunla tanımlanmasından bağımsız olarak, –geçmişte ve gelecekte– her daim kınanabilir bir davranış olarak görülen eylemlerin yeni kanunla suç addedilmesi halinde dahi yeni bir hukuk yaratılmadığını savunmaktadır. Laffi, “Irretroactivita,” 260. Laffi *Cicero*'nun bu görüşünü “paradoks” olarak nitelemektedir. Laffi, “Irretroactivita,” 264. Kanatimizce de Laffi *Cicero*'nun çelişkisini isabetli bir şekilde tespit etmiştir. Bu çelişkiye ilişkin olarak karş. “*Cic. In Verr.* 2.1.108” (bkz. 118'inci dipnot).

¹⁰¹ Marky, “Retroactivita,” 246, 252-254; Siber, *Rückwirkung*, 48.

¹⁰² Brogini, “Retroactivita,” 360 dn. 45, 371; Laffi, “Irretroactivita,” 266-267, 271; Siber, *Rückwirkung*, 47.

kişilerin geçmişte gerçekleştirmiş oldukları işlem ve eylemlerine yönelik soruşturma ve kovuşturma yapılmasına önayak olan geçmişe etkili kanunlar çıkarılabilmektedir. Bunun yanı sıra belirli kimselere birtakım imtiyazlar tanımaya yönelik olarak da geçmişe etkili hukuki düzenlemelerin yapıldığına şahit olunabilmektedir¹⁰³.

Siyasi saiklerle geçmişe etkili kılınan kanunlardan birisi M.Ö. 58 yılında dönemin *tribunus plebis*'i *Publius Clodius Pulcher*'in çıkardığı bir *plebiscitum* olan *lex Clodia de capite civis Romani*'dir. Kanun'la, bir Roma vatandaşını mutat yargılama yapmaksızın ve özellikle *provocatio ad populum*'a¹⁰⁴ başvurusunu önleyerek ölüm cezasına çarptıran kimseler için *interdictio aquae et ignis* (su ve ateş yasağı)¹⁰⁵ olarak adlandırılan, kişinin toplumsal yaşamın dışına itilmesi sonucunu doğuran şiddetli bir ceza öngörülmektedir. Kanun üstü kapalı bir biçimde *Cicero*'yu siyaset sahnesinden uzaklaştırmak amacıyla çıkarılmıştır¹⁰⁶.

Nitekim M.Ö. 63 yılında, yani *lex Clodia de capite civis Romani*'nin çıkarılmasından beş yıl öncesinde, dönemin *consul*'u *Cicero*; başını *Lucius Sergius Catilina*'nın çektiği bir grup isyancının Cumhuriyet aleyhine gerçekleştirdikleri bir kalkışma olan ve nihayetinde başarısızlığa uğratılan “*Catilina Tertibi*”nin komplocularını, çıkarılan *senatusconsultum ultimum*'un¹⁰⁷ kendisine verdiği yetkiler çerçevesinde ceza yargılamasına tabi

¹⁰³ Laffi, “Irretroattività,” 270-271.

¹⁰⁴ Cumhuriyet Dönemi'nde, bir *magistratus* tarafından yapılan ceza yargılaması sonucunda ölüm cezasına çarptırılan kimselerin bir çeşit temyiz makamı sıfatıyla *comitia centuriata*'ya; para cezasına çarptırılan kimselerin ise yine bir çeşit temyiz makamı sıfatıyla *comitia tributa*'ya başvurduğu ve ilgili cezaların kaldırılmasını sağlayabildiği usûldür. Berger, *Dictionary*, 660; Umur, *Lügat*, 171.

¹⁰⁵ Su ve ateş, bireylerin hayatta kalabilmesi için olmazsa olmaz iki unsur olarak nitelendirildiği için yasağın Roma Hukuku'nda bu şekilde adlandırılması özel bir anlam ifade etmektedir; nitekim bu cezaya çarptırılan kimse, Roma vatandaşlığını ve malvarlığı haklarını kaybetmekteydi ve aynı zamanda bu kişiye yardım etmek veya bu kişiyi barındırmak yasaktı. Bu bakımdan kişi, su ve ateşten mahrum bırakılmış bir kimse gibi, herhangi bir hakka sahip olmaksızın toplum dışında tek başına yaşamak zorunda bırakılmaktaydı. Siber, *Rückwirkung*, 63. İlgili yasak, M.S. 23 yılında İmparator *Tiberius* tarafından değişikliğe uğratılmış ve adaya sürülme (*deportatio in insulam*) cezasına dönüştürülmüştür. Gordon Ireland, “Ex Post Facto from Rome to Tokyo,” *Temple Law Quarterly* 21, 1 (1947), 28; Siber, *Rückwirkung*, 67-68.

¹⁰⁶ Laffi, “Irretroattività,” 267.

¹⁰⁷ Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye sokabilecek olağanüstü durumlarda (örneğin ayaklanma, kalkışma veya savaş hâli) bunları her türlü tedbiri almak suretiyle bertaraf edebilmelerine

tutmaksızın ölüm cezasına çarptırmıştır. Beş yıl sonra, M.Ö. 58 yılında, hasımları tarafından bu hususu ele alacak bir kanunun çıkarılacağına ve bu şekilde cezalandırılacağına dair şayiaları duymasına ve siyasi atmosferin aleyhine işlediğinin farkında olmasına rağmen çıkarılacak kanunun geçmişe etkili olamayacağı kanaatinde olan *Cicero*, başlangıçta kaçma niyetinde olmasa da yakın çevresinin kendisini ikna etmesi neticesinde, kanun görüşmelerine ramak kala, yargılanmamak adına gönüllü olarak kendini sürgün etmiştir¹⁰⁸. Ancak *Cicero* bununla ceza almaktan kurtulamamış, tersine, *lex Clodia de capite civis Romani*'den kısa süre sonra çıkarılan *lex Clodia de exilio Ciceronis* ile gıyaben hüküm giyebilmesine zemin hazırlanmıştır. Bu şekilde *Cicero*, ilk kanunda öngörülen *interdictio aquae et ignis*'in aleyhine hükmedilmesiyle Roma vatandaşlığını, *senator* unvanını ve malvarlığı haklarını yitirmiş, akabinde *Cicero*'nun Roma'daki taşınır ve taşınmaz malları yağmalanmış ve yok edilmiştir¹⁰⁹.

Lex Clodia de capite civis Romani'nin *lex Clodia de exilio Ciceronis* ile uygulanması sonucunda üç temel hukuki değerin çiğnendiği yorumu yapılabilmektedir. İlk olarak, kanunda yer alan ceza, ilgili olayın salt gerçekliği üzerinden ve yargı süreci işletilmeksizin uygulanmış, bu şekilde Kanun'un bizatihi aleyhine hareketlere ceza öngörmüş olduğu yargısız infaz olmayacağına dair hukuki kabul çiğnenmiştir. İkincisi, doğrudan doğruya *Cicero* hedef alınarak belirli bir Roma vatandaşının aleyhine kanuni düzenleme yapılamayacağına dair ilke¹¹⁰ ile ters düşülmüştür. Üçüncüsü ve en

ilişkin *consul*'leri yetkilendiren *Senatus* kararıdır. *Consul*'ler, *senatusconsultum ultimum* çerçevesinde, anayasal kurumları dahi askıya almaya yetkili kılınırlardı. Berger, *Dictionary*, 699; Umut, *Lugat*, 191.

¹⁰⁸ Sürgün (Lat. *exilium*), Roma Hukuku'nun en erken dönemlerinden itibaren kişilerin ceza yargılamasından veya yargılama sonucunda verilmiş cezadan kaçınmak amacıyla gönüllü bir biçimde başvurduğu bir yöntemdi. Siber, *Rückwirkung*, 56.

¹⁰⁹ Laffi, "Irretroattività," 255, 266-267; Berger, *Dictionary*, 507; Siber, *Rückwirkung*, 12-14, 53-54; Carlo Venturini, "L'esilio di Cicerone tra diritto e compromesso politico," içinde *Studi in Onore di Antonino Metro*, Tomo VI, ed. Carmela Russo Ruggeri (Giuffrè Editore, 2010), 428-431; Luca Fezzi, "La Legislazione Tribunitia di Publio Clodio Pulcro (58 A.C.) e la Ricerca del Consenso a Roma," *Studi Classici e Orientali* 47, 1 (2001): 291-292, 300-304.

¹¹⁰ Brogini, "Retroattività," 366 dn. 60; Siber, *Rückwirkung*, 3, 45. İlgili ilkenin tanımı için bkz. *Cic. De Leg. III. 44: ... In priuatos homines leges ferri noluerunt, id est enim priuilegium: quo quid est iniustius, cum legis haec uis sit, ut sit scitum et iussum in omnis?..* | ...[Atilarımız], belirli insanları ilgilendiren kanunların çıkarılmasını istememişlerdi, bu *privilegium* anlamına gelmektedir: Bundan öte adaletsizlik ne olabilir ki, nitekim

önemlisi, *Cicero*'nun Kanun'un çıkarılmasından evvel gerçekleştirdiği bir eyleme ilişkin olarak Kanun etkili kılınarak, döneminde makbul sayılan kanunların geriye yürüme yasağı ihlal edilmiştir¹¹¹.

Siyasi saiklerle kanunların geçmişe etkili kılınmasının bir diğer örneği ise M.Ö. 75 yılında *praetor Gaius Verres* tarafından çıkarılan bir *edictum*'dur. *Edictum*'un çıkarılış süreci, kanunların siyasi manipülasyonlarla geriye yürütülebildiklerine çok isabetli bir örnek teşkil etmektedir. Öte yandan, ilgili *edictum*'un nasıl geriye yürüdüğüün anlaşılabilmesi için öncelikle, M.Ö. 169'da döneminin *tribunus plebis*'i olan *Q. Voconius Saxa* tarafından çıkarılan bir *plebiscitum* olan *lex Voconia*'dan¹¹² bahsetmek gerekmektedir. Kanun metninin aslı günümüze ulaşmamış olsa da *Gaius* aracılığıyla konumuzu ilgilendiren özel hüküm hakkında kısmen bilgi sahibi olunabilmektedir.

Gai. Inst. 2.274

Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest...

Bununla birlikte, yüz bin *aes*'lik malvarlığına sahip olduğu *census*'la tespit edilen bir kimse tarafından bir kadın *lex Voconia*'ya göre mirasçı atanamaz...

kanunların gücü herkes için geçerli kaideler ve emirler teşkil etmesinde yatmakta değil midir?..

¹¹¹ Laffi, "Irretroattività," 267. *Cicero*, özellikle, Kanun'un bir dil oyunuyla, geçmişte tamamlanmış bir olayı kapsayacak şekilde geriye yürütülmesini sert bir dille eleştirmektedir. *Cicero, De Domo Sua* 18.47: *At quid tulit legum scriptor peritus et callidus? "Velitis ivbeatis vt M. Tvllio aqva et igni interdicatvr?" Crudele, nefarium, ne in sceleratissimo quidem civi sine iudicio ferundum! Non tulit "vt interdicatvr." Quid ergo? "Vt interdictvm sit." O caenum, o portentum, o scelus! | Pek becerikli ve açığız kanun koyucu neye sebep oldu? Marcus Tullius [Cicero]'un su ve ateşten yasaklanmasını mı istemektesiniz? Zalim, alçak, hatta en rezil kimse bile yargısız infaz edilemez! Ancak [hüküm] "yasaklanır" (ut interdicatur) [şeklinde] değildi. Öyleyse nasıldı? "Yasaklanmıştır" (ut interdictum sit) [şeklinde] idi. Ne tiksiniç, ne korkunç, ne rezil!*

¹¹² Kanun'un genel hükmüyle, mirasbırakanın, mirasçıların payını aşacak şekilde vasiyet alacaklılarına belirli mal bırakması yasaklanmıştır. Bkz. *Gai. Inst. 2.226*: "*Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent.*" | Bu husus *lex Voconia*'nın kanunlaştırılmasına sebep olmuştur, [Kanun'la] kendisine miras bırakılan veya ölüme bağlı olarak mal edinen başka hiçbir kimse mirasçıların aldığından fazlasını alamaz.

Metinden anlaşılabildiği üzere, yapılan *census*¹¹³ kayıtlarına yüz bin *aes*'lık¹¹⁴ malvarlığı ile dahil olan kimselerin kadınları mirasçı ataması yasaklanmıştır. Yüz bin *aes*'lık malvarlığı değerinin, belirli bir toplumsal saikle özellikle belirlendiği düşünülmektedir. Nitekim bu değerde malvarlığına sahip olan Roma vatandaşları, yapılacak *census*'la bu keyfiyet tespit edildiği takdirde; en yüksek derecedeki *magistratus*'u seçmek, *census*'u onaylamak, yargılama makamı sıfatıyla devlete karşı suçları kovuşturmak gibi çok önemli fonksiyonları yerine getirmekle yetkili olan halk meclisi *comitia centuriata*'da birinci sınıfa mensup seçmen grubuna dahil olmaktaydı. Oy hakkının zenginlikle orantılı olduğu ve seçmenlerin malvarlığı değerlerine göre sınıflara taksim edildiği bu mecliste, birinci sınıfı oluşturan kesimin kararların alınmasında diğer sınıflardakilere nazaran ağırlığı vardı. Bir taraftan birinci sınıfa mensup seçmenlerin, sahip oldukları servetlerini vasiyetname vasıtasıyla dağıtarak küçültmesi istenmemekteydi. Bu hüküm vesilesiyle, ileride onların yerine geçecek mirasçılarının daha küçük bir miras payına sahip olarak imtiyazlı siyasi konumlarını kaybetmeleri önlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, yapılacak *census*'lar çerçevesinde nüfus kayıtlarına yüz bin *aes* değerindeki malvarlığıyla girmiş olan, fakat daha da önemlisi, bu malvarlığı değeri vasıtasıyla *comitia centuriata*'da birinci sınıfa

¹¹³ Roma'da her beş yılda bir yapılan ve Roma halkının durumunu tespit eden bir çeşit nüfus ve mal sayımıdır. İşbu faaliyet Cumhuriyet Dönemi'nde *censor* denilen devlet görevlileri tarafından yürütülmüştür. *Census* vasıtasıyla Roma vatandaşlarının toplumsal ve ailesel vaziyetleri, servetleri, askerlik ve halk meclislerindeki mevkileri ve vergi yükleri tespit edilirdi. *Census* çerçevesinde huzura davet edilen *pater familias* (aile babası) yemin altında ilgili hususlarda beyan verirdi. Berger, *Dictionary*, 386; Umur, *Lügat*, 36.

¹¹⁴ Para, bakır veya bronz anlamlarına gelen ve Antik Roma'da gümüş para basılana kadar geçerli olan para birimidir. Berger, *Dictionary*, 355; Umur, *Lügat*, 20.

mensup olan kimselerin, kadınları¹¹⁵ mirasçı olarak atayamamasının hükmün esasını oluşturduğu saptanabilmektedir¹¹⁶.

Kanun'un zamansallığı anılan hükümde ortaya çıkmaktadır; nitekim Kanun yürürlükte olduğu süre boyunca yapılacak *census*'lar neticesinde nüfusa kaydolacak vatandaşlar, kadınları mirasçı atamaktan menedilmektedir¹¹⁷. Hangi *census*'un kadınları mirasçı atama yasağının başlama noktasını teşkil edeceği *Gaius*'un metninden anlaşılamamaktadır; bu hususu *Cicero*'dan öğrenmekteyiz.

¹¹⁵ Kanun'un çıkarılmasında kadınların, hukuki işlemleri yapma hususunda yeterli ehliyetlerinin olmadığına dair düşüncelerin de etkisi olduğu düşünülmektedir. Marky, "Retroattivita," 250; Laffi, "Irretroattivita," 258; Broggin, "Retroattivita," 380. Guarino ise, ilgili hükmün Kanun'da yer almadığı, yorum yoluyla Kanun'a sonradan izafe edildiği düşüncesindedir. Antonio Guarino, "Lex Voconia," *Labeo* 28, 1 (1982): 189. Öte yandan *Cicero*, *De Re Publica* (Devlet Üzerine)'da, varlığını teyit eder vaziyette, hükmün olumsuzluğu hakkında yorumda bulunmaktadır. *Cicero De Re Publica* 3.17: ...ut hic iuris noster interpre alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adulescens dicere nondum Voconia lege lata; quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae... | ...Hukuk tefsircisi dostumuz *Manilius*'umuz burada, gençliğinde *lex Voconia* çıkarılana dek anlatageldiği mal vasiyeti ve mirasla ilintili olarak kadın hakları meselesinde farklı bir nasihat verebilir. Gerçekten ki bu Kanun erkeklerin yararına çıkarılmış olup kadınlara karşı haksızlıklarla doludur...

¹¹⁶ Marky, "Retroattivita," 250; Broggin, "Retroattivita," 380; Guarino, "Lex Voconia," 188-189. Bu durum *Cicero*'nun *In Verrem* (*Verres'e Karşı*) eserinde yazdıklarıyla da desteklenmektedir. Bu hususta bkz. "Cic. In Verr. 2.1.108" (bkz. 118'inci dipnot).

¹¹⁷ Marky, "Retroattivita," 252.

Cic. In Verr. 2.1.106¹¹⁸

...*Qui ab A. Postumio Q. Fulvio censoribus postve ea...*

...*A. Postumius ve Q. Fulvius'un censor'luğu döneminde veya sonrasında...*

Kanun'un çıkarılmasından önce yapılmış *census*'lara dahil olan kimseler, mirasçı atama yasağının muhatabı değildir. Kısacası *lex Voconia* geleceğe etkilidir, geçmişe değil. Görüldüğü üzere Kanun'da geriye yürüme yasağı, Kanun'un üzerinde yürütüleceği olayların belirlenmesi ve sınırlarının çizilmesi vesilesiyle ortaya çıkmaktadır¹¹⁹.

Konumuzu ilgilendiren *edictum* ise *lex Voconia*'dan yaklaşık yüz yıl sonra çıkarılmıştır. İlgili *edictum*'un çıkarılış sürecine hasredilen ilginç bir anekdot söz konusudur ve bu çerçevede *edictum*'un geçmişe etkililiği tartışılmaktadır. Buna göre M.Ö. 75 yılında dönemin zengin Romalılarından *Annius Asellus* vefat etmiştir. Fakat *Annius Asellus* vefatından evvel hazırlamış olduğu vasiyetnamesinde kızını mirasçı olarak atamış, kardeşi *L. Annius*'u ise yedek mirasçı (*heres substitutus*) olarak belirlemiştir. Vasiyetnameyi yaptığı sırada *Annius Asellus*'un serveti yüz bin *aes*'ı aşmakla birlikte, daha evvelden yapılmış olan *census*'a dahil olmadığı için (*incensus*),

¹¹⁸ Ayrıca bkz. Cic. In Verr. 2.1.108: *In lege Voconia non est "fecit fecerit", neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur nisi eius rei quae sua sponte tam scelerata et nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit...* | *Lex Voconia*'da -kanun var olmasaydı bile başlı başına kaçınılması gereken mel'un ve alçakça durumlar hariç olmak üzere- ne "yapmış" veya "yapmış ola" şeklinde ne de geçmiş zamanın tartışıldığı bir hüküm mevcuttur. Siber, *Rückwirkung*, 46; Marky, "Retroattivita," 250, 252. "(K)anun var olmasaydı bile başlı başına kaçınılması gereken mel'un ve alçakça durumlar hariç olmak üzere" kısmında, kimi suçlar bakımından ceza kanunlarının geriye yürütmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Laffi, "Irretroattivita," 260; Marky, "Retroattivita," 251; Affolter, *intertemporalen Privatrechts*, 21-22. Ayrıca Kanun'un yürürlüğünden önceki son *census*'un, M.Ö. 174 yılında, *Aulus Postumius* ve *Quintus Fulvius*'un *censor* olarak görev yaptığı dönemde yapılan ve geçerliğini sürdüren *census* olduğu kaynaklardan saptanabilmektedir. Bu hususta, doğru veriler içerip içermedikleri tartışmalı olmakla birlikte Krallık Dönemi'nin ortalarından İmparatorluk Dönemi'nin başına kadar yapılmış olan *census*'ların listesi için bkz. John Paul Adams, "Roman Census Figures," S.E.T.: 17.12.2024, <https://www.csun.edu/~hcfl1004/romancensus.html>.

¹¹⁹ Marky, "Retroattivita," 247, 250; Brogini, "Retroattivita," 363. Bkz. yukarıda "Kanunların Zamansal Olarak Üzerinde Yürütüldüğü Farazi Olayların Sayılması" başlığı.

mirasçı atama işlemi *lex Voconia*'nın yukarıda zikredilen hükmüyle çelişmemektedir ve hukuka uygundur¹²⁰.

Aynı dönem *praetor*'luk makamına gelmiş olan *Gaius Verres*, çıkarmış olduğu *edictum*'la *lex Voconia*'da bulunan yasağı *incensus* kimseleri kapsayacak şekilde genişlettiğini; ayrıca mirasçı atanamayan kadınların açabilecekleri miras davalarını tanımayacağını ve *praetor* mirasçılıklarını¹²¹ kabul etmeyeceğini ilan etmiştir. Bu gelişmeyi takiben *Annius Asellus*'un kızını mirasçı atadığına dair vasiyeti geçersiz sayılmış ve yedek mirasçı konumundaki *L. Annius* yegâne mirasçı hâline gelmiştir¹²². Görüldüğü üzere *Annius Asellus*'un, hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirmiş olduğu ve sonrasında da ölümünün gerçekleşmesiyle de hukuki sonuç doğurmuş bulunan mirasçı atama işlemi, daha sonra çıkarılan *edictum*'un geriye yürütülmesiyle hükümsüz kılınmıştır. *Gaius Verres*'in *L. Annius* ile anlaşmak suretiyle *edictum*'unda bu genişletilmiş yasağa yer verdiği düşünülmektedir¹²³.

Cicero Verres'i ve *edictum*'unu, *lex Voconia* ile bağlantı kurmak suretiyle eleştirmiştir.

Cic. In Verr. 2.1.107

“Fecit fecerit?” quis umquam edixit isto modo? quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum provideri potuit? Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum: quodsi ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi iuris constitui oporteret. Voconia lex te videlicet delectabat. Imitatus esses ipsum illum C. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli

¹²⁰ Laffi, “Irretroattività,” 258.

¹²¹ (Lat. *bonorum possessio*) *Ius civile*'nin katı ve şekilci yapısı sebebiyle birtakım eşitsizlik ve adaletsizliklere yol açabilen *ius civile* mirasçılığına paralel olarak *praetor*'larca getirilen alternatif bir mirasçılık türüdür. *Praetor* mirasçılığı ile, *ius civile*'ye göre mirasçı olamayacak bir kimsenin, *praetor* mirasçısı (*bonorum possessor*) sıfatıyla, müteveffanın bıraktığı malları edinmesi sağlanırdı. Berger, *Dictionary*, 375; Umur, *Lugat*, 29.

¹²² Laffi, “Irretroattività,” 258; Marky, “Retroattività,” 251.

¹²³ Laffi, “Irretroattività,” 259; Brogini, “Retroattività,” 381.

neque virgini neque mulieri: sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.

“Yaptı mı; yapmış ola mı?” – şimdiye kadar kim böylesi bir *edictum* ilan etti? Şimdiye kadar kim böyle bir *edictum* vasıtasıyla ne ilanından sonra üzerinde hüküm kurulabilecek ne de ilanından evvel öngörülebilecek bir husus için hukuka aykırılık veya kusur tesis etti? Hukuka, kanunlara ve görüşüne başvurulmuş bütün otoritelere göre, *P. Annius* ne uygunsuz ne riayetsiz ne de zalimane bir vasiyetname yapmıştır; gelgelelim öyle yapmış olsaydı dahi, vefatının ardından vasiyetnamesiyle ilgili yeni hiçbir hukuki durum tesis edilmemesi gerekirdi. Görünüşe göre *lex Voconia* senin hoşuna gidiyordu ki [imkânın olsa] *Q. Voconius* zat-ı şahanelerini taklit ederdin. O ki [çıkarmış olduğu] Kanun’u vasıtasıyla hiç kimselerin, ne kızların ne de evli kadınların miras hakkını elinden aldı; [fakat] geleceğe dönük olarak, her kim ilgili *ensor*’lardan sonra gelenler tarafından tahrir edildiyse (*census esset*) ne bir kızı ne de evli bir kadını mirasçısı kılabilceğine hükmetti.

Cicero lex Voconia’nın kadınların miras hakkını kısıtlamış olduğunu ayıplamakla beraber aslında onun çıkarılmasından sonraki meselelere dönük olduğunu, yani geriye yürümediğini kabul etmektedir; öte yandan *Q. Voconius*’un izinden gitmeye çalıştığı gerekçesiyle küçümsediği *Verres*’i ise, geçmişe etkili bir *edictum* çıkarmış olduğu için ciddi şekilde eleştirmektedir. *Cicero* burada şüphesiz ki kanunların geriye yürümemesi hususundaki kabulü izhar etmektedir. *Edictum* çıkarıldığı anda vasiyetname çoktan açılmış ve sonuçlarını doğurmuştur, bu bakımdan *edictum*’un geçmişte tamamlanmış bu husus bakımından yeni bir düzen oluşturmaya kabul edilebilir değildir¹²⁴.

¹²⁴ Laffi, “Irretroattivita,” 259-260; Affolter, *intertemporalen Privatrechts*, 21. Marky ise *edictum* vasıtasıyla kanunların geriye yürüme yasağının çiğnenmediğini, nitekim *edictum*’un yeni bir kural getirmediğini, sadece *lex Voconia*’nın uygulanmasını sağladığını düşünmektedir. Marky, “Retroattivita,” 251-252.

SONUÇ

Kanunların geriye yürümezliği, insanların geçmişteki hukuka uygun iş ve işlemlerinin ve eylemlerinin, kanun koyucunun sonradan yapacağı kanuni düzenlemelerle ortadan kaldırılmasını ve aleyhlerine yorumlanmasını önler. Bu koruma mekanizması, modern hukuk sistemlerinin temel bir hukuk ilkesidir. Hukukun öngörülebilirliğinin ve kişilerin kazanılmış haklarına hâle gelmemesinin temini, bu ilkenin dayandığı esaslar arasında yer almaktadır. Her ne kadar Orta Çağ'da aldığı biçim sonrasında Aydınlanma Devri'yle evrensel bir değer hâline geldiği kabul edilse de ilkenin somutlaşmış hâlini teşkil eden “kanunların geriye yürüme yasağı”nın kökenleri Antik Roma'da ve Roma Hukuku'nda izlenebilmektedir.

Roma Hukuku, özellikle Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, kanunların zamansallığına ilişkin bir farkındalığın oluşumuna sahne olmuştur. Bu farkındalık, zaman içerisinde kanunların geçmişe etkili olmasının yaratabileceği sakıncaların tespit edilmesine ve bu bağlamda kanunların geçmişe yürümezliğine yönelik bir kabulün geliştirilmesine aracılık etmiştir. Bu dönemde çıkarılmış olan *lex Atinia* hususunda Romalı hukukçuların yapmış olduğu geçmişe-geleceğe etkili tartışması bunu açık bir biçimde göstermektedir.

Geç Cumhuriyet Dönemi'nde, kanunların geçmişe etkili olmaması gerektiğine dair kabul, yalnızca teorik düzeyde kalmamış, kanun yazımında da kendini göstermiştir. Kanun metinlerinde izlenen birtakım yöntemler, bu kabulün pratikteki izdüşümüne işaret etmektedir. Nitekim kanun dilinde gelecek zamana başvurulması; kanunlarda geçmişin dışlanması sağlayan *post hanc legem* veya *ante hanc legem* gibi ifadelerin kullanılması yahut kanunların sadece gelecekteki farazi olaylar üzerinde hüküm kurmasını sağlamak adına ilgili olaylar bakımından sayma yoluna gidilmesi, bu dönemde uygulanan yöntemler arasında yer almaktadır. Böylelikle kanunların geçmişe etkili olmaması hedeflenmiştir.

Özel hukuk düzenlemelerinde, o dönemde adı konmamış olan kazanılmış haklar hususunda, kanunların geriye yürümesinin makbul sayılmadığı; kamu hukuku ve onun içinde ceza hukuku alanında ise, kamu düzeninin öncelendiği istisnalar hariç olmak üzere, yasağın sürdürülmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Bununla birlikte Roma'da bu dönemde, kanunların geriye yürümemesine dair mutlak ve kendi içinde tutarlı bir ilkenin yaratılmış olduğunu söylemek güçtür. Bu hususta lehte örnekler olduğu kadar,

Romalıların pragmatizmiyle ve siyasetle iç içeliğiyle örtüşen aleyhe örnekler de ortaya konulabilmektedir. Nitekim Antik Roma'nın mevcut koşullara uyum sağlamadaki esnekliği, kanunların geriye yürüme yasağını, gerektiği takdirde esnetilmeye gerektiği takdirde de tamamen ortadan kaldırılabilmeye müsait bir yapıya büründürmüştür. Romalılar ilgili yasağın hukuki faydasını görmekle birlikte hâl ve şarta göre, bu yasağın çiğnenebilir olduğunu uygulamada sıklıkla göstermişlerdir.

Sonuç olarak Antik Roma'da kanunların geriye yürümezliği, modern ilkenin kurumsallığına ve sistematikliğine hiçbir zaman sahip olamamış, fakat onun tarihsel gelişiminde önemli bir rehber olmuştur. Roma Hukuku'nda yasak özelinde yapılan tartışmalar ve izlenen yöntemler, hukukun öngörülebilirliği, hukuki güvenlik, kazanılmış hakların korunması gibi temel prensiplerin oluşumuna önemli katkılar sağlamıştır.

KAYNAKÇA**Makaleler, Kitaplar ve Kitap Bölümleri**

- Affolter, Friedrich. *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*. Verlag von Veit & Comp., 1902.
- Akıllıoğlu, Tekin. “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 1, 1 (1984): 279-292.
- Amunátegui Perelló, Carlos Felipe. “The Twelve Tables and the *leges regiae*: A Problem of Validity.” İçinde *Roman Law Before the Twelve Tables – An Interdisciplinary Approach*, Ed. Sinclair W. Bell ve Paul J. Du Plessis. Edinburgh University Press, 2020.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Bilimine Başlangıç*, Yedinci Baskı. Güzel İstanbul Matbaası, 1958.
- Banguoğlu, Tahsin. *Türkçenin Grameri*. Türk Dil Kurumu Yayınları, 2019.
- Baysal, Başak. “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü.” İçinde *Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan*, Ed. Rona Serozan. Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society Press, 1953.
- Berger, Adolf. “Ex Post Facto in Roman Sources and Ex Post Facto Laws in Modern Juristic Terminology.” *Seminar - An Annual Extraordinary Number of the Jurist* 7 (1949): 49-68.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Üçüncü Baskı. Ajans-Türk Matbaası, 1961.
- Broggini, Gerardo. “La Retroattività della Legge nella Prospettiva Romanistica.” İçinde *Coniectanea – Studi di Diritto Romano*. Dott. A. Giuffrè Editore, 1966.
- Calzada, Aránzazu. “A propósito de la retroactividad de la “Lex Atinia de rebus subreptis”.” *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 57 (2010): 75-92.
- Crawford, Michael Hewson, ed. *Roman Statutes Volume I*. Institute of Classical Studies, University of London, 1996.
- Crawford, Michael Hewson, ed. *Roman Statutes Volume II*. Institute of Classical Studies, University of London, 1996.
- Daube, David. “Furtum Proprium and Furtum Improprum.” *Cambridge Law Journal* 6 (1937): 217-234.
- de Wilde, Marc. “Fides publica in Ancient Rome and its reception by Grotius and Locke.” *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 79 (2011): 455-487.
- Eder, Walter. “The Political Significance of the Codification of Law in Archaic Societies: An Unconventional Hypothesis.” İçinde *Social Struggles in Archaic*

- Rome – *New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Ed. Kurt A. Raaflaub. Blackwell Publishing, 2005.
- Fezzi, Luca. “La Legislazione Tribunitia di Publio Clodio Pulcro (58 A.C.) e la Ricerca del Consenso a Roma.” *Studi Classici e Orientali* 47, 1 (2001): 245-340.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Ekin Yayınevi, 2019.
- Guarino, Antonio. “Lex Voconia.” *Labeo* 28, 1 (1982): 188-191.
- Günel, Ahmet Nadi. “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras.” *AÜHFD* 44, 1 (1995): 425-442.
- Hardy, E. G. *Six Roman Laws*. The Clarendon Press, 1911.
- Ireland, Gordon. “Ex Post Facto from Rome to Tokyo.” *Temple Law Quarterly* 21, 1 (1947): 27-61.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Eşya Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2015.
- Karadeniz Çelebican, Özcan. *Roma Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2020.
- Kaser, Max. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. Böhlau-Verlag, 1956.
- Keyman, Selâhattin. *Hukuka Giriş*. Yetkin Yayınları, 2000.
- Korkmaz, Zeynep. *Türkiye Türkçesi Grameri – Şekil Bilgisi*. Türk Dil Kurumu Yayınları, 2022.
- Laffi, Umberto. “Il principio dell’irretroattività della legge nell’esperienza giuridica romana dell’età repubblicana.” *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 138 (2021): 245-273.
- Marky, Tommaso. “Appunti sul problema della retroattività delle norme giuridiche nel diritto romano.” *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”* 53-54 (1948): 241-271.
- Oliver, D. T. “Roman Law in Aulus Gellius.” *The Cambridge Law Journal* 5, 1 (1933): 46-60.
- Okandan, Recai G. “Roma Hukukunun Kaynakları Bakımından Vukua Gelen Tarihi Gelişme.” *İÜHFM* 18, 1-2 (1952): 454-478.
- Özekes, Muhammet. “Özel Hukuk – Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması.” İçinde *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II. Cilt*, Ed. Sabih Arkan. Turhan Kitabevi, 2010.
- Siber, Heinrich. *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates*. S. Hirzel, 1936.
- Siems, Harald. “Anmerkungen zur Entwicklung von Rückwirkungsverboten.” İçinde *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption - Festschrift für*

Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Ed. Karlheinz Muscheler. Duncker & Humblot, 2011.

Tahiroğlu, Bülent. *Roma Hukukunda Furtum*. İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügatı*. İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.

Umur, Ziya. "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları." *İÜHFM* 31, 1-4 (1965): 159-195.

Venturini, Carlo. "L'esilio di Cicerone tra diritto e compromesso politico." İçinde *Studi in Onore di Antonino Metro, Tomo VI*, Ed. Carmela Russo Ruggeri. Giuffrè Editore, 2010.

von Lübtow, Ulrich. "Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der lex Atinia." İçinde *Festschrift Fritz Schulz – Erster Band*, Ed. Werner Flume. Hermann Böhlau Nachfolger, 1951.

Winkel, Laurens. "The Roman Notion of lex." İçinde *Leges publicae – La legge nell'esperienza giuridica romana*, Ed. Jean-Louis Ferrary. IUSS, 2012.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 6. Baskı. Yetkin Yayınları, 2001.

Yılmaz, Elif. "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi." Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

Antik Metinler

–. XII Levha Kanunu (*leges duodecim tabularum*). https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/twelve_Crawford.htm.

Cicero, Marcus Tullius. *De Domo Sua*. <https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.02.0014:text=Dom>.

Cicero, Marcus Tullius. *De Legibus*. <https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:2007.01.0030>

Cicero, Marcus Tullius. *In Verrem*. <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/verres.2.1.shtml>.

Cicero, Marcus Tullius. *Pro Rabirio Postumo*. <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/rabiriopost.shtml#6>.

Gaius. *Institutiones*. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Responsa/gai2.htm>.

Gellius, Aulus. *Noctes Atticae*. https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/17*.html.

Iustinianus. *Codex*. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/CJ7.htm>.

Iustinianus. *Digesta*.https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm.

Livius, Titus. *Ab Urbe Condita*.

The History of Rome, Book 7. Ed. W. Weissenborn ve H. J. Müller, S.E.T. 09.04.2024,
https://www.loebclassics.com/view/twelve_tables/1938/pbLCL329.511.xml?readMode=reader.

Theodosianus. *Codex Theodosianus*.https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Constitutiones/CTh01_mommsen.htm.

Diğer İnternet Kaynakları

Adams, John Paul. “Roman Census Figures.” S.E.T.: 17.12.2024,
<https://www.csun.edu/~hcfl004/romancensus.html>.

Britannica. “Roman Republic.” S.E.T.: 09.12.2024,
<https://www.britannica.com/place/Roman-Republic>.

Gözler, Kemal. “Referandum mu, Plebisit mi?.” *Anayasa.gen.tr*, S.E.T.: 26.11.2024,
<https://www.anayasa.gen.tr/plebisit.htm>.

KISALTMALAR

<i>AÜHFD</i>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	Bakınız
<i>C.</i>	<i>Codex Iustinianus</i>
<i>C. Th.</i>	<i>Codex Theodosianus</i>
<i>Cic.</i>	<i>Cicero</i>
Comp.	Company
<i>D.</i>	<i>Digesta</i>
<i>De Leg.</i>	<i>De Legibus</i>
dn.	Dipnot
ed.	Editör
<i>Gai. Inst.</i>	<i>Gaius Institutiones</i>
<i>In Verr.</i>	<i>In Verrem</i>
<i>İÜHFM</i>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
karş.	Karşılaştırınız
Lat.	Latince / Latincesi
<i>Liv. AUC</i>	<i>Livius, Ab Urbe Condita</i>
m.	Madde
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
<i>NA</i>	<i>Noctes Atticae</i>
<i>pr.</i>	<i>Principium</i>
S.E.T.	Son Erişim Tarihi
tek.	Tekili
Tr.	Türkçe / Türkçesi
vd.	Ve devamı
yy.	Yüzyıl

TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA BANKALARIN İFLASINDA İFLAS İDARESİNİN GÖREVLERİ VE İŞLEMLERİNİN DENETİMİ

The Tasks of Administration of Bankruptcy on Bank Bankruptcies Under Turkish and Swiss Law and Review of Its Proceedings

Önder TOPAL*
Mahmut CEYLAN**

ÖZET

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) bankaların iflasında ve tasfiyesi sürecinde iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresinin görevlerine sahip olmaktadır. Bankaların iflas tasfiye işlerini yürütmek amacıyla ayrı bir iflas idaresi oluşturulmaktadır ve iflas idaresi esasen TMSF'nin gözetimi altında faaliyet göstermektedir. Bu sebeple iflas idaresinin işlemlerinin yargısal denetiminde idari yargının mı yoksa adli yargının mı görevli olacağı sorunu ön plana çıkmaktadır.

İsviçre hukukunda ise Finansal Piyasa Denetleme Kurulu (FINMA) bankaların iflasında tek otorite konumunda yer almaktadır. İsviçre hukukunda bankaların iflasında FINMA tarafından atanmış olan iflas tasfiye memurlarının denetimi bizzat FINMA tarafından icra edilmektedir. Ancak bazı konular bakımından, örneğin sıra cetveline karşı açılacak olan itiraz davası, yargısal denetim devreye girmektedir.

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 07.01.2025

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 06.03.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: ondertopal61@trabzon.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1065-3884>, ROR ID: <https://ror.org/04mmwq306>.

** Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: mahmut.ceylan@erdogan.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8278-611X>, ROR ID: <https://ror.org/0468j1635>.

Bankaların iflasında iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesi meselesi; Uyuşmazlık Mahkemesinin sıra cetveline itiraz davasının görüleceği yargı kolunun tespiti hususunda vermiş olduğu kararlar, doktrinde denetim mekanizmasının nere / nereler olacağı yönündeki görüşler de dikkate alınmak suretiyle İsviçre hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ele alınıp incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: TMSF, FINMA, iflas idaresi, sıra cetveline itiraz davası, idari işlem.

ABSTRACT

The Savings Deposit Insurance Fund (SDIF) has the duties of the bankruptcy office, creditors meeting and administration of bankruptcy in the bankruptcy and liquidation of banks. A separate administration of bankruptcy is established to carry out the bankruptcy liquidation of banks, and administration of bankruptcy essentially operates under the supervision of the SDIF. For this reason, the question arises as to whether the administrative or the judicial jurisdiction will be in charge of the supervision of administration of bankruptcy's transactions.

In Swiss law, the Financial Market Supervisory Authority (FINMA) is the sole authority in the bankruptcy of banks. In Swiss law, the supervision of the bankruptcy liquidators appointed by FINMA in the bankruptcy of banks is carried out by FINMA itself. However, in some matters, such as the objection to the order list, a lawsuit may be filed in the courts.

The judicial review of the bankruptcy administration's actions in the bankruptcy of banks, the decisions of the Court of Dispute regarding the jurisdiction in which the objection to the order list will be heard, and the opinions in the doctrine on where the control mechanism will be located will be examined in comparison with the regulations in Swiss law.

Keywords: SDIF, FINMA, administration of bankruptcy, objection to order list, administrative act.

GİRİŞ

Bankaların iflasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), faaliyet izni kaldırılıp yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankalar açısında mali bünyelerinin güçlendirilmesine imkân bulunmaması hâlinde asliye ticaret mahkemesinde iflasını talep eder. Asliye ticaret mahkemesinin iflasa karar vermesinden sonra banka için iflas açılır ve iflas tasfiyesi başlar. İşte bu noktada 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bankaların iflasının istenmesinden tasfiyenin gerçekleştirilip tamamlanmasına kadar TMSF'ye özel, geniş ve ayrıcalıklı görev ve yetki vermektedir. Öte yandan bankaların iflasında iflas tasfiyesinin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalardaki Sigortalı Mevduat ve Sigortalı Katılım Fonunun Ödenmesi ile Bu Bankaların İflas ve Tasfiyesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹ (Yönetmelik) çıkarılmıştır. Hem 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hem de Yönetmelik bankaların iflasında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan hükümlerden farklı hükümler içermekte ve iflas teşkilatı neredeyse tümüyle farklılık arz etmektedir. Zira 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndaki bazı görev ve yetkileri hariç olmak üzere bankaların iflasında TMSF'nin iflas dairesinin, alacaklılar toplantısının ve iflas idaresinin görev ve yetkilerine sahip olacağı düzenlenmektedir (Bankacılık K. m. 106/5; Yönetmelik m. 14/1). TMSF iflas tasfiyesinin gerçekleştirilmesi için oluşturulacak iflas idaresine (*Konkurverwaltung*) seçilecek memurlar için kendisi aday gösterecek ve icra mahkemesi bunlar arasından seçimi yaparak iflas idare memurlarını belirleyecektir. İflas idare memurlarının görev ve yetkileri, işlemlerinin denetiminin nasıl olacağı çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

İsviçre hukukunda ise bankaların iflasın tek otorite Federal Piyasa Denetleme Kurulu (*Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht*) FINMA olarak düzenlenmiş ve Türk hukukunda TMSF'ye verilen görev ve yetkilerden daha fazlası FINMA'ya verilmiştir. FINMA bizzat kendisi bankaların iflasına karar vermekte ve iflas tasfiyesi işlemlerini kendisi yerine getirmezse ise bunun için iflas tasfiye memuru (*Konkursliquidator/Konkursliquidatorin*) atamaktadır. Bu hususlar Türk hukukundan farklıdır.

¹ RG, 23.02.2007, S. 26443.

Çalışmamızın konusunu iflas idaresi ve TMSF arasındaki ilişki; bunların işlemlerinin denetlenmesi oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin açıklamalar yapılırken İsviçre hukukundaki duruma da karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

Çalışmamızda öncelikle, genel olarak bankaların iflasına ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu bağlamında iflas tasfiyesinde iflas idaresinin seçimi, görev ve yetkileri ile denetimine yer verilecektir. Sonrasında Banka hukuku bağlamında iflas idaresinin oluşturulması, görev ve yetkileri, işlemlerinin denetimi incelenecektir. İşlemlerinin denetiminde ise Uyuşmazlık Mahkemesinin sıra cetveline itiraz davalarında hangi yargı kolunun görevli olacağına ilişkin kararları üzerinden denetime; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu denetime ve idare bağlamında denetime doktrindeki tartışmalara da yer verilerek değinilecektir. Özellikle iflas idaresinin işlemlerinin şikâyet yoluna tabi olmaması konusu, sıra cetveline itiraz davasının adli yargıda açılıp açılmaması noktasında hem uygulamada verilen kararlar hem de doktrindeki görüşler çerçevesinde ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK BANKALARIN İFLASI

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 43/1'e göre 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre tacir sayılanlar, tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlar ve özel kanunlara göre tacir olmamasına rağmen iflasa tabi oldukları düzenlenen gerçek ve tüzel kişiler iflasa tabidir. Benzer düzenlemenin yer aldığı TTK m. 18/1'e göre tacirler her türlü borcunda dolayı iflasa tabidir. Ticaret şirketleri tacir sayılır (TTK m. 16/1). Ticaret şirketleri, kooperatifler, şahıs şirketi olarak kolektif ve komandit şirketleri; sermaye şirketi olarak, anonim şirket, limited şirket ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketten oluşmaktadır (TTK m. 124). Bankalar, yani mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları sermaye şirketi olan anonim şirket şeklinde kurulmakta (5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Bankacılık K.) m. 3, m. 7/1-a) iflasa tabi olmaktadır.

Bankaların iflası esas olarak Bankacılık Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bankaların iflas sebebinin tespit edilmesi ve iflasının talep edilmesi için Bankacılık Kanunu'nun "Denetim ve Alınacak Önlemler" başlıklı altıncı kısmında düzenlenen m. 66-71 ile "Faaliyet İzni Kaldırılan ve Fona Devredilen Bankalara İlişkin Hükümler" başlığında düzenlenen on birinci kısmında m. 106'nın bir bütün olarak değerlendirilmesi

gerekmektedir. Bankacılık Kanunu m. 66 uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ile konsolide denetime tâbi kuruluşların denetimi ve gözetimi ile yetkili merciler tarafından birlikte konsolite denetim yapılmakta; m. 66/A gereğince bankalarca önlem planı hazırlanmakta; m. 67 gereğince önlem alınmasını gerektiren hâllerin ortaya çıkması durumunda Kurum tarafından m. 68, m. 69 ve m. 70’te öngörülen tedbirler kademeli olarak alınmaktadır. Son olarak denetleme sonucunda bir bankaya ilişkin olarak

“-Bankacılık Kanunu m. 70 kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,

- *Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,*
- *Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,*
- *Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,*

-Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması” durumlarından biri ya da birkaçının ortaya çıkması hâlinde BDDK, en az beş üyenin oyuyla alacağı kararla bankanın faaliyet iznini² kaldırabilir (Bankacılık K. m. 71). Bankanın faaliyet izni kaldırılırsa yönetim ve denetimi TMSF’ye devredilir (Bankacılık K. m. 106/1). Aslında bankaların iflasının istenebilmesi için varlığı aranan iflas sebebi “*malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmaması*”dır³.

² Bankaların gerçekleştirebilecekleri faaliyetler konuları ayrıntılı bir şekilde Bankacılık Kanunu m. 4’te sayılmıştır.

³ Bu yönde bkz. Oğuz Atalay, “Bankaların İflas Sebepleri ve İflas Davası,” *İzmir Barosu Dergisi*, no. 2 (1997): 97; Hakan Albayrak, “Bankaların İflası,” *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 24 (2008): 64.

Bir bankanın mali bünyesi güçlendirilemeyecek kadar zayıflaması sebebine dayanılarak iflasının istenebilmesi için öncelikli olarak bankanın mevduat kabul etme ve faaliyet izninin kaldırılması şekli şartının yerine getirilmesi gerekmektedir. Zira Bankacılık Kanunu'nda öngörülen iflas prosedürünün işlerlik kazanması anılan şekli şartın yerine getirilmesi hâlinde mümkündür.

Sonuç olarak, bir bankanın mali bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmaması sebebinin ortaya çıkması ve faaliyet izninin kaldırılması ile TMSF'ye devri sağlanır. TMSF, yönetimi ve denetimi kendisine devredilen bankayla ilgili olarak ilk önce sigortalı mevduatını ve sigortalı katılım fonunu⁴ doğrudan veya ilân edeceği başka bir banka aracılığı ile öder. Sonrasında ise TMSF ödediği mevduat ve katılım fonu sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister. Bu şekilde bir bankanın iflasını isteme görev ve yetkisi Kanun tarafından münhasıran TMSF'ye verilmiştir. (Bankacılık K. m. 106/3, m.63).

TMSF davalarında görevli ve yetkili mahkeme, Bankacılık Kanunu m. 142'de düzenlenmekte ve bu sebeple TMSF, bankanın muamele merkezlerinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden iflasını isteyecektir⁵. Bankacılık Kanunu m. 106/4 uyarınca TMSF'nin asliye ticaret mahkemesinden bir bankasının iflasını talep etmesi durumunda seri muhakeme usulünün uygulanacağı düzenlenmekte; fakat 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu usul düzenlenmemekte, "*diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler*"de basit yargılama usulünün uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır (HMK m. 316/1-g). Dolayısıyla TMSF'nin iflas talebi üzerine yapılacak yargılamada basit yargılama usulü uygulanacaktır. Asliye ticaret mahkemesinin (*üç veya daha asliye ticaret mahkemesi bulunan yerler 1 numaralı asliye ticaret mahkemesi; üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise 1, 2, 3 asliye ticaret mahkemelerinin*⁶) iflas kararı iflas müdürlüğüne bildirilir ve bunun üzerine

⁴ Kredi kuruluşlarının iflası veya tasfiyesi hâlinde mevduat ve katılım fonu sahipleri, Fonun imtiyazlı alacaklarından ve Devlet ile sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere sigortaya tâbi olmayan kısım için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 206'ncı maddesindeki üçüncü sıra anlamında imtiyazlı alacaklıdırlar (Bankacılık K. m. 63/4).

⁵ Albayrak, "Bankaların İflası," 73.

⁶ 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 46. maddesiyle 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununa eklenen geçici 14.

iflas müdürlüğü İİK m. 166/2 uyarınca ilan yapar. İflas müdürlüğünün ilanının haricinde TMSF tarafından da bankanın iflas tasfiyesinin başladığını, ulusal çapta yayın yapan, en yüksek tirajlı beş gazetenin ikisinde ilan edilir. Anılan ilanda iflas tasfiyesinin TMSF tarafından Bankacılık Kanunu ile İİK hükümleri çerçevesinde yapılacağı duyurulur (Yönetmelik m. 16).

TMSF, Bankacılık Kanunu'nun uygulanması ile sınırlı olacak şekilde, İİK m. 166, m. 218, m. 219, m. 223, m. 234, m. 236, m. 249, m. 251 ve m. 254'teki yetki ve görevler hariç iflas dairesinin, alacaklılar toplantısının ve iflas idaresinin görev ve yetkilerine sahip olarak bankayı tasfiye edecektir⁷.

İsviçre hukukunda ise bankaların iflasında görev alan makam FINMA'dır⁸ (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen Bankengesetz, BankG⁹, Art. 33 vd.; Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern, BIV-FINMA¹⁰, Art. 11 vd.; Verordnung der FINMA über das Insolvenzverfahren bei FinanzmarktInstituten Insolvenzverordnung FINMA, InsV-FINMA, Art. 15vd.). Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda bankaların iflasına ilişkin olarak Bankacılık Kanunu (BankG.) ve FINMA İflas Yönetmeliği (BIV-FINMA) bulunmaktadır. Yönetmelik FINMA tarafından çıkarılmaktadır ve bu noktada tasarı hâlinde bir yönetmelik (InsV-FINMA¹¹) bulunmaktadır. InsV-FINMA henüz BIV-FINMA'nın yürürlüğüne son verip yürürlüğe

maddesinin ikinci fıkrasının, "Hâkimler ve Savcılar Kurulu, 26/09/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin beşinci fıkrasındaki belirleme yetkisi kapsamında iflâs ve konkordato konusunda uzman asliye ticaret mahkemesini, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde belirler." hükmü uyarınca, birden fazla dairesi bulunan asliye ticaret mahkemesinin hangi daire/dairelerinin iflas işlerine bakacağına ilişkin Hakimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi 04.04.2018 tarih ve 538 sayılı kararı (RG, 05.04.2018, S.30382).

⁷ Bkz. aşağı III- "C. İflas İdaresinin Görev ve Yetkileri" başlıklı kısım.

⁸ FINMA hakkına bkz. aşağı III-D-4-a.

⁹ "Fedlex," erişim Aralık 12, 2024, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/51/117_121_129/de.

¹⁰ "FINMA," erişim Aralık 12, 2024, https://www.finma.ch/de/~media/finma/importiertedokumente/regulierung/anhoerungen/17-biv-finma/biv-finma.pdf?sc_lang=de&hash=022FD7F2CC42918F97E1651FD48F90A3.

¹¹ "FINMA," erişim Aralık 12, 2024, https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20241009-insolvenzverordnung-finma/20241009_insvo_finma_anhoerung_verordnung_de.pdf?sc_lang=en&hash=E8CF8CC9D8CCC9A88BD44590D98377F8.

girmemiştir. Anılan düzenlemeler çerçevesinde İsviçre hukukunda bankaların iflasına, mahkeme değil FINMA karar vermektedir. Bu kapsamda bankanın yeniden yapılandırılma ihtimali yoksa veya bu hususta başarısız olunmuşsa, FINMA bankanın linsansını geri alarak iflasına karar verir ve bunu ilan eder (BankG. Art. 33/1, BIV-FINMA Art. 11, IsnV-FINMA Art. 15). Görüldüğü üzere bankaların iflasında ayrıcalıklı ve özel görevler tek iflas otoritesi olarak FINMA'ya verilmiştir¹². FINMA denetleyici ve düzenleyici bir idari kurum olmakla¹³ birlikte yeniden yapılandırma ve iflasta da önemli görevlere sahiptir. Yani, İsviçre kanun koyucusu, Türk hukukunda TMSF'ye ait olan bankaların iflasındaki görev ve yetkileri kendi ülkesinde FINMA'ya vermiştir. Her ne kadar bankaların iflası BankG ile BIV-FINMA hükümleri çerçevesinde gerçekleşse de SchKG hükümlerinin uygulanmayacağı anlamına gelmez¹⁴. Zaten BankG Art. 34'te bankalar hakkındaki iflas tasfiye kararının SchKG Art. 197-220 hükümleri çerçevesinde mahkeme kararıyla iflasın açılmasıyla aynı etkiye sahip olduğu düzenlenmektedir. Yine aynı maddede, bankaların iflas tasfiyesinin SchKG Art. 221-270 hükümleri uyarınca gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. Ancak SchKG hükümleri ikincil olarak uygulanacaktır¹⁵; zira öncelikli olarak BankG ile BIV-FINMA'da yer alan özel hükümler uygulanacaktır. Zaten kanun koyucu BankG Art. 35-37m hükümlerine tabi olmak kaydıyla, FINMA'nın farklı kararlar verebileceğini hüküm altına almıştır (BankG Art. 34/2). İsviçre doktrininde BankG ile BIV-FINMA hüküm bulunmayan hâllerde açık ya da zımni bir atıf nedeniyle, SchKG hükümlerinin uygulanabilecektir¹⁶.

¹² Raphael Jaeger ve Thomas Hautle, "Bankenkonskurs und Einlagensicherung in der Schweiz," *AJP*, no. 395 (2009): 396; Susan Emmenegger ve Regula Kurzbein, "Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz," *SZW*, no. 509 (2013): 511.

¹³ Christian Bovet, "Les Autorités de Surveillance et de Régulation," içinde *Les Autorités Administratives Indépendantes*, ed. Bellanger François ve Thierry Tanquerel (Schulthess Éditions, 2011), 66.

¹⁴ Franco Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede," *SZW*, no. 497 (2013): 501; Jaeger ve Hautle, "Bankenkonskurs und Einlagensicherung," 397.

¹⁵ Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 501.

¹⁶ Jaeger ve Hautle, "Bankenkonskurs und Einlagensicherung," 397; Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 501. Hangi konularda SchKG hükümlerinin uygulanabileceği noktasında bkz. Lorandi "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 501.

II. 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'na Göre İflas İdaresi

A. İflas İdaresinin Faaliyet Alanı ve Seçilmesi

İİK uyarınca asliye ticaret mahkemesince iflas kararının verilmesinden sonra, iflas tasfiye usulü, defteri tutulan masa mallarının değerine göre belirlenmektedir. Masa mallarının defterde gösterilen değerine göre masaya ait hiçbir mal, hak veya alacak bulunmazsa iflas dairesi tasfiyenin tatil edilmesine karar verir ve bunu ilan eder. İflas dairesinin yapmış olduğu bu ilandan itibaren 30 gün içinde, alacaklılardan biri iflas dairesine başvurarak iflas tasfiyesinin devam edilmesini isteyip giderleri peşin verirse tasfiyeye devam edilebilir (İİK m. 217). Anılan durumda alacaklılar tasfiyenin adi tasfiye veya basit tasfiye şeklinde yapılmasını seçebilirler. Yine masa mallarının tutulan defterde gösterilen değere göre değeri adi tasfiye giderlerini karşılamaması söz konusu ise iflas dairesi tasfiyenin basit tasfiye şeklinde yapılmasına karar verir ve bu durumu ilan eder (İİK m. 218). Bu ilan üzerine alacaklılardan biri giderleri peşin vererek tasfiyenin adi tasfiye şeklinde yapılmasını isterse adi tasfiye usulü uygulanacaktır. Son olarak masa mallarının tutulan defterine göre değeri adi tasfiyeyi karşılayacak oranda ise iflas tasfiyesi adi tasfiye usulüne göre yapılır (İİK m. 219). Anılan bu üç ihtimalde adi tasfiye usulünün uygulanmasında görev alacak olan (özel) iflas organı iflas idaresidir.

Adi tasfiyenin ilanı üzerine alacaklılar, adi tasfiye ilanında bildirilen yer, gün ve saatte toplanarak birinci alacaklılar toplantısını gerçekleştirirler. Birinci alacaklılar toplantısına iflas müdürü veya yardımcısı başkanlık eder (İİK m. 221/1). Anılan toplantının geçerli olabilmesi için gerekli çoğunluk toplantıda hazır bulunan alacaklıların veya temsilcilerinin bilinen alacak tutarının en az dörtte birini temsil etmesi ile sağlanır. Toplantıda bulunanlar beş kişiden azsa toplantının yapılabilmesi, bunların alacak tutarının yarısına sahip olmasına bağlıdır. Birinci alacaklılar toplantısından karar alınabilmesi içinse toplantıya katılan alacaklıların alacak tutarı çoğunluğu gerekmektedir (İİK m. 221/2, 3¹⁷)¹⁸. İflasın özel organı olarak birinci alacaklılar toplantısının en önemli görevi iflas idaresine seçilecek adayları göstermesidir.

¹⁷ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, (SchKO) Art. 235/4'de ise oylamaya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınacağı düzenlenmiştir.

¹⁸ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 4* (Alfa Yayınevi, 1997), 3163; Güray Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri* (Legal Yayıncılık, 2005), 159.

İflas idaresinin seçimi İİK m. 223 uyarınca gerçekleşmektedir. Anılan hükme göre iflas idaresi üç kişiden oluşur ve birinci alacaklılar toplantısında yapılan seçimde yeterli bilgi ve tecrübeye sahip altı kişiyi aday gösterir. Adaylardan dört tanesi alacak tutarınca çoğunluğu oluşturanlar tarafından, iki tanesi ise alacaklılar sayısı itibarıyla çoğunluğu teşkil edenlerce seçilir ve durum icra mahkemesine bildirilir. İcra mahkemesi de dört aday arasından ikisini, iki aday arasından ise birini seçerek iflas idaresini oluşturur. İİK m. 223/6 da yer alan hükme göre iflas idaresinde yer alacak kişiler bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan iflas idare memurları listesinden seçilecek ve seçilen iflas idare memurlarından birinin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir, birinin ise hukukçu olması zorunludur¹⁹. Bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan listeye kayıt için Adalet Bakanlığı tarafından izin verilen kurumlardan alınacak eğitimin tamamlanmış olması şarttır. Listede görevlendirilecek hiç kimsenin bulunmaması durumunda liste dışından görevlendirme yapılacak ve bu durum bölge kuruluna bildirilecektir. Bu şekilde görevlendirilen bir iflas idare memuru, aynı anda beşten fazla dosyada görev alamayacaktır²⁰.

İsviçre hukukunda (SchKG, Art. 237/2) ise alacaklılar toplantısı iflasın açılmasıyla iflas prosedürüne ilişkin işlerin yürütülmesi görevini yerine getiren iflas dairesinin göreve devam edip etmemesine veya bir ya da birden fazla kişiyi iflas idaresi olarak seçmeye karar verir²¹. Alacaklılar toplantısı

¹⁹ Hukukçu ile yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirler arasından seçilen iflas idare memurlarının herhangi bir nedenle görevinin sona ermesi hâlinde, iflas idaresinde aynı nitelikte başka bir iflas idare memurunun bulunmadığı tespit edilir ise icra mahkemesince önceki adaylar arasından bu nitelikte iflas idare memuru görevlendirilir. Hukukçu ile yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir dışında görevlendirilmiş olan iflas idare memurunun herhangi bir nedenle görevinin sona ermesi hâlinde ise icra mahkemesince önceki adaylar arasından iflas idare memuru görevlendirilir. Önceki adaylar arasından görevlendirme yapılamaması hâlinde iflas dairesi tarafından alacaklılara yeni bir seçim gündemiyle toplanması için çağrı yapılır (Yönetmelik m. 6/3-4-5).

²⁰ Bilirkişilik bölge kurulları tarafından oluşturulan liste ilan edilir. Bu ilan yapıncaya kadar listeden görevlendirme usulü dikkate alınmaksızın iflâs idare memurunun görevlendirilmesine devam olunur ve bu iflâs idare memurları listede bulunmasalar dahi mevcut dosyalardaki görevlerini tamamlar (Yönetmelik Geçici m. 1/2).

²¹ İflas idaresini seçme yetkisi birinci alacaklılar toplantısındadır. Bu kapsamda alacaklılara iflas idaresinin seçiminde geniş yetkiler tanınmaktadır. Dolayısıyla birinci alacaklılar toplanması iflas idaresini seçebilmekte; ayrıca bunun icra mahkemesince onaylanmasına gerek bulunmamakta; birinci alacaklılar toplantısının kararlarına karşı da şikâyet yoluna

iflas idaresi olarak bir ve birden fazla kişiyi iflas idaresi olarak seçmesi durumunda, onun iflas dairesinden ayrılması için “*ausseramtliche Konkursverwaltung*”²², *besondere Konkursverwaltung*”²³ (resmi olmayan veya özel iflas idaresi) kavramı kullanılmaktadır²⁴. İflas dairesinin iflas idaresi olarak seçilmesi durumunda ise “*amtliche Konkursverwaltung*” (resmi iflas idaresi) kavramı kullanılmaktadır²⁵. İsviçre hukukunda masaya ait malvarlığı unsurlarının bulunmaması hâlinde tasfiyenin tatiline (SchKG Art. 230); malvarlığı unsuru bulunup da bunların bedelinin adi tasfiyeyi karşılamaya yetmemesi hâlinde basit tasfiyeye usulünde tasfiyeye karar verilmesi (SchKG Art. 231) durumunda, alacaklıların özel iflas idaresi seçmesi mümkün değildir; sadece adi tasfiye usulünde özel iflas idaresi seçilebilir. Zira iflasın tatil edilmesinde ve basit tasfiye usulünde alacaklıların toplanması söz konusu değildir²⁶. Anılan hâlde Türk hukukunda olduğu gibi iflas tasfiyesi, iflas dairesi tarafından yürütülecektir.

İflas idaresine seçilecek üyelerinin muhakkak alacaklılar²⁷ arasından seçilmesine gerek olmadığı için alacaklı vekili veya üçüncü kişiler de iflas

başvurulabilmektedir. Öte yandan mehz Kanun birinci alacaklılar toplantısına, iflas idaresine yardımcı olmak için “alacaklılar komitesi” seçme yetkisi tanımaktadır (SchKG Art. 237/3) (Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 97).

²² Bu kavram SchKG Art. 4,5 ve 241’de yer almaktadır.

²³ Albert Egli, *Die Einwirkung des Gläubigerelements auf die Organisation und Durchführung des Konkursverfahrens nach erfolgter Konkurseröffnung im schweizerischen Recht* (Diss., 1942), 66 vd. İflas idaresi için “Konkursleitung” (iflas yönetimi) kavramı da kullanılmaktadır (Siegfried Wettstein, *Die Konkursverwaltung Nach schweizerischem Recht* (Diss., 1935), 21).

²⁴ Martin Höfliger, *Die Ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG* (Diss., 1987), 14; Brigit Hänzi, *Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht Beitrag zur Bestimmung ihrer Rechtsstellung und kurze Darstellung ihres Aufgabenbereiches* (Schulthess Juristische Medien, 1979), 16.

²⁵ Wettstein, *Die Konkursverwaltung Nach schweizerischem Recht*, 15.

²⁶ Höfliger, *Die Ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG*, 14; Yakup Oruç, *İflas İdaresi* (Seçkin Yayınları, 2019), 116.

²⁷ Şart olmamakla birlikte alacaklıların iflas idaresine seçilebilmesi mümkündür (Egli, *Die Einwirkung des Gläubigerelements*, 73; Hänzi, *Die Konkursverwaltung*, 72; Höfliger, *Die Ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG*, 32; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 4*, 3169; Yılmaz, *İflas İdaresi*, 66; Oruç, *İflas İdaresi*, 109; Necmeddin M. Berkin, *İflas Hukuku* (Hamle Matbaası, 1966), 277; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri* (Güzel Sanatlar Matbaası, 1965), 279; Sümer Altay, *Türk İflas Hukuku C. 2* (Vedat Kitapçılık, 2004), 1304; Ramazan Korkmaz, “Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İflas İdare Memurunun Seçimi ve Görevlendirilmesi,” *AkdHFD* 14, no. 1, (2024): 372; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz, Emel Hanağası, *İcra ve İflas*

idare memuru olarak seçilebilir. Ancak müflisin (ve kanuni temsilcisinin²⁸)²⁹, iflas dairesi müdür veya memurlarının³⁰ iflas idaresi memuru olarak seçilmesi mümkün değildir. İflas idare memurlarının seçimi, nitelikleri, denetimi, eğitimi gibi konulara İflas İdare Memurları Yönetmeliği'nde³¹ ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Anılan Yönetmelik ve Kanun hükümlerine bakıldığında tüzel kişilerin iflas idaresine seçilmeleri mümkün değildir.

Tüzel kişiliği bulunmayan iflas idaresinin hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür³². Bu hususa ilişkin olarak İİK m.

Hukuku (Yetkin Yayınları, 2023), 639; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2024), 614; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin-Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (On İki Levha Yayıncılık 2024), 487; Şanal Gördün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2024), 603. Alacaklıların iflas idaresine seçilmemesinin doğru olmayacağı yönünde bkz. İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok, Ömer Faruk Saçar ve Recep Aşit, *İcra ve İflas Hukuku* (Seçkin Yayınları, 2024), 631; Oruç, *İflas İdaresi*, 111.

²⁸ Hänzi, *Die Konkursverwaltung*, 72; Höfliger, *Die Ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG*, 35.

²⁹ Wettstein, *Die Konkursverwaltung Nach schweizerischem Recht*, 53; Egli, *Die Einwirkung des Gläubigerelements*, 72; Berkin, *İflas Hukuku*, 277; Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 279; Yılmaz, *İflas İdaresi*, 68; Saim Üstündağ, *İflas Hukuku* (Yaylacık Matbaacılık, 2009), 150; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 4*, 3169. Müflisin akrabalarının (kna veya yakın hısımlarının) iflas idaresine seçilip seçilmeyeceği noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir (bkz. Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 4*, 3169; Berkin, *İflas Hukuku*, 277; Yılmaz, *İflas İdaresi*, 67. Aksi yönde bkz. Oruç, *İflas İdaresi*, 12).

³⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 639; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku* 603-604; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Yetkin Yayınları, 2013), 1302; Altay, *Türk İflas Hukuku C. 2*, 1313; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes, *Ders Kitabı*, 487; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 614-615; Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (Beta Yayınevi, 2021), 536; Timuçin Muşul, *İflas ve Konkordato Hukuku* (Adalet Yayınevi, 2019), 302; Aşık, Oruç, Tok, Saçar ve Aşit, *İcra ve İflas Hukuku*, 632; Korkmaz, "Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İflas İdare Memurunun Seçimi ve Görevlendirilmesi," 372. İsviçre hukukunda da alacaklıların sadece adi tasfiye usulünde özel iflas idaresi seçebilme imkanı mevcuttur. Zira basit tasfiyenin yapıldığı durumlarda alacaklılar toplanmasının yapılması mümkün değildir (Höfliger, *Die Ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG*, 14).

³¹ RG, 27.12.2023, S. 32412.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oruç, *İflas İdaresi*, 68-86; Ejder Yılmaz, *İflas İdaresi* (Sevinç Matbaası, 1976), 27-56; Üstündağ, *İflas Hukuku*, 152-156; Berkin, *İflas Hukuku*, 279-283; Necmeddin M. Berkin, "İflas İdaresi ve İflas İdaresi Memurlarının Vazifeleri,"

226'ya göre iflas oranı masanın kanuni temsilcisidir. İflas idaresi masanın menfaatlerini gözeterek iflas tasfiyesini esas olarak yerine getirecek iflasın özel organıdır³³.

B. İflas İdaresinin Görevleri ve Denetim

Alacaklılar toplantısı tarafından gösterilen Yönetmelik'teki niteliklere sahip olarak gösterilen adaylar arasında icra mahkemesi tarafından iflas idaresi seçilir ve göreve başlar. İflas idaresinin asıl ve en temel görevi, iflas tasfiye usulünün adı tasfiye olması hâlinde tasfiyeyi gerçekleştirmektir. İflas idaresinin bu esas görevi dışında çeşitli başka görevleri de bulunmaktadır.

İflas idaresinin görevler ve sorumluluğuna ilişkin düzenleme İİK m. 227 ile İflas İdare Memurları Yönetmeliği'nde³⁴ düzenlenmektedir. İİK m.

İÜHFD 22, no. 1-4 (1957): 164-166. Bu husustaki tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışındadır.

³³ İflas idaresinin davalardaki durumu dava takip yetkisiyle açıklanabilir. Bu noktada iflas idaresi yer alacağı davalarda dava takip yetkisi itibariyle görevi gereği taraf konumundadır (Aşık, Oruç, Tok, Saçar ve Aşit, *İcra ve İflas Hukuku*, 630).

³⁴ İflas idaresinin görevlerine ilişkin olarak en ayrıntılı düzenleme İflas İdare Memurluğu Yönetmeliği m. 10'de düzenlenmiştir. Buna göre, "a) *İflâs masasının kanuni mümessilliğini yapmak.* b) *İflâs masasının menfaatlerini gözetmek, masanın aktifini muhafaza etmek ve mallarını paraya çevirmek suretiyle tasfiyeyi gerçekleştirmek.* c) *İflâs masasına alacak kaydı yaptırılan alacak hakkında karar vermek.* ç) *Her alacak iddiası hakkında mümkün ise müflisin beyanını sormak.* d) *İflâs masasına dâhil olan mallar üzerindeki istihkak iddiaları hakkında karar vermek.* e) *İflâs masası yararına gerekli olan dava ve takipleri açmak, daha önce açılmış olanları takip etmek.* f) *Muhafaza altına alınan malların muhafazası için gerekli olan tedbirleri almak.* g) *İflâs masası menfaatine olan sözleşmeleri yapmak.* ğ) *Müflis adına gelen mektupları açmak.* h) *Kıymeti düşecek veya muhafazası masraflı olacak şeyleri geciktirmeksizin satmak.* ı) *Kanunun 226 ncı maddesinin ikinci fıkrasında yazılı alacak tutarı için doğrudan doğruya, daha fazla alacaklar için alacaklılar toplanmasının vereceği yetki ile sulh ve tahkim yoluna başvurmak.* i) *İflâs masasına kabul edilen alacaklıların bilgi almaları amacına yönelik olarak, iflâs tasfiyesinin süreci ile müteakip işlemlerin planı ve takvimi hakkında altı aylık periyotlarla rapor tanzim etmek.* j) *Sıra cetvelini hazırlamak.* k) *Sıra cetveline kabul etmediği alacakları ret sebepleriyle birlikte gerekçeli olarak göstermek.* l) *Sıra cetvelini ve ikinci alacaklılar toplanmasını ilan etmek.* m) *Sıra cetvelinin kesinleşmesi hâlinde pay cetvelini ve son hesabı yapmak.* n) *Alacağının tamamını alamamış olan her alacaklıya ödenmemiş miktar için aciz vesikası vermek.* o) *Gerekli gördüğü durumlarda yeniden alacaklılar toplanması için davet yapmak.* ö) *İflâs içi konkordatoda, konkordato komiserine ilişkin görevleri yerine getirmek.* p) *İflâs içi konkordatoda konkordatonun onaylanması durumunda asliye ticaret mahkemesinden iflâsın kaldırılmasını talep etmek.* r) *Paralar dağıtıldıktan sonra iflâs kararı veren mahkemeye tasfiye süreci ile ilgili son bir*

227/1'e (SchKG. Art. 241) göre, İİK m. 8/1-2 (SchKG. Art. 8, 8a), m. 9 (SchKG. Art.9), m. 11 (SchKG. Art. 11), m. 16 (SchKG. Art.17-19) ve m. 359'da yer alıp icra dairesine ilişkin olan hükümler iflas idaresine de uygulanacaktır.

İflas idaresi yaptığı işlemler ile kendilerine yöneltilmiş talepler hakkında tutanak düzenlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda kendisine yöneltilen sözlü beyanların tamamını (itiraz ve talepler de dahil) tutanağa geçirilerek altları iflas idaresi ve ilgililerce imzalanır. Yine iflas idaresi işlemlerini gerekçeli olarak tutanağa bağlamak zorundadır. İcra tutanaklarının aleniliği ilişkin hüküm de iflas idaresi tarafından tutulan tutanaklar açısından geçerlilik taşıyacaktır³⁵. İcra tutanaklarının ispat gücüne ilişkin İİK m. 8/4'te yer alan hükme atıf yapılmadığı için anılan hükmün iflas idaresi tutanakları hakkında uygulanması mümkün değildir³⁶. Ancak İsviçre hukuku açısından durum farklıdır. Zira SchKG. Art. 241, doğrudan SchKG. Art. 8'e atıf yapmakta ve tutanakların ispatına ilişkin Art. 8/2'yi hariç bırakacak şekilde bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda iflas idaresi tarafından tutulan tutanaklar aksi ispat edilinceye kadar geçerli kabul edilecektir.

Yine İİK m. 9 kapsamında iflas idaresi kendisine yapılacak ve kendisinin yapacağı ödemelere ilişkin hükümde yer alan prosedürü işletecektir. Öte yandan iflas idaresinin, görev aldıkları iflas tasfiyesi bağlamında İİK m. 11 (SchKG Art. 11) çerçevesinde de tarafsızlığının temini hem alacaklıların hem de müflisin menfaatlerini temini kiminle olursa olsun kendileri adına veya başkaları hesabına sözleşme yapması mutlak surette (sözleşme yapma yasağı) yasaklanmıştır. Bundan başka iflas idaresi

rapor vermek. s) İflâs masasına alacaklı olarak müracaat eden ve Bakanlıkça çıkarılan tarifede gösterilen yazı ve tebliğ masraflarını avans olarak yatıran alacaklılara, iflâs idaresince alınacak kararları tebliğe göndermek. ş) Mevzuattan kaynaklanan diğer görevleri yerine getirmek”.

³⁵ 6352 sayılı Kanun ile İİK m. 8'de değişiklik yapılmadan önce İİK m. 8/2 hükmü aleniyeti düzenleyen hükümdü; şimdi ise üçüncü fıkra hükmü konumundadır. Ancak İİK m. 8'de böyle bir değişiklik yapılmasına karşın aynı değişiklik İİK m. 227'de yapılmamıştır. Dolayısıyla İİK m. 227/1'de yer alan atıf esasında aleniyet hükmünü içeren İİK m. 8/3'ü kapsamaktadır. Öte yandan alacaklılar, iflasta, yalnız tutanakları değil, iflas dairesinin ve iflas idaresinin elinde bulunan bütün belgeleri görme ve inceleme imkânına sahiptir (Kuru, *El Kitabı*, 1098).

³⁶ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Baki Kuru, “İcra Tutanakları (Zabıtları),” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5 (1975): 643-655; Oruç, *İflas İdaresi*, 189.

yaptığı iş ve işlemlerden dolayı her daire ve makam ile doğrudan yazışma yapabilir (İİK m. 227/1, atfı ile m. 359).

İflas idaresinin işlemleri de icra dairesinde olduğu gibi şikâyet yoluyla icra mahkemesince denetleneceği İİK m. 227/1'in m. 16'ya atfıyla 11 (SchKG Art. 241, atfı Art. 17-19) ortaya koyulmuştur. Bu sebeple iflas idaresinin her türlü işlemine karşı şikâyet yoluna icra mahkemesine gidilebilecektir.

İflas idaresinin görev ve işlemleri bunlarla sınırlı değildir. Esas itibariyle iflas tasfiyesinin gerçekleştirmek için bir dizi görevi bulunmaktadır. Bu kapsamda kanun koyucu iflas idaresinin iflas masasını idare etmesine ilişkin olarak genel görev ve yetkilerini düzenleyen İİK m. 226'yı ihdas etmiştir. İİK m. 226/1 hükmü iflas idaresinin görev ve yetkilerinin en kapsamlı şekilde çerçevesini çizer niteliktedir: “*Masanın kanuni mümessili iflas idaresidir. İdare masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapakla mükelleftir*”. İflas idaresi anılan hüküm kapsamında tasfiye görevini yerine getirirken kanuni sınırlamalar, (doğrudan) alacaklılar toplanması, icra mahkemesi, iflas dairesi, alacaklılar ve iflasa karar veren ticaret mahkemesinin (dolaylı olarak) cumhuriyet savcıları ve adalet müfettişlerinin denetimi altında görevini yerine getirir³⁷.

İflas idaresinin, iflas masasının mevcutlarının tespit edilmesi ile müflisin borçlarının kaydı ve tespiti suretiyle iflas tasfiyesini gerçekleştirmek şeklinde kategorize edilecek görev ve yetkileri bulunmaktadır.

İflas idaresi iflasın açılmasının kendisine bildirilmesinden sonra iflas dairesi tarafından masa mallarının defterini tutar ve muhafazası için gerekli önlemleri alınan (İİK m. 208) masa mallarını muhafaza etmeye devam eder ve masanın mevcudunu arttıracak işlemlerde bulunur³⁸. Alacaklılar toplanmasının masa mallarının muhafazası ve tespiti bağlamında aldığı kararları yerine getirir (İİK m. 224). Yine iflas idaresi masanın menfaatine olması hâlinde İİK m. 198/1, c. 2 uyarınca sözleşmelere girebilir (İflas İdare Memurları Yönetmeliği m. 10/1-g). Öte yandan iflas idaresi masa mallarına ilişkin üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına dayalı istihkak iddiasında

³⁷ Oruç, *İflas İdaresi*, 248.

³⁸ Oruç, *İflas İdaresi*, 196-197.

bulunulan eşyanın kendisine verilip verilmeyeceği noktasında kararı verecektir (İİK m. 228, İflas İdare Memurları Yönetmeliği m. 10/1, d). İstihkak iddiasının reddi hâlinde iflasta istihkak davasına yönelik prosedür başlayacaktır (İİK m. 228/2). İflas idaresi vadesi gelmiş masa alacaklarının tahsili ve özellikle kıymeti düşecek veya muhafazası masraflı olan masa mallarının acele satışını gerçekleştirecektir (İİK m. 229).

İflas idaresinin masanın borçlarının kaydı ve tespiti bağlamında görev ve yetkileri şu şekilde ortaya çıkmaktadır: İflas kararının ilanından sonra bir ay içerisinde alacaklıların alacaklarını kaydettirmeleri ve bunları ispata yarayan delilleri ile bildirmeleri gerekir (İİK m. 219). Kaydettirilip bildirilen alacaklar iflas idaresi tarafından incelenip her bir alacak hakkında karar verilecektir³⁹. İdare karar verirken müflisi hazır bulundurmak mümkünse her iddia hakkında ne diyeceğini sorar ve bunların her biri hakkında ayrı ayrı kabul veya ret kararı verir (İİK m. 230) ve durumu sıra cetveline geçirir (İİK m. 232-233, İflas İdare Memurları Yönetmeliği m. 10/1-c). İflas idaresinin alacak ve istihkak iddialarının kabulü hakkındaki kararlarında kanuna ya da hadiseye uygun olmadığı gerekçesiyle iflas dairesi icra mahkemesinde şikâyet yoluna gidebilir (İİK m. 223/5,1). Bunun haricinde iflas idaresinin düzenlemiş olduğu sıra cetveline karşı muhalefet edilmesi de mümkündür. Öncelikli olarak iflas idaresi sıra cetvelini düzenlerken iflas hukuku kurallarına aykırı hareket ettiğini ve yaptığı işlemin hadiseye uygun olmadığını düşünen ilgililer (alacaklılar, müflis, üçüncü kişiler) iflas kararı veren asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki⁴⁰ icra mahkemesinde şikâyet yoluna gidebilirler (İİK m. 227/1 atfı İİK m. 16)⁴¹. Yine sıra cetveline ilişkin itiraz alacağın esas ve miktarına değil de sadece sıraya ilişkinse şikâyet yoluna gidilebilecektir (İİK m. 234/4). Esasen anılan

³⁹ Kural olarak (istisna İİK m. 231) bildirilmeyen alacakların iflas idaresi tarafından incelenmesi mümkün değildir (Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 4*, 3206; Yılmaz, *İflas İdaresi*, 146, dn. 36; Oruç, *İflas İdaresi*, 216)

⁴⁰ Y. 19. HD., 3646/4435, 25.04.2008, (Kuru, *El Kitabı*, 1328, dn. 24).

⁴¹ Kuru, *El Kitabı*, 1328; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 651; Üstündağ, *İflas Hukuku*, 176; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2014), 577; Baki Kuru, *İstinaf sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku* (Legal Yayınları, 2016), 627; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları* (Adalet Yayınevi, 2015), 734-735; Aşık, Oruç, Tok, Saçar ve Aşit, *İcra ve İflas Hukuku*, 661; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 626; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes, *Ders Kitabı*, 496; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 615.

durumda alacaklı kendisine, yani alacağına verilen sıraya itiraz etmekte; daha önceki sıraya konulması gerekirken sonraki bir sıraya konulduğunu ileri sürmektedir⁴².

Sıra cetveline muhalefetin diğer bir yolu ise sıra cetveline itiraz (kayıt kabul veya kayıt sildirme davası) davasıdır (İİK m. 235, 11 (SchKG Art. 250). Sıra cetveline itiraz eden alacaklının itirazı, kendi alacağının haksız bir şekilde ret veya tenzil edildiği yönündeyse, onun iflas idaresi aleyhine açacağı davaya “kayıt kabul davası”; fakat alacaklının itirazı sıra cetvelinde yer alan bir başka alacaklının alacağının varlığına, miktarına veyahut sırasına ise onun adı geçen alacaklıya karşı açacağı davaya “kayıt silme/terkin davası” denilmektedir⁴³.

Sıra cetveline itiraz davası, alacaklılar ve mülkiyet dışındaki istihkak iddiaları reddedilen üçüncü kişiler tarafından açılır. Davalı ise kayıt kabul davasında iflas idaresi (SchKG Art. 250/1), kayıt sildirme davasında ise alacağına veya sırasına itiraz edilen başka alacaklıdır (İİK m. 235/2, SchKG Art. 250/2). Anılan dava, sıra cetvelinin ilanından itibaren 15 gün içinde iflasa karar veren asliye ticaret mahkemesinde basit yargılama usulüne göre görülür (İİK m. 235/1).

İflas idaresinin ikinci alacaklıların toplanmasına yönelik görev ve faaliyetleri bulunmaktadır. Sıra cetvelinin düzenleyip ilan ederken iflas tasfiyesinin esas kararları almakla yetki organı olan ikinci alacaklıları toplanmasını toplanmaya davet eder (İİK m. 237/1); ikinci alacaklılar toplanması sağlar ve buna ilişkin prosedür işlerlik kazanır.

İflas idaresi son olarak masa mallarının satışını gerçekleştirerek, satılan mal ve hakların bedelleri ile tahsil ettiği alacakları, yani elde edilen tüm parayı, alacaklılar arasında, kesinleşmiş sıra cetveli esas alınmak suretiyle hazırlanan pay cetveli ve son hesabı yaparak paylaşır. İflas tasfiyesi sonunda alacağını tam alamamış alacaklılara ödenmemiş alacak kesimi için

⁴² Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 651; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II* (Adalet Yayınevi, 2013), 1403; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku*, 577; Kuru, *İcra*, 627; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 615; Muşul, *Esaslar*, 734-735; Aşık, Oruç, Tok, Saçar ve Aşit, *İcra ve İflas Hukuku*, 611; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, *Ders Kitabı*, 496; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 626.

⁴³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 654-655.

iflas idaresi tarafından borç ödemedenden aciz vesikası (belgesi) verilir (İİK m. 251, İflas İdare Memurları Yönetmeliği m. 10/1-n). Paralar dağıtıldıktan sonra iflas idaresi iflasa karar veren asliye ticaret mahkemesine son bir rapor verir ve iflasın kapanması istenir (İİK m. 254/1, İflas İdare Memurları Yönetmeliği m. 10/1-r). Son rapor üzerinde mahkemenin yapacağı inceleme neticesinde iflas tasfiyesinin kanun hükümlerine uygun olarak yapılıp bitirildiğini tespit ederse, iflasın kapanmasına karar verir.

III. BANKALARIN İFLASINDA İFLAS İDARESİ

A. Genel Olarak

Sigortalı mevduat ve sigortalı katılım fonu⁴⁴ ödendikten⁴⁵ sonrası için TMSF Hukuk İşleri Daire Başkanlığının görüşü alınarak TMSF Tasfiye Dairesi Başkanlığının önerisi ile banka hakkında doğrudan doğruya iflas talebinde bulunulmasına TMSF Kurulu tarafından karar verilmektedir (Yönetmelik m. 13)⁴⁶. Tasfiye Daire Başkanlığı, banka hakkında iflas talebinde bulunulmasına ilişkin Fon Kurulu kararı ve iflas talebine eklenecek diğer bilgi ve belgeleri Hukuk İşleri Daire Başkanlığına ve ilgili hizmet birimlerine bildirir. TMSF asliye ticaret mahkemesinden bankanın iflasını ister ve mahkemede de iflası gerektiren durumu tespit ederse, vereceği iflas kararıyla banka hakkında iflas açılır. İflas kararının bildirilmesi ile iflas TMSF, Bankacılık Kanunu m. 106 gereğince, İİK hükümlerine göre işlem

⁴⁴ Kredi kuruluşları nezdindeki resmi kuruluşlar, kredi kuruluşları (mevduat bankaları ve katılım bankaları) ve finansal kuruluşlara ait olan mevduat hesapları haricindeki tüm mevduat ve katılım fonları TMSF tarafından sigorta ettirilir. Bu kapsamda kredi kuruluşları kendi nezdinde bulunan mevduat ve katılım fonlarını sigortaya tabi kısımları üzerinden sigorta ettirerek prim ödemek durumundadır. Sigortaya tabi mevduat ve katılım fonlarının kapsamı ve tutarı Hazine ve Maliye Bakanlığı, Merkez Bankası ve BDDK'nın olumlu görüşü alınmak suretiyle TMSF Kurulu tarafından belirlenecektir (Bankacılık K. m. 63).

⁴⁵ Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları nezdinde bulunan ve doğruluğu hiçbir şüpheye yer veremeyecek şekilde ispatlanan mevduat ve katılım fonunun sigorta kapsamındaki kısmı TMSF tarafından sigorta rezervinden ödenecektir (Bankacılık K. m. 63/6). Sigortalı mevduat ve sigortalı katılım fonunun tespiti ve ödenmesi için bkz. Yönetmelik m. 10.

⁴⁶ TMSF'nin hizmet birimleri için. Bkz. Finansman Daire Başkanlığı, Hukuk İşleri Daire Başkanlığı, İştirakler ve Gayrimenkuller Daire Başkanlığı, Sigorta ve Risk İzleme Daire Başkanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, I. Tahsilat Daire Başkanlığı, II. Tahsilat Daire Başkanlığı, Varlık Yönetimi Daire Başkanlığı, Denetim Daire Başkanlığı, Tasfiye Daire Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri Daire Başkanlığı, Destek Hizmetleri Daire Başkanlığı [Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Teşkilat Yönetmeliği m. 14 (Teşkilat Yönetmeliği) (RG, 23.07.2022, S. 31901)].

yapmak ve koordinasyonu sağlamak amacıyla tasfiye işlemlerine başlandığını “İflas Müdürlüğüne⁴⁷” bildirir ve müdürlükten bu çerçevede yapacağı işlemler hakkında bilgi verilmesini isteyecektir. İflasına karar verilen bankanın iflas tasfiyesinin başladığı, İİK hükümlerince müdürlük tarafından ilan edilecek; ancak bu ilandan ayrı olarak Tasfiye Daire Başkanlığı tarafından ulusal çapta yayın yapan, en yüksek tirajlı beş gazetenin ikisinde ilan edilecektir (Yönetmelik m. 16).

Bankanın iflası ile TMSF, Bankacılık Kanunu’nun uygulaması ile sınırlı olmak üzere iflas dairesinin, alacaklılar toplantılarının ve iflas idaresinin görev ve yetkilerine sahip olacaktır. TMSF, Bankacılık Kanunu, Yönetmelik ve İİK hükümlerince kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde tasfiyeyi gerçekleştirecektir.

İsviçre hukukunda ise bankaların iflasında görev alan makam FINMA’dır. Bankaların iflasında ayrıcalıklı ve özel görevler FINMA’ya verilmiştir. Türk hukukunda TMSF’ye ait olan bankaların iflasındaki görev ve yetkileri İsviçre hukukunda FINMA’ya aittir⁴⁸.

B. İflas İdaresinin Oluşturulması

Bankacılık Kanunu m. 106’nın lafzına bakıldığında iflas tasfiyesi için ayrıca bir iflas idaresinin seçilip seçilmeyeceği noktasında açıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple doktrinde iflas tasfiyesinin gerçekleştirilmesi için ayrıca bir iflas idaresinin oluşturulmayacağı, tasfiyenin TMSF tarafından yapılacağı ileri sürülmektedir⁴⁹. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş⁵⁰ ise TMSF’nin iflas tasfiyesini yürüttüğü hâllerde ayrıca bir iflas idaresinin kurulması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹.

⁴⁷ Yönetmelik’te geçen İflas Müdürlüğü kavramı ile “iflas kararının verildiği yargı çevresinde bulunan iflas dairesini” ifade edilmektedir.

⁴⁸ Aşağıda İsviçre uygulamasına yeri geldikçe değinilecektir.

⁴⁹ Ünal Tekinalp, *Fondaki Bankanın Hukuku* (Lebib Yalkın Yayınları, 2003), 70; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, “Bankacılık Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” *Bankacılar Dergisi*, no. 55 (2005): 30.

⁵⁰ Seza Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu Şerhi C. II* (Yaklaşım Yayınları, 2015), 1850-1851; Adnan Deynekli, “Bankaların İflasında İflas İdaresinin Yargısal Denetimi,” içinde *Haluk Konuralp Anasına Armağan C. II*, ed. Osman Berat Gürzumar (Yetkin Yayınları, 2009), 151.

⁵¹ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre de Yönetmelik hükmü gereğince ileri sürülen görüşlerin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır (Derya Belgin Güneş, “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Bankaların İflasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu

Bankacılık Kanunu'nda iflas idaresinin kurulmasına ilişkin açık bir ifade olmasa bile hem anılan Kanun hem de 2007 tarihli Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirilerek sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Bankacılık K. m. 106/2 uyarınca iflas idaresi yetkileri tüzel kişiliğe sahip TMSF'ye verilmekte ve Yönetmelik hükümler çerçevesinde de TMSF'ye verilen olan iflas idaresi görev ve yetkileri TMSF adına Tasfiye Dairesi Başkanlığınca yerine getirilecektir (Yönetmelik m. 14). Esasında kanun koyucu (Yönetmelik hükümleri hariç bırakılırsa) iflas idaresi seçmeye gerek bulunmadığını düşünerek iflas idaresi görev ve yetkilerini TMSF'ye tanıdığı⁵² düşünülebilir.

Bankacılık K. m. 106/6'da "fon" kavramı yani TMSF haricinde "iflas idaresi" kavramı da kullanılmıştır. Öte yandan Yönetmelik'te "İflas idaresinin seçimi ve alacaklılar toplantısı" başlığı altında m. 20'de iflas idaresi için özel düzenleme bulunmaktadır. Yönetmelik m. 20 hükmüne göre "*Tasfiye Dairesi Başkanlığı, müflis banka hakkında Birinci Alacaklılar Toplantısı yerine geçmek üzere alınacak kararları ve seçilecek iflas idare memurlarının tespiti amacıyla yeterli mesleki bilgi ve tecrübeye sahip aday isimlerini*⁵³ *Fon Kuruluna sunar. Fon Kurulu iflas idare memuru adaylarını bu kişiler arasından belirler. Fon Kurulunca belirlenen adayların isimleri ile Birinci Alacaklılar Toplantısı yerine geçmek üzere alınan kararlar Tasfiye Dairesi Başkanlığı tarafından İcra Mahkemesine sunulmak üzere iflas müdürlüğüne bildirilir. İcra Mahkemesi Fonun sunduğu adaylar arasından seçeceği kişileri iflas idare memuru olarak tayin ettikten sonra seçilen memurlar göreve başlar*". Dolayısıyla bankaların iflasında TMSF dışında ayrı iflas idaresinin de tasfiye de yer alabileceği anılan yönetmelik hükmünden anlaşılmaktadır. Yine Yönetmelik m. 14/1, uyarınca TMSF'ye verilen alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkiler Tasfiye Daire Başkanlığınca yerine getirilecek ve fakat iflas idare memurlarının seçilmesinden sonra Tasfiye Daire Başkanlığının görev ve yetkisi iflas dairesi ve alacaklılar toplantısının yetki ve görevi ile sınırlı olacaktır.

Tarafından Düzenlenen Sıra Cetveline İtiraz Davasının Görüleceği Yargı Yolu," *MEFHD* 3, no. 1 (2023): 102.

⁵² Ejder Yılmaz, "Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi," *Batider* 24, no. 2 (2007): 179.

⁵³ I. ve II. Tahsilat Daire Başkanlığın görevleri arasında "*2004 sayılı Kanunun 223 üncü maddesindeki iflas idaresinin üyelerinden en az birinin seçimi için iki kat aday göstermek*" yer almaktadır (Teşkilat Yönetmeliği m. 20/1, ş; m. 21/1, m, 7).

Dolayısıyla iflas idare memurlarının seçimine kadar TMSF'ye ait olan iflas idaresi görev ve yetkileri Tasfiye Daire Başkanlığı tarafından⁵⁴, seçiminden sonra ise “iflas idare memurları” tarafından yerine getirilecektir.

Yine Bankacılık Kanunu m. 106/5 ile Yönetmelik m. 14/1 hükümlerine bakıldığında, iflas tasfiyesinde TMSF'nin İİK bağlamında bazı hükümler çerçevesinde öngörülen görev ve yetkilere sahip olmadığı kabul edilmiştir. Pay cetvelinin iflas dairesine bırakılması (İİK m. 249), borç ödemeden aciz belgesi düzenleme (İİK m. 251) ve nihai raporun hazırlaması ve iflasın kapanmasına karar verilmesi (İİK m. 254) hükümlerinde iflas idaresinin sahip olduğu yetkilerin bankaların iflasında TMSF tarafından kullanılmayacağı düzenlenmiş ve bu yetkiler Yönetmelik (bkz. Yönetmelik m. 27-29) ile bankaların iflasında oluşturulacak iflas idaresine kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hükümlere bakıldığında bankaların iflas tasfiyesinde TMSF dışında ayrı bir iflas idaresinin varlığı söz konusudur.

Bankaların iflasında tasfiyenin gerçekleştirilmesinde ayrı bir iflas idaresinin varlığına işaret eden diğer bir hüküm de Bankacılık K. Geçici m. 15'tir⁵⁵. Anılan hükme göre Bankacılık Kanunu'nun yayınlanması tarihinden önce iflas etmiş olan bankaların tasfiyesi de tamamlanan işlemler ile düzenlenen sıra cetveli dışındaki işlemler haricinde iflas idaresince Bankacılık Kanunu hükümlerince yerine getirilecektir. Geçici m.1'in uygulanması açısından da iflas idaresi Bankacılık Kanunu tarafından TMSF'ye verilen yetkileri haiz olacaktır.

Sonuç itibarıyla bankaların iflasında TMSF'nin organların (özellikle Tasfiye Daire Başkanlığı gibi) dışında ayrı bir iflas idaresi oluşturulacaktır. İflas idaresi TMSF'nin göstereceği adaylar arasında icra mahkemesince seçilmektedir. Bu şekilde seçilecek olan iflas idaresi memurlarının kısmen

⁵⁴ Tasfiye Daire Başkanlığının, “Kanunun yayımı tarihinden önce iflas etmiş olan bankaların tasfiyesinde tekemmül ettirilen işlemler ve yapılan sıra cetvelleri saklı kalmak kaydı ile Kanunun 106 ncı maddesinin beşinci fıkrası gereğince iflas dairesi ve alacaklılar toplantısı ile iflas idaresi görev ve yetkilerine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek; İflasına karar verilen bankaların ve/veya iştiraklerinin iflas idarelerinde görev yapacak kişileri Kurula önermek, Kurul kararına istinaden gerekli işlemleri yapmak; İflasına karar verilen bankaların oluşturulacak iflas idarelerine, müflis bankanın menkul malları ile evrakının korunması, tasnifi ve inceleme çalışmaları ile kayıt düzeninin kurulması ve tasfiyenin süratli ve etkin bir şekilde yürütülmesi için yardımcı olmak” görevlerini yerine getirir (Teşkilat Yönetmeliği m. 24/1, b,c,ç).

⁵⁵ Ayrı bir iflas idaresinin varlığı noktasında bkz. Bankacılık K. m. 140, m. 142, m. 165/2.

veya tamamen görevden alma ve bunların yerine seçilecek adayları belirleme yetkisi, TMSF Kuruluna (İİK n. 227/2'ye göre bu yetki de icra mahkemesine) aittir. TMSF'nin alacaklılar toplantısı yetkisi kapsamında Tasfiye Daire Başkanlığının önerisi ile TMSF Kurulu görevden alma işlemini gerçekleştirebilmektedir (Yönetmelik m. 14/2). Görüldüğü üzere her ne kadar iflas idaresi memurları TMSF'nin göstereceği adaylar arasından icra mahkemesince seçilse de bunların görevine son verme yetkisi TMSF Kuruluna verilmiştir.

Yönetmelik hükümlerine bakıldığında, (Yönetmelik m. 13-19), bankaların iflasında görev alacak iflas idaresinin aday gösterilmesinde ve görevden alınmasında İİK m. 223, m. 227 ve İflas İdare Memurluğu Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemelere göre farklılık bulunsa da aslında seçilme zamanı ve görevleri İİK kapsamında seçilen iflas idaresine paralellik arz etmektedir. İflas idaresinin seçilme zamanı ve sayısına ilişkin Bankacılık Kanunu ve Yönetmelik'te doğrudan açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak Bankacılık K. m. 106/2, Yönetmelik m. 16, m. 20 hükmü, Teşkilat Yönetmeliği m. 20/1, ş; m. 21/1, m. 7 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde iflas idaresinin, birinci alacaklılar toplantısının yapılma zamanından sonra ve üç kişiden oluşacak şekilde oluşturulacağı sonucuna varılabilir. Bu hususta doğrudan İİK hükümlerinde düzenlendiği şekilde olur, diyemiyoruz; zira Bankacılık Kanun ve ilgili yönetmeliklerde doğrudan İİK'ya yapılan bir atıf bulunmamaktadır. Bankacılık K. m. 106/5 hükmü bu kapsamda genel bir atıf olarak kabul edilemez; zira anılan atıf bankaların iflasında TMSF'nin görev ve yetkileri bağlamında yapılmaktadır.

Bankaların iflasında ikili bir ayrım yapılarak iflas tasfiyesine ilişkin görev ve yetkiler iflas idaresi seçilene kadar TMSF'ye ait olacak şekilde Tasfiye Daire Başkanlığı tarafından yerine getirilir; zira Tasfiye Daire Başkanlığı, TMSF tüzel kişiliğinin hizmet birimi, esasında organıdır. İflas idaresinin seçiminden sonra ise Tasfiye Daire Başkanlığın görevi iflas dairesi ve alacaklılar toplantısı ile devam edecek, iflas tasfiye görevi iflas idaresi tarafından yerine getirilecektir. Dolayısıyla yapılan işlemler ve bunlara muhalefet edilmesi noktasında işlemi yapanın bizzat TMSF adına hizmet birimi, yani organı olması ile bizzat seçilen iflas idaresinin olması arasında ayrım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bankaların iflasında iflas idaresinin, TMSF'nin göstereceği adaylar arasından seçilmesi, TMSF'nin bu memurların görevine kısmen veya tamamen sona vermesi ve

hatta memurların kusurlu hareketlerinden dolayı açılacak sorumluluk davasının (Bankacılık Ka. m. 127/6) TMSF'ye karşı açılacak olması dikkate alındığında aslında bu iflas idaresinin TMSF'nin iflas tasfiyesini gerçekleştirmekle görevli bir organ olduğu sonucu varılabilir⁵⁶. Özellikle Bankacılık K. m. 127/6 hükmüne bakıldığında kanun koyucunun, iflas idaresi memurlarını kusurundan dolayı açılacak sorumluluk davasının İİK m. 227/4'te yer alan düzenlemenin aksine iflas idare memurlarına karşı değil TMSF'ye karşı açılacak olmasını düzenlemesi, iflas idaresini TMSF'nin bankaların iflasında tasfiyeyi gerçekleştirecek organı olarak düşündüğünün açık kanıtını olduğu akla gelebilir⁵⁷. Ancak iflas idaresinin seçiminin icra mahkemesince yapılması da onun doğrudan TMSF'nin organı olduğu yönündeki kabul üzerinde tereddüt oluşturmaktadır. Eğer iflas idaresi bizzat TMSF tarafından seçiliyor olsaydı, yani icra mahkemesinin dahil olmasaydı, onun TMSF'nin iflas tasfiyesini gerçekleştirmekteki organı olduğu doğrudan söyleyip kabul edebilirdik.

İflas idaresinin bankaların tasfiyesini TMSF'nin denetimi altında gerçekleştirir diyebiliriz; ancak TMSF sadece iflas idaresi memurlarının kısmen ve tamamen görevden alınmasına ve yerlerine yeni adayların gösterilmesini işlemlerini yapabilir. Dolayısıyla TMSF'nin Kanun ve Yönetmelik bağlamında iflas idaresi üzerindeki tek yaptırım bu şekildedir. Öte yandan Kanun veya Yönetmelik'te iflas idaresinin işlemlerine karşı TMSF'ye başvurulabileceği ve TMSF'nin bunları denetleyip karar vereceğine ilişkin de bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönde bir düzenleme bulunsaydı iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesi için TMSF'ye başvuru yapılırdı; TMSF'nin de bu başvuru üzerine vereceği kararlara karşı da TMSF'nin kamu idaresi olması sebebiyle idari yargıda iptal davası açılması yoluna gidilebilirdi. Ancak böyle bir düzenleme bulunmadığı için bu yönde bir çözüm mümkün değildir. Sadece iflas idaresi memurlarının görevden alınması işlemine karşı idari yargı da iptal davası açılabilirdi. Bankacılık Kanunu bankaların iflasında asıl görevi TMSF'ye vermiş ve fakat tasfiyenin gerçekleştirilmesi için ayrı bir iflas idaresinin kurulmasını da öngörmüştür. Ancak oluşturulacak iflas idaresinin

⁵⁶ Bu yönde bkz. Teşkilat Yönetmeliği m. 24/1-a. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Yılmaz, "Banka Tasfiyesi," 184.

⁵⁷ Bankacılık K. m. 127/6 hükmü Anayasa m. 129/5'te düzenlenen idarenin sorumluluğuna uygun bir düzenlemedir.

TMSF ile arasındaki ilişkiye yönelik ne Kanun'da ne Yönetmelik'te ne de Teşkilat Yönetmeliği'nde doğrudan herhangi bir düzenleme vardır.

Öte yandan iflas idaresine kimlerin seçileceği noktasında herhangi bir düzenleme ne Bankacılık Kanunu'nda ne de Yönetmelik'te bulunmamaktadır. İİK ve İflas İdare Memurları Yönetmeliği'ne de atıfta bulunmamaktadır. Uygulamada gözlemlendiği kadarıyla TMSF, iflas idare memuru adaylarını kendi bünyesinde çalışan personeli veya TMSF'de görevlendirilmiş sair personel arasında belirleme yoluna gitmektedir⁵⁸. Aslında bu yönde bir uygulama, iflas idaresini TMSF'nin fiili bir organı hâline getirdiği söylenebilir. Ancak anılan fiili uygulama bu şekilde olsa da kanuni düzenlemeler kapsamında bir belirleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bankacılık Kanunu ve Yönetmelik'in açık olmayan bu hükümleri kapsamında iflas idaresinin TMSF'nin bir organı olarak kabul edilmesi veya bağımsız bir iflas organı olarak kabul edilmesi onun işlemlerinin denetlenmesinde de usuli farklılık gösterecektir.

İsviçre hukuku bakımında bankaların iflasında “iflas idaresi” yani “*Konkursverwaltung*” kavramı ne BankG'de ne BIV-FINMA'da kullanılmaktadır. Anılan düzenlemelerde iflas tasfiye memur ya da memurları anlamına gelen “*Konkursliquidator/Konkursliquidatorin*” kavramları kullanılmaktadır. Fakat tasarıda “iflas idaresi” “*Konkursverwaltung*” anlamına gelen kavram kullanılmaktadır (InsV-FINMA Art. 15, 17 vd.). İflas tasfiye memurları da FINMA tarafından atanmaktadır (BankG. Art. 33, BIV-FINMA Art. 12). Dolayısıyla SchKG m. 237 kapsamında bir iflas idaresinin oluşturulması söz konusu değildir. Anılan hükümler çerçevesinde FINMA, tasfiye işlemlerini bizzat yerine getirmediği takdirde bir veya birden fazla tasfiye memuru atar. İflas tasfiye memurları SchKG denetim makamlarının denetimine değil FINMA'nın denetimine tabidir⁵⁹. Atanacak iflas tasfiye memurunun görevi özenli, verimli ve etkili bir şekilde yerine getirebilecek uzmanlığa sahip olmasına ve görevin yerine getirilmesi noktasında bir çıkar çatışmasının bulunmamasına dikkat etmesi gerekir. Ayrıca FINMA anılan memurun özellikle masraflar,

⁵⁸ Yılmaz, “Banka Tasfiyesi,” 184.

⁵⁹ Lorandi, “Bankengesetzliches Insolvenzrecht,” 505; Emmenegger ve Kurzbein, “Rollenverteilung und Rechtsschutz,” 511.

rapor ve denetlenmesi noktasında görevinin ayrıntılarını belirleyecektir (BIV-FINMA Art. 12, InsV-FINMA Art. 17). Görüldüğü üzere Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda iflas idaresi memuruna karşılık gelen iflas tasfiye memur veya memurları FINMA kurumu tarafından atanmakta ve onun denetiminde görevleri yerine getirmektedir.

C. İflas İdaresinin Görev ve Yetkileri

Bankanın iflası ile TMSF, Bankacılık Kanunu'nun uygulaması ile sınırlı olmak üzere iflas dairesinin, alacaklılar toplantılarının ve iflas idaresinin görev ve yetkilerine sahip olacaktır (Bankacılık K. m. 106/5, Yönetmelik m. 14/1). Yukarıda da ifade edildiği üzere, TMSF'ye verilen iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkiler Tasfiye Daire Başkanlığınca, iflas idaresinin oluşturulmasından sonra ise iflas idare memurları tarafından yerine getirilecektir. İflas idare memurlarının seçilmesinden sonra Tasfiye Daire Başkanlığının görev ve yetkisi iflas dairesi ve alacaklılar toplantısının yetki ve görevi ile sınırlı olacaktır (Yönetmelik m. 14).

İflas idaresi memurlarının görevlerine ilişkin olarak Bankacılık Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada aslında TMSF'nin, Kanun'da ve Yönetmelik'te istisna tutulan⁶⁰ görev ve yetkiler bağlamında İİK hükümlerince iflas idaresinin görevlerine sahip olacağı düzenlenmiştir (Bankacılık K. m. 106/5, Yönetmelik m. 14/1). Bu atıf, aslında TMSF tarafından aday gösterilip seçilen, TMSF tarafından kısmen veya tamamen görevden alınan ve kusurlarından doğan zarar nedeniyle TMSF'ye karşı dava açılan iflas idare memurlarının görev ve yetkilerine yapılmış bir atıf olarak kabul edebilir. Bu sebeple, iflas idare memurları esasında, İİK hükümlerine gerçekleştirilecek iflasta görev alan iflas idaresinin İİK hükümlerince sahip olduğu yetkilere sahiptir⁶¹.

⁶⁰ Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin atıf dışında bıraktığı hususlar şunlardır: İflas kararının tebliğ ve ilanı (İİK m. 166), basit tasfiye (İİK m. 218), adi tasfiyenin ilanı (İİK m. 219), iflas idaresi ve görevleri (İİK m. 223), sıra cetvelini ilan ve ihbar yükümlülüğü (İİK m. 234), geç kalan müracaatların iflas dairesine yapılacağı (İİK m. 236), pay cetvelinin iflas dairesine bırakılacağı (İİK m. 249), borç ödemedi aciz belgesinin düzenlenmesi (İİK m. 251) ve nihai raporun hazırlanması ve iflasın kapanması kararının ilanı (İİK m. 254).

⁶¹ Bu görev ve yetkiler için bkz. yuk. II-B.

İİK hükümlerine göre gerçekleştirilecek iflas tasfiyesinde tasfiye usulünün adi tasfiye olması hâlinde iflas idaresinin oluşturulması ve tasfiyeyi gerçekleştirmesi söz konusudur⁶². Ancak bankaların iflasında buna (İİK m. 218-219) benzer bir düzenleme Bankacılık Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak bankaların iflasında tasfiye usulü hakkında, iflas dairesi olarak masanın defterini tutup muhafaza tedbiri alacak olan (TMSF adına) Tasfiye Daire Başkanlığının (Yönetmelik m. 17) önerisi üzerine, İİK m. 208 çerçevesinde iflas kararının tebliğinden itibaren en geç üç ay içinde TMSF Kurulu tarafından karar verilecektir (Yönetmelik m. 19). Ancak İİK m. 218 hükmü bağlamında, bankaların iflas tasfiyesinin basit tasfiye şeklinde gerçekleştirilmesine karar verilmesi hâlinde tasfiyenin TMSF tarafından değil, iflas dairesi tarafından yerine getirileceği ifade edilmektedir⁶³.

Tasfiye usulünün TMSF Kurulu tarafından adi tasfiye olarak belirlendikten sonra tasfiye, oluşturulan iflas idaresince gerçekleştirecektir. Bu kapsamda iflas idaresinin görev ve yetkilerine ilişkin olarak Yönetmelik'te bazı düzenlemeler yer almaktadır.

Yönetmelik m. 21 hükmüne göre “*Tasfiye Dairesi Başkanlığı ve iflas müdürlüğü tarafından, iflas idaresi seçimine kadar yapılan işlemlere ilişkin bilgi ve belgelerin bir örneği iflas idaresine teslim edilir. İflas idaresi işlemleri, yazılı kararla yapılır. Kararlar çoğunlukla alınır. Alınan kararlardan bir suret iflas idaresinde muhafaza edilir, bir suret iflas müdürlüğüne*⁶⁴ ibraz edilir. İflas idare memurlarının masanın tasfiyesi

⁶² Bkz. yuk. II-B.

⁶³ Ancak bir bankanın iflasında anılan hükmün uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira borca batık veya aciz hâlinde olsa da müflis bir bankanın en azından tasfiye giderlerini karşılayacak kadar malvarlığı unsuru bulunacağı kabul edilebilir. Öte yandan adi tasfiyenin başlamasından itibaren 6 ay içinde bitirilememesi hâlinde alacaklılar basit tasfiye uygulamasına karar verebilirlerse de uygulamada bu yola hemen hiç başvurulmamakta ve icra mahkemesinden Kanun'daki 6 aylık sürenin uzatılmasına karar verilmesi talep edilmektedir. Yine bankaların iflasında alacaklıların toplanarak Kanun'da öngörülen alacak çoğunluğunu bulmaları ve basit tasfiye usulünün uygulanmasına karar vermeleri mümkün değildir. Zira sigorta kapsamında olan mevduat ve katılım fonunu ödemekle önemli bir alacak miktarına sahip olan TMSF'nin Bankacılık Kanunu'nda kendisine tanınan geniş yetkileri bırakarak adi tasfiye usulü yerine basit tasfiye usulünün uygulanmasına karar vermesi ve tasfiyeyi iflas idaresine bırakması çok düşük bir olasılıktır. TMSF'nin basit tasfiye usulünü seçerek tasfiyeyi iflas idaresine bırakması da menfaatine uygun değildir (Pekcanıtez ve Erdönmez, “Bankacılık Kanunu,” 31-32).

⁶⁴ “İflas müdürlüğü” kavramının kullanılması, TMSF'nin iflas dairesinin görev ve yetkilerine sahip olacağına ilişkin hüküm çerçevesinde, anılan kavram kullanılarak, icra

amacıyla yaptığı tüm ödeme, harcama ve masraf pusulaları İcra Mahkemesine sunulmak üzere, iflas müdürlüğüne ibraz edilir. İflas idaresi masanın haklarının korunması ve alacaklarının tahsili amacıyla gerekli işlemleri yapmak ve takip etmek için yeterli sayıda personel istihdamı ile vekalet verilmesi hususlarında karar alabilir”.

Öte yandan iflas idaresi, sıra cetveli düzenlemeden önce harç ödenerek iflas müdürlüğüne yapılan alacak kayıtlarını ve istihkak iddialarını inceleyip bu talepler hakkında, alacak kaydı için öngörülen süre geçtikten veya iflas idaresinin seçilmesinden sonra üç ay içinde karar verecektir. Bu kapsamda iflas idaresi tutulan defter, alacak ve istihkak iddiaları ile diğer hususlarda gerekli görürse müflis bankanın eski yöneticilerini de dinleyebilir (Yönetmelik m. 23). İflas idaresi yapacağı inceleme üzerinde kabul ettiği alacakları gösterir bir sıra cetveli⁶⁵ düzenleyecektir (Yönetmelik m. 22/1)⁶⁶; kaydedilen alacaklardan hakkında ret kararı verilenler ile düzenlenen sıra cetvelini İİK m. 234 uyarınca iflas müdürlüğüne vererek, İİK m. 166 uyarınca ilan edecektir.

Sıra cetvelinin düzenlenip iflas müdürlüğüne verilmesinden sonra iflas idaresinin hazırladığı faaliyet raporu ve ikinci alacaklılar toplantısında karara dayanak yapılabilecek hususlar Tasfiye Dairesi Başkanlığın tarafından TMSF Kuruluna sunulur. İkinci Alacaklılar Toplantısına ilişkin işlemler de banka hakkında verilen iflas kararının kesinleşmesinden sonra yapılır. TMSF Kurulu ikinci alacaklılar toplantısı yerine geçerek faaliyet raporunu inceler, mevcut iflas idaresinin görevine devam edip etmemesi ve masanın menfaati gerekli bulunan kararları alır. TMSF Kurulu tarafından alınan kararlar Tasfiye Dairesi Başkanlığınca iflas müdürlüğüne ve iflas idaresine bildirilir (Yönetmelik m. 25).

teşkilatı olan iflas dairesi ifade edilmekte; asıl iflas dairesi ile iflas dairesi gibi görev ve yetki kullanan TMSF'nin görev ve işlemleri birbirinden ayrılmak istenmektedir.

⁶⁵ İflas masasına İİK m. 206'da yer alan üçüncü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce, ancak Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder (İİK m. 24/1).

⁶⁶ Sıra cetvelinin hazırlanması için üç aylık sürenin yetersiz kalması hâlinde, iflas idaresinin talebi üzerine Fon Kurulu tarafından üçer aylık ek süreler verilebilir (Yönetmelik m. 22/2).

Öte yandan iflas idaresi acele satışlar dışında masaya dahil olan tüm malvarlığı unsurlarının satışı/paraya çevrilmesi konusunda ikinci alacaklılar toplantısından sonra masanın menfaatini gözeterek gerekli kararları alır. İdare, masa mallarının paraya çevrilmesinde İİK, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine bağlı olmadan karar verir. Masa mallarının paraya çevrilmesi usulü hakkında karar verme yetkisi alacaklılar toplantısı sıfatı ile TMSF Kuruluna aittir (Yönetmelik m. 26)⁶⁷.

Masa mallarının paraya çevrilmesinden ve sıra cetvelinin kesinleşmesinden sonra muvakkat veya kesin pay cetveli hazırlanıp son hesapla iflas müdürlüğüne bırakılır. İflas idaresince alacaklılara yapılacak tebligatla pay miktarları ve ödemenin şekli ve usulü bildirilir. Pay cetvelinin kesinleşmesinden sonra da alacaklılara payına düşen miktar verilir (Yönetmelik m. 27). İflas tasfiyesi sonucunda alacağının tamamını alamayan alacaklılara bakiye kısım için iflas idaresi aciz belgesi düzenleyip verir (Yönetmelik m. 28). Tasfiye tamamlandıktan sonra yine iflas idaresi nihai bir rapor düzenleyerek asliye ticaret mahkemesi vererek iflasın kapanmasına karar verilmesini ister. Asliye ticaret mahkemesinin iflasın kapanmasına karar vermesi hâlinde anılan karar iflas müdürlüğü tarafından ilan edilir (Yönetmelik m. 29).

İsviçre hukukunda ise bankaların iflas tasfiyesini yürütecek olan iflas tasfiye memurlarının görev ve yetkileri şu şekildedir: tasfiyenin gerçekleştirilmesi için teknik ve idari koşulları belirlemek; bankanın mevcudunu güvence altına almak ve para çevirmek; iflas tasfiyesi için gerekli yönetimi sağlamak, masayı mahkeme ve diğer makamlar önünde temsil etmek; mevduat garanti kurumu ile hareket edip BankG Art. 37h gereğince güvence altına alınan tahsilini ve ödenmesini sağlamak (BIV-FINMA Art. 13). Öte yandan tasfiye memuru, iflasın açılması zamanında iflas alacaklarına ilişkin olarak devam eden davalar devam edilip edilmeyeceğini FINMA'ya soracak, devam edilmesine karar verilmesi hâlinde anılan davalara devam edecektir. FINMA eğer davalara devam edilmesini istemezse, tasfiye memuru SchKG Art. 261/1, 2 uyarınca iflas

⁶⁷ Satış bedeli tahsil edildiğinde masa malvarlığına dahil edilir (Yönetmelik m. 26/3). Anılan paralar TMSF Kurulu tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde muhafaza edilir ve nemalandırılır. İflas masasının aktifinde bulunan nakit mevcutların nemalandırılması, İİK hükümlerine tâbi değildir (Yönetmelik m. 44)

alacaklılarına bu davalara devam etmesi için imkân sağlayarak ve süre verecektir (BIV-FINMA Art. 22, InsV-FINMA Art. 28). Yine iflas tasfiye memuru kaydedilen ve kanunen dikkate alınması gereken talepleri inceleyecek; araştırma yapacak ve bu talepler hakkında alacaklılardan ek delil sunmalarını talep edebilecektir (BIV-FINMA Art. 26, InsV-FINMA Art. 30). İflas tasfiye memuru yapacağı inceleme sonucunda alacakları kabul edip etmeyeceğine, kabul edecekse ne ölçüde ve hangi sırada kabul edeceğine karar verecek ve sıra cetveli düzenleyecektir. İflas masasında yer alan bir taşınmaza ilişkin olarak ipotek, irtifak hakkı, kayıtlı kişisel alacak gibi bir mükellefiyet listesi hazırlayacak ve bu liste sıra cetvelinin bir parçasını oluşturacaktır (BIV-FINMA Art. 27, InsV-FINMA Art. 31). İflas tasfiye memuru, sıra cetveline ilişkin itirazlar olup bunlar giderilip sıra cetveli kesinleştikten sonra paraya çevirmeyi yapıp elde edilen paranın dağıtımını için liste hazırlayıp FINMA'ya sunacak; FINMA'nın onaylamasından sonra ödemeleri gerçekleştirecektir (BIV-FINMA Art. 31vd, Art. 36; InsV-FINMA Art. 35 vd., Art. 39-40). Tasfiye tamamlandıktan sonra alacağını kısmen veya tamamen alamayan alacaklılar iflas tasfiye memurundan SchKG Art. 265 uyarınca aciz belgesi verilmesini talep edebileceklerdir (BIV-FINMA Art. 37, InsV-FINMA Art. 43). İflas tasfiye memurunun hazırlayacağı raporu FINMA'ya sunar ve FINMA tasfiyenin bittiğini görürse iflasın kapandığını karar verip bunu ilan eder (BIV-FINMA Art. 258/3, InsV-FINMA Art. 45).

D. İşlemlerin Denetlenmesi

1. Genel Olarak

Bankaların iflasında iflas idaresi oluşturulana kadar TMSF Tasfiye Daire Başkanlığı, oluşturulduktan sonra ise iflas idaresi tasfiyede görev alacaktır. İflas idaresinin göreve başlamasından sonra TMSF Tasfiye Daire Başkanlığının görevi, iflas dairesi ve alacaklılar toplantısı ile sınırlı olarak devam edecektir (Yönetmelik m14/1).

İİK bağlamında oluşturulan iflas idaresi, doğrudan alacaklılar toplantısı, icra mahkemesi, iflas dairesi, iflasa karar veren ticaret mahkemesinin, dolaylı olarak cumhuriyet savcıları ve adalet müfettişlerinin denetimi altında görev ve yetkilerini kullanmaktadır⁶⁸. İflas idaresinin işlemlerine karşı esas

⁶⁸ Bkz. yuk. II-B.

olarak şikâyet yoluyla icra mahkemesine gidilmekte, kaydedilen alacak ve istihkak iddiaları hakkında verdiği kararlara karşı da ya kayıt kabul ya da kayıt sildirme davası açılmaktadır.

Bankaların iflasında oluşturulan iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesi bağlamında ne İİK'nın ilgili hükümlerine doğrudan yapılmış bir atıf ne Bankacılık Kanunu'nda ne de Yönetmelik'te açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde bankaların iflasında görev alan iflas idaresinin karar veya işlemlerine karşı şikâyet yoluyla icra mahkemesine gidilebileceği konusunda herhangi bir tartışma⁶⁹ bulunmamaktadır. Ancak sıra cetveline itiraz davasında, davanın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı görüleceği noktasında Uyuşmazlık Mahkemesinin birbiriyle çelişen kararları bulunmakta, doktrinde bu konuda görüşler ileri sürülmektedir. İşte bu sebeple iflas idaresinin karar veya işlemlerinin denetlenmesinde hem şikâyet hem de sıra cetveline itiraz bağlamında bir sonuca varabilmek için özellikle sıra cetveline itiraz davası bağlamında uygulama ve doktrinin görüşlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

İsviçre hukukunda ise BIV-FINMA Art. 6'da iflas tasfiyesinde görev alan tasfiye memurlarının, bir kararı, işlemi veya ihmali sebebiyle menfaati ihlal edilen kişiler bu durumu FINMA'ya bildirebilir. İflas tasfiye memuru kararları Federal İdari Yargılama Usulü Kanunu ("*Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, VwVG)" Art. 5 uyarında "birel idari işlem" (*Verfügung*) değildir⁷⁰ ve FINMA'ya bildirimde bulunan kişiler de VwVG anlamında taraf değildir. FINMA kendisine bildirilen durum hakkında değerlendirme yapar, gerekli önlemleri alır ve gerekirse bir karar verir. Görüldüğü üzere iflas tasfiye memurları FINMA'nın denetimi altında faaliyette bulunduğu için, işleminden zarar görenler, SchKG Art. 17-19 anlamında şikâyet yoluna değil, FINMA'ya başvuru yoluna gitmektedir. Bir başka ifadeyle, SchKG çerçevesinde iflas tasfiyesinin aksine banka alacaklıları, paraya çevirme işlemi hariç iflas tasfiye memurunun işlemlerine karşı şikâyetle başvuramaz; FINMA'ya başvuracaktır⁷¹. FINMA kendisine

⁶⁹ Yılmaz, "Banka Tasfiyesi," 183; Albayrak, "Bankaların İflası," 26.

⁷⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. III, D, 4, c.

⁷¹ Jaeger ve Hautle, "Bankenkonkurs und Einlagensicherung," 396; Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 505; Markus Guggenbühl ve Jana Essebie, "Bankenkonkurs und Einlagensicherung Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick,"

yapılan bildirim üzerine bir karar verirse, zarar görenler bu karar karşı idare mahkemesine başvurabilirler⁷². Şikâyet başvurusunda bulunma imkânının son derece sınırlı olmasının nedeni, alacaklıların ve menfaati bulunanların sadece tasfiyeyi ve bundan etkilenecek herkesi ilgilendiren en önemli kararlara karşı şikâyet başvurusunda bulunmasının sağlanmasıdır⁷³. Bu şekilde (SchKG'de olduğu gibi) bir alacaklının her bir karara karşı şikâyet başvurusunda bulunmasının ve böylece yargılamayı bloke etmesinin veya büyük ölçüde geciktirmesinin de önüne geçilmiş olunur⁷⁴. Ancak iflas tasfiye memurlarının bütün işlemlerine karşı bu şekilde FINMA'ya başvurulmamaktadır. Örneğin sıra cetveline karşı SchKG Art. 250 çerçevesinde mahkemede dava açılabilirliği düzenlenmektedir (BIV-FINMA Art. 30, InsV-FINMA Art. 34). Bankaların iflas tasfiyesinde mahkemelerin yargı yetkisi bu tür davalar ile sınırlıdır⁷⁵.

2. Uyuşmazlık Mahkemesinin Sıra Cetveline İtiraz Davasında Görevli Yargı Kolu Konusunda Verdiği Kararlar Bağlamında Değerlendirme

Uyuşmazlık Mahkemesinin, sıra cetveline itiraz davasında görevli yargı kolunun neresi olması gerektiğine ilişkin olarak birbiriyle çelişen birden fazla kararı bulunmaktadır. Bu noktada Uyuşmazlık Mahkemesinin son tarihli kararında⁷⁶ TMSF'nin "*iflas idaresi görev ve yetkilerini haiz olarak*

SJZ 102, (2006): 373-383, 377-378; Emmenegger ve Kurzbein, "Rollenverteilung und Rechtsschutz," 512.

⁷² Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 505.

⁷³ Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 505. Bu hususa ilişkin olarak BankG Art. 24, 1 Ocak 2023 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır [17 Aralık 2021 tarihli BG (*Insolvenz und Einlagensicherung*), AS 2022 732]. Öte yandan iflas tasfiye memurlarının kararlarının idari karar olmadığına ilişkin BIV-FINMA Art. 6/2'de yer alan hükme tasarı InsV-FINMA art. 8'de yer verilmemiştir. Kanun ile yönetmelik arasında iflas tasfiye memurlarının tasaridaki adıyla iflas idare memurlarının karar ver işlemlerine ilişkin şikâyet yoluna başvurma konusunda kanun koyucu yeknesaklık sağlamaya amaçlamaktadır.

⁷⁴ Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 505.

⁷⁵ Guggenbühl ve Essebier, "Bankenkonskurs und Einlagensicherung," 377-378.

⁷⁶ "TMSF, iflas idaresi görev ve yetkilerini haiz olarak iflas tasfiyesini yürüttüğüne göre, bu sıfatla düzenlenen sıra cetvelinin de TMSF'nin kamu gücüne dayalı olarak Bankacılık Kanunu uyarınca tek yanlı olarak aldığı idari karara dayalı bir işlemi olduğu kuşkusuzdur. İflas idaresinin İcra ve İflas Kanunu'nda haiz olduğu yetkilere TMSF'nin sahip olması, bu hükümlerden yararlanması bu sonucu değiştirmemektedir. 5411 sayılı

iflas tasfiyesini yürüttüğü, bu sıfatla düzenlenen sıra cetvelinin de TMSF'nin kamu gücüne dayalı olarak Bankacılık Kanunu uyarınca tek yanlı olarak aldığı idari karara dayalı bir işlemi olduğu” ve bu sebeple davanın idari yargıda açılması gerektiğine karar vermiştir. Görüldüğü üzere Uyuşmazlık Mahkemesi yukarıda yer verdiğimiz üzere, iflas idaresinin TMSF adına iflas tasfiyesini gerçekleştirdiği ve üyelerinin TMSF tarafından belirlendiğinden bahisle, sıra cetvelinin düzenlenmesini TMSF açısından bir idari işlem olarak kabul edip sıra cetveline itiraz davasının idari yargıda görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, Uyuşmazlık Mahkemesinin anılan kararlarına atıf yaparak sıra cetveline itiraz davasında idari yargıyı kabul ettiği yönünde kararlar vermiştir⁷⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi başka bazı kararlarında⁷⁸ ise tam tersi yönde sıra cetveline itiraz davasının idari yargı da değil adli yargıda görülmesine

Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde, 107. maddeye atıf bulunmadığı gibi, 107. madde uyarınca devir alınan alacaklar nedeniyle Fon'a borçlu olanların iflası halinde 132/9. bent uyarınca Fon'un bir ya da iki temsilcisinin katılımı ile oluşan ve İcra hakiminin seçtiği iflas idaresinin somut olayda söz konusu olmadığı, tamamının Fon'un gösterdiği adaylardan oluştuğu, iflas idaresinin Fon adına tasfiyeyi yürüttüğü anlaşılmaktadır..... Türkiye İmar Bankası T.A.Ş İflas İdaresinin 07/12/2006 tarih ve 1850/14855 sayılı davacıya verdiği cevabi yazı içeriğinde, iflas idaresinin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yönetim Kurulunun 23/06/2005 tarih ve 251 sayılı Kararı ile atandığının bildirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda; iflas idaresinin sıra cetveline ilişkin işlemlerinin 2004 sayılı Kanunla düzenlendiği anlaşılmakta ise de, iflas idaresi memurlarının genel hükümler uyarınca belirlenmiş iflas memurları olmadıkları ve dava konusu işlemin idari işlem niteliği taşıdığı anlaşılmakta; uyuşmazlığın 2577 sayılı Kanun'un 2/1-b maddesi kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” (UM, E.2024/58, K.2023/523, 04.03.2024, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>). Benzer yöndeki kararlar için bkz. UM, E.2020/539, K.2020/611, 26.10.2020, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>); UM, E.2021/392, K.2021/498, 05.07.2021, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>); UM, E.2020/425, K.2020/612, 26.10.2020, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).

⁷⁷ Y. 23. HD, E.2016/4757, K.2016/1217, 29.02.2016, (Lexpera); Y. 23. HD, E.2014/7272, K.2015/3936, 26.05.2015, (Lexpera), Y. 23. HD, E.2015/7876, K.2016/650, 10.02.2016, (Lexpera).

⁷⁸ UM, E.2020/329, K.2020/388, 22.06.2020, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>); UM, E.2020/231, K.2020/373, 22.06.2020, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>); UM, E.2020/840, K.2020/372, 22.06.2020, (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>). Uyuşmazlık Mahkemesinin anılan kararları müflis Asya Katılım A.Ş.'nin iflas tasfiyesine ilişkindir.

karar vermiştir. Anılan kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi, bankaların iflas tasfiye sürecinde iflas idare memurlarının TMSF'nin gösterdiği adaylar arasından icra mahkemesince seçildiğini, İİK m. 235/1 uyarınca sıra cetveline itiraz davasında asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu ve tüm bu hususlar çerçevesinde düzenlenen sıra cetvelinin idari işlem niteliğinde olmadığını ifade ederek, sıra cetveline itiraz davasında idari yargının değil, adli yargının görevli olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında çelişki bulunmaktadır. Ancak Mahkeme en son tarihli kararında sıra cetveline itiraz davasının, yukarıda yer verdiğimiz gerekçelere dayanarak idari yargıda açılması gerektiğine karar vermiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararları arasında bu tür çelişki bulunması hâlinde, bundan sonraki görev uyuşmazlığı başvurularında nasıl hareket edeceği veya banka iflasında sıra cetveline itiraz davalarında hangi yargı kolunun işlerlik kazanacağı hususunda bir çözümün bulunması gerekmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi de bunu gerektirir. Her zaman için aynı konuda Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulması, sıra cetveline itiraz davası bağlamında yargılamanın gecikmesini ve dolayısıyla iflas tasfiyesinin askıya alınmasını, bu kapsamda alacaklıların alacağına geç kavuşmasına yol açmaktadır. Yukarıda yer verdiğimiz müflis İmar Bankası ile ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin kararına (UM, , E.2024/58, K.2023/523, 04.03.2024) konu olayda sıra cetveline itiraz davası ilk olarak İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi 26.02.2015 tarih ve E.2014/697, K.2015/107 sayılı kararına konu olmuştur. Görüldüğü üzere dava ilk olarak asliye ticaret mahkemesinde 2014 yılında açılmış ve fakat Uyuşmazlık Mahkemesi de 2024 yılında yargı kolu hakkında kararını vermiş; sadece yargı kolunun belirlenmesi için 10 yıllık uzunca bir süre geçmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin görev uyuşmazlıkları hakkında verdiği kararlar kesin (2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun (UMK) m.1/1, m.29) kesindir ve aleyhine başvurulacak bir olağan kanun yolu bulunmamaktadır. Bu sebeple, adli veya idari yargı kollarında görevli mahkemeler de verilen kararlarla bağlı olup, bu

Mahkemenin anılan müflis bankanın iflasına ilişkin sıra cetveline itiraz davasında görevli yargı yerinin adli yargı olacağına ilişkin başka birçok kararı da bulunmaktadır. Bunun için bkz. (erişim Kasım 13, 2024, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>).

doğrultuda işlem yapmak zorundadır. Fakat Uyuşmazlık Mahkemesinin görevle ilgili ilke kararları haricinde verdiği kararların içtihat niteliğinde bir bağlayıcılığı olmadığından, adli veya idari yargıda görevli mahkemeler, konusu aynı olan davalarda, Uyuşmazlık Mahkemesince verilen içtihada uyarak karar vermek zorunda değildir⁷⁹. UMK m. 30 hükmünün 703 sayılı “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” m. 183 ile kaldırılmış, bu sebeple Mahkeme artık ilke karar da veremez hâle gelmiştir. Mahkeme ilke kararlar ile kararlar arasında çelişkiyi gidermekteydi ve bu ilke kararlar aynı konularda mahkemeleri bağlamaktaydı. Konumuz açısından da daha öncesinde verilmiş bir ilke karar bulunmadığı için Uyuşmazlık Mahkemesi aynı konuda farklı şekillerde kararlar vermiş ve bu kararlar da içtihat niteliğinde yerel mahkemeler açısından bağlayıcı olmadığı için benzer görev uyuşmazlıkları sürekli tekrar etmiş; yargılamalar uzamıştır. Bu sebeple ortaya çıkan hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, adalete eriş hakkının ihlalinin önlenmesi, somut olay adaletinin gerçekleşmesi bağlamında Uyuşmazlık Mahkemesi kararları arasına çelişkinin olmaması için gerekli kanuni düzenlemeler yapılmalı; yine de çelişkili kararlar olması hâlinde Uyuşmazlık Mahkemesi’nin “içtihadı birleştirme” yoluna giderek ülke genelinde tüm yargı yerlerini bağlayacak şekilde içtihadı birleştirme kararını verebilmesine kanunen olanak tanınması gerektiği kanaatindeyiz⁸⁰.

İsviçre hukukunda ise sıra cetveline karşı SchKG Art. 250 çerçevesinde iflasa karar verilen yerdeki mahkemede açılabilceği düzenlenmektedir (BIV-FINMA Art. 30).

⁷⁹ Lütfi Duran, “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatlarına Göre Selbi Vazife İhtilafı,” *İÜHFM* 16, no. 3-4 (1950): 716; Adil Özkol, “Yeni Bir Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun Gerekliği,” *AÜHFD* 28, no. 1 (1971): 90; Vahap Darendeli, *Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdarî Uyuşmazlıklar ve Davalar* (Yetkin Yayınevi, 2004), 96; Nagihan Tandoğan-Özbaykal, *Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları* (Seçkin Yayıncılık, 2019), 40-41.

⁸⁰ Benzer yönde bkz. Özkol, “Uyuşmazlık Mahkemesi,” 90. Ancak UMK m. 30’un kaldırılmasına rağmen doktrinde bir görüş sıra cetveline itiraz davasında görevli yargı kolunun adli yargı olduğu noktasında Uyuşmazlık Mahkemesi’nin ilke karar alması gerektiğini ileri sürmektedir (Güneş, “Uyuşmazlık Mahkemesi,” 107). Anılan görüşün ileri sürdüğü şekilde bir çözüme ulaşılabilmesi için UMK’ya yürürlükten kaldırılan m. 30 hükmüne paralel bir hükmün eklenmesi gerekecektir.

3. İcra ve İflas Hukuku Bağlamında Değerlendirme

Bankaların iflası açısından TMSF'nin ve onun göstereceği adaylar arasından seçilen iflas idare memurlarının işlemlerinin denetlenmesine İİK açısından bakıldığında, iflasa ilişkin diğer kanunlarda, konumuz açısından Bankacılık Kanunu'nda özel düzenlemeler yer alsa da genel olarak iflas açısından temel düzenleme İİK'dır. Bankacılık Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde özel düzenlemeler yer alsa da İİK hükümleri de bankaların iflasında uygulanacaktır. Buna ilişkin olarak Yönetmelik'te düzenlemeler bulunmaktadır⁸¹.

İflas idare memurları TMSF tarafından gösterilse de seçim, gösterilen adaylar arasından İİK m. 223'te olduğu gibi icra mahkemesince yapılmaktadır. Yine bankaların iflasında da iflas süreci asliye ticaret mahkemesinin kararıyla başlayan ve aynı mahkemenin iflasın kapanması kararıyla sona eren bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şikâyet bir kenara bırakılırsa özellikle sıra cetveline itiraz davasında asliye ticaret mahkemesinin uzman mahkeme niteliğinde olduğu da ileri sürülebilir⁸².

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak, her ne kadar TMSF kamu tüzel kişisi olarak bankaların iflasında iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresinin etkilerine sahip olsa da İİK hükümleri çerçevesinde sıra cetveline itiraz davasında bunun idari işlem olmadığının kabulüyle adli yargının ve dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağını; diğer işlemlerinin de idari işlem olmadığı gerekçesiyle denetiminin şikâyet yoluyla icra mahkemesince yapılacağı söylenebilir⁸³. Zira konumuz sadece sıra cetveline itiraz davasının görüleceği yargı yerini belirlemek değil; aynı zamanda diğer işlemlerinin denetlenmesinin nasıl yapılacağıdır.

İsviçre hukuku bağlamında iflas tasfiye memurları FINMA'nın denetimi altında olduğu için işlemlerine karşı genel olarak FINMA'ya başvuruda bulunuluyor ve bu kurum başvuru hakkında bir karar verirse ve başvuruları tatmin etmezse, anılan karara karşı idari yargıya başvuruluyor. Zira FINMA bir kamu idaresi olarak İsviçre idare teşkilatında yer

⁸¹ Bkz. yuk. III-A,B,C.

⁸² Bu yönde bkz. Güneş, "Uyuşmazlık Mahkemesi," 106.

⁸³ Bu yönde bkz. Güneş, "Uyuşmazlık Mahkemesi," 106.

almaktadır. Ancak iflas tasfiye memurlarının özellikle paraya çevirme işlemlerine karşı şikâyet yoluna gidilebileceği ileri sürülmektedir⁸⁴.

4. İdare Hukuku Bağlamında Değerlendirme

a. TMSF'nin Hukuki Niteliği ve İflas İdare Memurları ile Arasındaki İlişkisi

TMSF 1983 yılında 70 sayılı KHK ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) bünyesinde olacak şekilde tasarruf mevduatını sigorta etmek maksadıyla kurulmuştur. 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile kamu tüzel kişisi olan BDDK'nın kurulmasıyla birlikte TMSF'nin idaresi ve temsili TCMB'den alınıp BDDK'ye verilmiştir. 2003 yılında yayımlanan 5020 sayılı Kanun'la TMSF'nin karar organı olarak Fon Kurulu tayin edilmiş ve bunun neticesinde TMSF özerk hâle gelmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren Bankacılık Kanunu'nun on ikinci kısmında TMSF düzenlenmiştir. Kanun'un 111. maddesinde TMSF'nin mali ve idari özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olduğu hüküm altına alınmıştır.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 524. maddesine göre *“bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar kendi kanunları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerindeki hükümlere tabidir.”* İdarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde kamu kurumları bir bakanlıkların yanı sıra Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili veya ilişkili şekilde nitelendirilebilmektedir. Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 37. maddesinde Cumhurbaşkanlığına bağlı kurumlar hüküm altına alınmıştır. 15.07.2018 tarih ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile TMSF, Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir.

Mevzuatı incelediğimizde kayyımlik, banka çözümleme ve geri kazanım, tasarruf finansman şirketlerinin tasfiyesi ve mevduat sigortacılığının TMSF'nin işlevleri içinde yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda TMSF “tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi; fon bankalarının

⁸⁴ Jaeger ve Hautle, “Bankenkonkurs und Einlagensicherung,” 396; Lorandi, “Bankengesetzliches Insolvenzrecht,” 505; Guggenbühl ve Essebier, “Bankenkonkurs und Einlagensicherung,” 377-378; Emmenegger ve Kurzbein, “Rollenverteilung und Rechtsschutz,” 515.

yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı ve tasfiyesi; TMSF alacaklarının takip ve tahsil işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması; TMSF varlık ve kaynaklarının yönetilmesi; kayyımlik ve OHAL kapsamında üstlenilen görevlerin yürütülmesi; BDDK tarafından tasfiyelerine karar verilen tasarruf finansman şirketinin tasfiye işlemlerinin yürütülmesi”⁸⁵ faaliyetlerinde bulunmaktadır.

Çalışmanın istinat noktalarından birisi bankaların iflası sürecinde iflas idaresinin, TMSF’nin organı olup olmadığı hususudur. Bu sebeple TMSF’nin teşkilatını incelemek isabetli olacaktır. TMSF, başkan ve üyelerden oluşan Fon Kurulu ile Başkana bağlı olarak faaliyetlerini yürüten Başkanlık teşkilatından oluşmaktadır (Teşkilat Yönetmeliği m.5/2). Fon Kurulu, TMSF’nin karar organıdır (Teşkilat Yönetmeliği m.7). Başkanlık teşkilatı ise Başkan, başkan yardımcıları, başkanlık müşavirleri ve hizmet birimlerinden müteşekkildir (Teşkilat Yönetmeliği m.9). TMSF’nin hizmet birimleri bağlı müdürlükler ve daire başkanlıklarından oluşmaktadır ve daire başkanlıkları şunlardır: “Finansman Daire Başkanlığı, Hukuk İşleri Daire Başkanlığı, İştirakler ve Gayrimenkuller Daire Başkanlığı, Sigorta ve Risk İzleme Daire Başkanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, I. Tahsilat Daire Başkanlığı, II. Tahsilat Daire Başkanlığı, Varlık Yönetimi Daire Başkanlığı, Denetim Daire Başkanlığı, Tasfiye Daire Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri Daire Başkanlığı, Destek Hizmetleri Daire Başkanlığı” (Teşkilat Yönetmeliği m.14).

Yukarıda da değinildiği üzere bankaların iflasında iflas idaresi yetkileri TMSF’ye verilmiş (Bankacılık K. M.106/2) ve iflas idaresi görev ve yetkileri TMSF adına Tasfiye Dairesi Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir (Yönetmelik m.14). Tasfiye Dairesi Başkanlığı ise iflas idaresi memurlarının tespiti amacıyla aday olabilecek kişilerin isimlerini Fon Kuruluna sunar ve Fon Kurulu adayları bu isimler arasından belirleyip icra mahkemesine sunulmak üzere iflas müdürlüğüne verir ve icra mahkemesi iflas idaresi memurlarını bu adaylar arasından seçer (Yönetmelik m.20). Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere iflas idaresi memurlarının seçimine kadar

⁸⁵ “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 2023 yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu,” Sayıştay Başkanlığı, erişim Kasım 11, 2024, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/JzgPOzqoAp-tasarruf-mevduati-sigorta-fonu>.

iflas idaresi görev ve yetkileri TMSF'nin organı olan Tasfiye Dairesi Başkanlığı tarafından yerine getirilir; icra mahkemesi, memurları seçtikten sonra ise görev ve yetkiler teşkil edilmiş olan iflas idaresince yerine getirilir.

İflas idaresinin icra mahkemesince teşkil edilmesinden önce iflas idaresi görev ve yetkileri TMSF tarafından yerine getirildiği süreçte tesis edilen işlemlerin idari işlem olduğunun kabulü gerekir. Asıl ele alınması gereken husus iflas idaresi teşkil edildikten sonraki süreçte iflas idaresi işlemlerinin idari işlem olup olamayacağına ilişkindir. Buna ilişkin değerlendirme iki boyutuyla ele alınmalıdır. Birincisi iflas idaresinin TMSF'nin bir organı olduğu kabulü ötekisi ise TMSF'den bağımsız olduğunun kabulü üzerinedir.

Türkiye'de TMSF'nin yaptığı işlerin benzerini İsviçre'de FINMA yerine getirir. Tesis ettiği işlemler nazarında ele alınan FINMA'nın hukuki niteliğine öncelikli olarak kısaca bakmak gerekmektedir.

FINMA bir bağımsız idari otoritedir⁸⁶. Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurum olarak da nitelendirilmektedir⁸⁷. Finans kurumları ve sigorta şirketleri alanında düzenleme yapması amacıyla 2007 yılında kurulmuş ve böylece İsviçre'de 1934'ten beri bankacılık sektörünü ve 1996'dan beri mali piyasaları denetlemekten sorumlu olan Federal Bankacılık Komisyonu'nun (CFB) yerini almıştır⁸⁸. FINMA hiçbir makamdan emir ve talimat almamakta olup yürüttüğü faaliyetlerde tamamen bağımsızdır⁸⁹. Bankacılık ve finans sektörlerindeki liberalleşmeye koşut olarak ortaya çıktığını söyleyebileceğimiz FINMA'nın kurulması İsviçre'de idari ve siyasi sistem için önemli bir yeniliğin temsili olarak nitelendirilmiştir⁹⁰.

İsviçre Anayasası'nın 98. maddesi FINMA'nın faaliyetlerinin dayanağıdır⁹¹. FINMA merkezi Bern'de bulunan tüzel kişiliği bulunan bir

⁸⁶ Andreas Stöckli, "La Surveillance Politique des Autorités Indépendantes de Régulation en Suisse," *Revue Française d'Administration Publique*, no. 160 (2016), 1242.

⁸⁷ Bovet, "Les Autorités de Surveillance et de Régulation," 66.

⁸⁸ Martino Maggetti, "Le Changement Institutionnel et l'Évolution de l'État Régulateur: L'exemple Suisse," *Revue Internationale des Sciences Administratives* 80, no. 2 (2014): 291.

⁸⁹ Bovet, "Les Autorités de Surveillance et de Régulation," 66.

⁹⁰ Maggetti, "Le Changement Institutionnel," 291.

⁹¹ "FINMA," erişim Aralık 21, 2024, <https://www.finma.ch/en/documentation/legal-basis/laws-and-ordinances/finma/>.

kamu hukuku kuruluşudur⁹². FINMA'nın yönetim organları ve personeli Direktörler Kurulu, Yönetim Kurulu ve Denetçidir⁹³. FINMA'nın stratejik yönetim organı olan Direktörler Kurulunun görevleri şunlardır: FINMA'nın stratejik hedeflerini tespit edip bunları Federal Konsey'in onayına sunmak; önemli konularda karar almak; FINMA'nın görev alanı ile ilgili yönetmelikleri çıkarmak; Yönetim Kurulunu denetlemek; iç denetimi yapmak; yıllık raporu düzenleyip yayınlanmadan önce onaylayıp Federal Konseye sunmak; Federal Konseyin onayıyla İcra Kurulu Başkanı atamak; Yönetim Kurulu üyelerini atamak; organizasyonel düzenlemeler ile bilgilendirme faaliyetleri ile ilgili yönergeleri yayınlamak; bütçeyi onaylamak⁹⁴. Operasyonel yönetim organı olan Yönetim Kurulunun görevleri ise şunlardır: örgütsel düzenlemelere uygun kararlar vermek; Direktörler Kurulunun kararlarına esas materyal ve dosyaları hazırlayarak düzenli olarak, özel durumlarda ise ivedilikle rapor sunmak; başka yönetim organına verilmemiş olan tüm görevleri yerine getirmek⁹⁵.

Bankaların iflasında TMSF'ye verilen görev ve yetkiler incelenirken FINMA'nın bu bağlamda ilgili olan görev ve yetkileri ile kıyas yapılması isabetli olacaktır. Yukarıda değinildiği üzere İsviçre'de bankaların iflasında iflas tasfiye memurlarının işlemlerinin VwVG Art. 5 anlamında idari işlem olmadığı hüküm altına alınmıştır⁹⁶. İflas tasfiye memurlarının işlemlerine karşı FINMA'ya başvuruda bulunulmakta ve FINMA'nın tesis ettiği işleme karşı dava açılabilir⁹⁷. Türkiye'de ise bankaların iflasında iflas idaresi doğrudan TMSF'nin bir organı olarak düzenlenmemiştir. Nitekim mevzuata baktığımızda TMSF'nin teşkilatı içinde iflas idaresi bulunmamaktadır. Öte yandan İİK m.5 hükmüne göre icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlarından kaynaklı tazminat davaları Anayasa m.129 hükmüne koşut olarak ancak idare aleyhine açılabilir. Fakat aynı Kanun, iflas idaresi

⁹² “LFINMA,” m.5, erişim Aralık 22, 2024, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/736/fr>.

⁹³ “LFINMA,” m.8, erişim Aralık 22, 2024, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/736/fr>.

⁹⁴ “LFINMA,” m.9, erişim Aralık 22, 2024, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/736/fr>.

⁹⁵ “LFINMA,” m.10, erişim Aralık 22, 2024, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/736/fr>.

⁹⁶ VwVG Art. 5 hükmün yer alan verfügung=décision kavramı hakkındaki değerlendirme için bkz. aşa. III-D,4,c.

⁹⁷ Lorandi, “Bankengesetzliches Insolvenzrecht,” 505.

memurlarının kusurlarından kaynaklı davaların doğrudan bu görevlilere açılacağını hüküm altına almıştır (İİK m.227/4)⁹⁸. Dolayısıyla kanun koyucu iflas idaresinin organik olarak idare olmadığı kanaatindedir denilebilir. Ayrıca iflas idaresinin bir tüzel kişiliği de bulunmamaktadır. Bütün bunlar değerlendirildiğinde iflas idaresinin *sui generis* bir oluşum olduğu söylenebilir.

b. Bankaların İflasında TMSF'ye Verilen Görev ve Yetkilerin Verilme Amacı

Bankaların iflasında TMSF'ye tanınan yetki ve verilen görevlere bakıldığında⁹⁹ TMSF'nin alelade bir iflas tasfiye organı olmadığı ortadır. Zira bankaların iflasında TMSF'ye İİK'da belirtilen bazı görev ve yetkiler haricinde iflas dairesi, alacaklılar toplanması ve iflas idaresinin yetkileri tanınmakta; ayrı olarak oluşturulan iflas idare memurları da TMSF'nin organı gibi hareket etmekte ve iflas tasfiyesini TMSF adına gerçekleştirmektedir. Doktrinde bu tarz bir istisnai hükmün getirilmesinin nedeninin, TMSF'nin faaliyet izni kaldırılarak yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankadaki sigortalı mevduatı ve sigortalı katılım fonunu ödemesi ve buna bağlı olarak mevduat sahipleri ile katılım fonu sahipleri yerine borçlu bankanın iflasını istemesi yetkisine sahip olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir¹⁰⁰. Bir başka ifadeyle, TMSF, sigortalı mevduat ve katılım payını ödeyerek, diğer bazı alacaklılar dikkate alınmazsa iflas tasfiyesinde asıl alacaklı konumuna gelmekte ve bu sebeple kanun koyucu alacaklılar toplanması yapmaya gerek duymayarak alacaklılar toplantısı etkilerini ona tanımıştır¹⁰¹. Ancak anılan durumda iflas hukukuna hâkim olan “alacaklı özerkliği ilkesi” de ihlal edilmiş durumdadır.

Alacaklı özerkliği ilkesi (alacaklıların kendi kendisini yönetmesi, *Selbstverwaltung*), kanuni sınırlamalar çerçevesinde alacaklıların kolektif bir şekilde aktif olarak iflas tasfiyesine katılmaları ve kanuni sınırlar

⁹⁸ İflas idaresinin hukuki sorumluluğu kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, *İflas İdaresi*, 177 vd.; Oruç, *İflas İdaresi*, 277 vd; Hänzi, *Die Konkursverwaltung*, 187 vd.

⁹⁹ Bkz. yuk. I, III-A, B, C.

¹⁰⁰ Yılmaz, “Banka Tasfiyesi,” 178.

¹⁰¹ Yılmaz, “Banka Tasfiyesi,” 179. İsviçre hukukunda benzer durum FINMA açısından da mevcuttur. Hatta FINMA TMSF'ye göre daha fazla yetki ve görevlere sahiptir. Örneğin bankanın iflasına Türk hukukunda asliye ticaret mahkemesi karar verirken İsviçre hukukunda FINMA karar veriyor. Tasfiyenin tek hâkimi FINMA'dır.

içerisinde tasfiyeyi kendi kendilerine idare etmeleri, yani yürütüp sonuçlandırmalarıdır¹⁰². Alacaklı özerkliği ilkesi çerçevesinde iflas alacaklılarının devletin etkisinden uzak ve fakat onun denetimi altında borçlunun malvarlığını tasfiye etmesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰³. Yine alacaklı özerkliği sayesinde iflas alacaklıları, iflas tasfiyesine etki edebilmekte, tasfiyenin gerçekleşmesinde gerekli kararları kendileri alarak tasfiyeyi daha süratli, masrafsız ve alacaklıları en üst düzeyde tatmin edecek şekilde gerçekleştirmektedir¹⁰⁴. Devlet iflas tasfiyesinde sadece alacaklıların alacaklarına etkin ve eşit bir şekilde kavuşabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmalı ve bu kapsamda iflas tasfiyesi alacaklılar tarafından gerçekleştirilmelidir¹⁰⁵. İşte iflas tasfiyesinde iflas işlemlerinin büyük ölçüde alacaklılar kararları ile belirlenmesi ve önemli konularda onların karar vermesi alacaklı özerkliğinin bir sonucudur¹⁰⁶. Alacaklı özerkliği ilkesi esas olarak kendisini alacaklı toplantısı ile göstermektedir¹⁰⁷. Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda iflas tasfiyesi, resmi organların da denetim ve gözetimi altında özel organlara bırakılarak alacaklı özerkliği ilkesi kabul edilmiştir¹⁰⁸. Bu çerçevede alacaklıların iflas tasfiyesine etki edebilmeleri alacaklılar toplantısına katılma hakkı ile sınırlı olmakta; alacaklıların bireysel olarak etkisi sadece

¹⁰² Calr-Friedrich Thoma, *Insolvenzrechtliche Glaubigerautonomie im Glaubigerausschuss* (Ducker&Humboldt Verlag 2019), 37; Claudia Wyss, *Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren* (Schulthess Juristische Medien, 2013), 10; Zeynep Bahadır, “İflasta İkinci Alacaklılar Toplantısı Bakımından Alacaklı Özerkliği ve Sınırları,” *AndHD* 10, no. 2 (Temmuz 2024): 396, <https://doi.org/10.54699/andhd.1473560>; Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 24, 208.

¹⁰³ Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 24; Thoma, *Insolvenzrechtliche Glaubigerautonomie*, 26, 30 vd., 48; Wyss, *Kollektive Beteiligungsrechte*, 10; Bahadır, “Alacaklı Özerkliği,” 395; İbrahim Aşık, “İflas Tasfiyesinde Geçici Dağıtım,” *MÜHF Hukuki Araştırmalar Dergisi* 24, no. 1 (2018): 288, <https://doi.org/10.33433/maruhad.445669>.

¹⁰⁴ Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 24-25; Bahadır, “Alacaklı Özerkliği,” 395.

¹⁰⁵ Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 24; Bahadır, “Alacaklı Özerkliği,” 395; Oruç, *İflas İdaresi*, 87-88; Wyss, *Kollektive Beteiligungsrechte*, 10.

¹⁰⁶ Thomas Sprecher, *Der Glaubigerausschuss im Schweizerischen Konkursverfahren un im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung* (Schulthess Juristische Medien, 2003), 12.

¹⁰⁷ Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 25; Bahadır, “Alacaklı Özerkliği,” 396;

¹⁰⁸ Berkin, *İflas Hukuku*, 45; Sprecher, *Der Glaubigerausschuss*, 11.

kanunun izin verdiği imkânlar, örneğin şikâyet yoluyla yapılan işlemlere karşı koyabilmektedir¹⁰⁹.

Kanun koyucu iflas tasfiyesinde hâkim olan alacaklı özerkliği ilkesini ihlal ederek, TMSF'ye sanki kamu gücünü kullanarak bankaların iflasında tasfiyeyi gerçekleştirme noktasında geniş görev ve yetkiler vermiştir¹¹⁰. TMSF'nin faaliyet izni kaldırılıp yönetimi kendisine devredilen bankadaki sigortalı mevduat ve katılım paylarını ödemesi ve bakanın iflasını istemesi üzerine iflas tasfiyesinde aktif rolü üstlenerek (alelade iflas tasfiyesinde görev alan iflasın resmi organı olan iflas dairesi ile iflasın özel organı olan iflas idaresinin ve) alacaklılar toplantısı görev ve yetkilerine sahip olmasıyla, karar alınmasına herhangi bir şekilde katılamayan alacaklıların tasfiyedeki etkisi büyük oranda azaltılmaktadır. Anılan alacaklıların tasfiyeye etki edebilmesinin tek yolu TMSF'nin alacaklılar toplantısı sıfatıyla aldığı kararlara karşı şikâyet yoluna başvurmak kalmakta ve şikâyet prosedürünün (işlemleri TMSF'nin idari işlemi olarak kabul etmeyip idari yargının değil, adli yargı içinde) icra mahkemesinde görülmesi ve icra mahkemesinin vereceği kabul veya ret kararlarının kesin olması sebebiyle aslında alacaklıların haklarını tam anlamıyla korunamamaktadır¹¹¹. Öte yandan Bankacılık Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, alacaklıların toplantıya katılma haklarını elinden tamamen almakla kalmayıp, resmi iflas organı olan iflas dairesinin alacaklılar toplantısı üzerindeki denetim yetkisini de devre dışı bırakarak, alacaklıların tasfiyeye etki edebilme imkânını da tümüyle sınırlamaktadır. Anılan durum iflasta alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır¹¹².

Kanun koyucunun alacaklı özerkliği ve alacaklılar arası eşitlik ilkesi ihlal eder tarzda Bankacılık Kanunu'nda bu tarz düzenlemelere yer vermesinin amacı, sigortalı mevduat ve katılım payını ödeyerek iflas tasfiyesinde hâkim alacaklı olan TMSF'nin kamu gücünü de kullanarak, tek

¹⁰⁹ Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 130; Müjgan Tunç-Yücel ve Serdar Kale, "Fona Devredilen Bankanın İflas Tasfiyesi," *İMÜHFD* 3, no. 1 (Bahar 2016): 75; Bahadır, "Alacaklı Özerkliği," 396.

¹¹⁰ Tunç-Yücel ve Kale, "İflas Tasfiyesi," 75; Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 208.

¹¹¹ Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 209; Tunç-Yücel ve Kale, "İflas Tasfiyesi," 75.

¹¹² Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, 208; Tunç-Yücel ve Kale, "İflas Tasfiyesi," 76.

elden daha hızlı ve az masrafla bankaların tasfiyesi gerçekleştireceği düşüncesi; ayrıca ekonomide büyük öneme sahip olan bankaların bu şekilde iflası hâlinde, tasfiyeyi alacaklıların eline bırakmaktansa TMSF aracılığıyla Devlet eliyle gerçekleştirme niyeti yatmaktadır. Bankaların iflasında flacaklı sayısının fazla olması, tasfiye edilecek malvarlıklarının büyüklükleri ve karmaşıklığı, sıradan alacak-borç tasfiyesine yönelik olan İİK hükümleriyle iş görülememesini nedeniyle Bankacılık Kanunu'nda ve Yönetmelik'te olağan dışı hukuki düzenlemelere yer verilmiştir¹¹³.

İşte kanun koyucunun bu tarz düşünceyle bankaların iflası sürecinde tasfiyenin gerçekleştirilmesinde TMSF'nin üstün görevli ve yetkili kılması göz önüne alındığında TMSF'nin işlemlerinin denetlenmesini alelade iflas organının işlemlerinin denetlenmesi gibi basitçe İİK hükümleri çerçevesinde yapılabileceğini söylemek zordur. Bu durumda şu söylenebilir: Kamu alacaklarına ilişkin iflas takibi ve tasfiyesinde bile İİK hükümleri uygulanıyor; burada neden uygulanmasın? Kamu alacaklarının iflas yoluyla takibi ve tasfiyesi bağlamında, İİK'nın uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmaktadır. Zira alacak kamu alacağı olduğu için genel olarak kanunlarda, söz konusu alacakların öncelikli ödenmesi gereken veya imtiyazlı alacak olduğu açıkça düzenlenmekte ve masa mallarının satışında öngörülen şekilde ödenmesi sağlanmaktadır. Dolayısıyla anılan duruma ilişkin olarak pratik ve sorun yaratmayan hükümler kanunlarda bulunmaktadır (bkz. 6183 s. K. m. 21/3; 4904 s. K. m. 1/3; 5502 s. K. m.35/; Bankacılık Kanunu m. 63/4). Ancak aynı şeyi bankaların iflasında TMSF'nin görev ve yetkileri kapsamında denetlenmesi açısından söyleyemeyiz. Zira ne Bankacılık Kanun'nda, ne Yönetmelik'te ne de İİK'da buna ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmaktadır.

c. TMSF'nin ve İflas İdare Memurlarının İşlemlerinin “İdari İşlem” Olup Olmadığı Meselesi

İsviçre hukukunda iflas tasfiye memurlarının kararlarının VwVG Art. 5 çerçevesinde idari işlem (*verfügung=décision*) olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır (BIV-FINMA Art. 6/2). *Verfügung=décision* VwVG Art. 5'te düzenleme altına alınmıştır. İflas tasfiye memurlarının kararları bu nitelikte

¹¹³ Ejder Yılmaz, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Yetkilerinin Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi,” *Prof. Dr. Erden KUNTALP'e Armağan Cilt 1 - Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2004): 75-76.

kabul edilmediği için FINMA'ya başvuruda bulunulmakta; FINMA'nın kararlarına karşı ise idare mahkemesinde dava açılmaktadır. Bu bağlamda öncelikli olarak söz konusu maddede geçen *verfügung=décision* kavramının açıklanması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda *verfügung=décision* kavramı hak ve yükümlülükleri tek taraflı ve bağlayıcı şekilde ortaya koyan her türlü bireysel ve somut işlemler olmasının yanı sıra ilgili kişinin hukuki durumunu etkileyen, onu bir şey yapmaya veya yapmamaya iten idare ile olan ilişkilerini bağlayıcı şekilde düzenleyen devlet işlemleridir¹¹⁴. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarında VwVG Art. 5 anlamında *verfügung=décision* yetkisi kamu gücü egemenliğinin bir ayrıcalığı ve tekeli olduğu söylenmektedir¹¹⁵. *Verfügung=décision* kavramının karakteristik özellikleri tek taraflı devlet işlemi olması, idari makam tarafından tesis edilmesi, bireysel ve somut olması, kamu hukukuna dayanması ve son olarak kişinin hukuki durumunu bağlayıcı şekilde etkileyen irade ürünü olmasıdır¹¹⁶. Görüldüğü üzere idari yargının doğasında bulunan *verfügung=décision* hem süreci başlatan hem de maddi hukukun gözden geçirilmesini sağlayan bir hukuki muamele olarak İsviçre hukukunun¹¹⁷ ve aynı zamanda idari ilişkinin¹¹⁸ merkezinde yer almaktadır. Bütün bunları beraber değerlendirdiğimizde Türk hukukundaki “birel idari işlem” kavramının İsviçre hukukundaki *verfügung=décision* kavramına denk geldiğini söyleyebiliriz.

Doktrindeki açıklama yukarıdaki gibi olmasına karşın VwVG Art. 5, *verfügung=décision* kavramını geniş anlamıyla ele almıştır. Birinci fıkraya göre *verfügung=décision*, yetkili makamlarca tesis edilen federal kamu hukukuna dayanan hak veya yükümlülük yaratmak, değiştirmek, iptal etmek; hak veya yükümlülüklerin varlığını, yokluğunu ve kapsamını belirlemek; hak veya yükümlülüklerin oluşturulması, değiştirilmesi, iptal edilmesi veya tesis edilmesine yönelik talepleri reddetmek veya kabul edilemez ilan etmek anlamına gelmektedir. İkinci fıkra ise aynı Kanun'un 30, 41, 45, 46, 61, 68,

¹¹⁴ François Bellanger, “Les Aspects Formels de la Décision,” içinde *Les Grands Principes de la Procédure Administrative*, ed. Frédéric Bernard ve François Bellanger (Schulthess Éditions, 2023), 37.

¹¹⁵ Bellanger, “Les aspects formels de la décision,” 38.

¹¹⁶ Bellanger, “Les aspects formels de la décision,” 38-41.

¹¹⁷ Anne-Christine Favre, “Le Droit à Une Décision,” içinde *Les Grands Principes de la Procédure Administrative*, ed. Frédéric Bernard ve François Bellanger (Schulthess Éditions, 2023), 9.

¹¹⁸ Bellanger, “Les aspects formels de la décision,” 35.

69, 70, 74. maddelerine atıf vererek bu maddelerdeki kararların da *verfügung=décision* kavramı içine girdiğini hüküm altına almıştır. Nitekim 45. madde temyize tabi olan 46. madde ise temyizın kabul edilmediği kararları, 61. madde ise temyiz kararının içerik ve biçimini hüküm altına almıştır. 68, 69 ve 70. maddelerde ise temyizın kabulü, kararın yorumu ve açıklanması meselesini ve adaletin reddi ile haksız gecikme durumları düzenlenmiştir. Son olarak 74. madde hangi durumlarda Federal Konseye yapılacak başvuruların kabul edilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Görüldüğü üzere İsviçre’de kanun koyucu yargısal fonksiyona dayanan birtakım işlemleri de *verfügung=décision* kavramı içinde değerlendirmiştir.

Yukarıda da değinildiği üzere İsviçre’de FINMA bankaların iflasına karar vermekte ve şayet iflas tasfiye işlemlerini kendisi yapmazsa Türk hukukundan farklı olarak iflas tasfiye memuru (*Konkursliquidator/Konkursliquidatorin*) atamaktadır. İflas tasfiye memurlarının işlemleri VwVG Art. 5 bağlamında idari yargıda denetimi yapılacak bir işlem değildir. Zira iflas tasfiye memurları FINMA’nın gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunduğu işlemlerinden zarar görenler SchKG Art. 17-19 anlamında şikâyet yoluna değil, FINMA’ya başvuru yoluna gideceklerdir¹¹⁹. Şayet FINMA kendisine yapılmış olan bildirim üzerine bir karar verirse zarara uğrayanlar bu işleme karşı idari yargı koluna gidebileceklerdir¹²⁰. Özetle İsviçre hukukunda bankaların iflasında görev alan iflas tasfiye memurlarının işlemleri idari yargıya konu olabilecek idari işlemler değildir.

İsviçre hukukundaki durum değerlendirildikten sonra TMSF ve iflas idare memurlarının işlemlerinin hukuki niteliğine bakmak uygun olacaktır. Bunun için öncelikli olarak idari işlem kavramına kısaca bakmak gerekir.

İdari işlemleri idari makamlar tesis eder¹²¹. Türkiye’de hâlihazırdaki hukuk sistemine bakıldığında yürütmenin altında yer alan idarenin yanı sıra yasama ve yargı organlarına da idari işlem tesis etme yetkisinin verildiği görülecektir. Bu nedenle idari makamı tespit ederken organik kriterden

¹¹⁹ Jaeger ve Hautle, “Bankenkonkurs und Einlagensicherung,” 396; Lorandi, “Bankengesetzliches Insolvenzrecht,” 505; Guggenbühl ve Essebier, “Bankenkonkurs und Einlagensicherung,” 377-378; Emmenegger ve Kurzbein, “Rollenverteilung und Rechtsschutz,” 512.

¹²⁰ Lorandi, “Bankengesetzliches Insolvenzrecht,” 505.

¹²¹ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Danıştay Yayınları, 2015), 75.

ziyade maddi kriteri, bir diğer deyişle fonksiyonel idareyi referans almak gerekir¹²². Bu durumda idari makam, kurul veya kamu görevlisi olabileceği gibi kanunla yetki verilmesi durumunda kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişileri de olabilir¹²³. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu bir kararında idari işlemi “*idare makamlarının idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek yanlı icrai kararlar*” ifadeleriyle tanımlamıştır¹²⁴. Erkut, idari işlem tanımının en önemli hususlarından birisinin idari makam tarafından yapılıyor olmasını göstermiştir¹²⁵. Fakat Erkut, idari makamı izah ederken organ olan idarenin değil, fonksiyonel idarenin esas alınması gerektiğine de dikkat çekmiştir¹²⁶. Günday, idari işlemi “*İdari işlemler, idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleridir*” olarak tanımlamıştır¹²⁷. Gözler ise idari işlemi “*idari işlem, idare hukukuna ve keza uyumsuzluk halinde idari yargıya tabi olan kamu gücüne dayanan hukuki işlemlerdir; yani hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır*” şeklinde tanımlamıştır¹²⁸. İdari işlemi yapan makamın bir unsur olarak tanımda yer almaması bu iki tanımda dikkat çeken husustur. Danıştay bir kararında idari fonksiyon kapsamında tesis edilen işlemin makama bakılmaksızın idari işlem olarak kabul edileceğini belirtmiştir¹²⁹.

İdari işlemler hukuki sonuç doğuran idare açıklaması olup bu işlemlere idarilik özeliği veren kamu gücü ayrıcalığıdır¹³⁰. Klasik öğreti, idari işlemin bir idari otorite tarafından tesis edileceğini ifade ederken; normcu öğreti ise işlemin içeriğine bakmakta ve işlemi tesis eden organın niteliğine bakmamaktadır¹³¹. İdarenin tesis etmiş olduğu işlemlerin hepsi idari işlem değildir.

¹²² Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 76.

¹²³ Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (On İki Levha Yayınları, 2018), 46.

¹²⁴ D. İBGK, E.1972/2, K.1973/10, 14.04.1973 (RG, 12.07.1973, S. 14592).

¹²⁵ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 75.

¹²⁶ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 76.

¹²⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi, 2013), 121.

¹²⁸ Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.I* (Ekin Yayınevi, 2019), 764.

¹²⁹ D. 10.D, E.2015/1663, K.2016/91, 11.01.2016, (Kazancı İçtihat Bankası), E.T. 17.11.2024.

¹³⁰ Gözler, C.I, 763.

¹³¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2012), 417.

Düzenleyici idari işlemler ise genel, soyut ve kişilik dışı kurallar koyan doğurgan işlemlerdir¹³². Sıra cetveli işlemi ise özel, somut ve kişiseldir. Birel idari işlemlerin en önemli özellikleri tek taraflı olmalarının yanı sıra icrai olmaları, kural olarak hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaları ve resen icra edilebilir olmalarıdır¹³³. Memur atama işlemi, idari yaptırım işlemi, inşaat veya yol izni verilmesi yahut reddedilmesi birel idari işlemlere örnektir¹³⁴. Fakat idarenin tesis etmiş olduğu tek taraflı her işlem idari işlem olmaz. Nitekim tavsiye niteliğindeki bir karar tek taraflı olmakla beraber icrai olmadığı için bir diğer deyişle üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkiler nitelikte olmadığından idari işlem değildir¹³⁵. İcrailik kavramı Fransız Danıştayının da belirttiği üzere kamu hukukunun temel kurallarından bir olgu olup idari işlemin hukuk alanında değişiklik yapabilmesi özelliğini kasteder¹³⁶.

İdari işlemlerde yargısal ve hukuki düalizm bulunur; yani idare hukuku kuralları uygulanır ve yargısal denetimi ise kural olarak idari yargıda görülür¹³⁷. Yargısal denetimin kural olarak idari yargıda olduğunu dememizin sebebi kanun koyucunun bir idari işlemin yargısal denetimini adli yargıya verebilme hususunda takdir yetkisinin olmasından ileri gelmektedir¹³⁸. Bu durum doktrinde “yargı düzeni kaydırması” olarak isimlendirilmiş ve eleştirilmiştir¹³⁹. Doktrinde Anayasa Mahkemesinin idari yargının görev alanının tespitinde esas aldığı “idari dava” kavramının içini doldururken Anayasa’yı değil, ilgili kanunu referans alması eleştirilmiştir¹⁴⁰. Ayrıca idari yargının görev alanı daraltılırken haklı neden ve kamu düzeni gibi muğlak kavramların kullanılmasının kamu düzeni ile alakalı olan görev meselesi karşısında sorunlar doğuracağı ve idari işlemler üzerinde yapılacak

¹³² René Chapus, *Droit Administrative General C.I* (Montchrestien, 2001), 526.

¹³³ Gözler, *C.I*, 775-784.

¹³⁴ Chapus, *C.I*, 525.

¹³⁵ Bertrand Seiller, *Droit Administratif* (Flammarion, 2018), 131.

¹³⁶ Seiller, *Droit Administratif*, 133.

¹³⁷ Benoît Plessix, *Droit Administratif Général* (Lexis-Nexis, 2020), 1104.

¹³⁸ Nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalar, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamına giren idari yaptırım işlemlerine karşı açılacak olan davalar kanun koyucunun takdiri ile adli yargıda denetimi yapılan idari işlemlere örnektir.

¹³⁹ Onur Karahanogulları, *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması* (Turhan Kitabevi, 2019), 118-121.

¹⁴⁰ Metin Günday, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları,” *Anayasa Yargısı* 14, (1997): 352.

denetimin etkinliği sorununu da gündeme getireceği dile getirilmiştir¹⁴¹. Bazı işlemlerin yargısal denetiminin hangi yargı kolunda yapılması gerektiği hususunda tereddüt ortaya çıkabilir. Bu durumda ilgili işlemin idari nitelikte olduğu ve yargısal denetiminin idari yargıda olması gerektiğinin tespitinde birtakım ölçütler geliştirilmiştir¹⁴². Fakat idari yargının sınırı hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi verildiğini kabul etmek gerekir. Nitekim idari işlem, idari sözleşme ve idari eylemlere karşı sadece idari yargıda dava açılacağına ilişkin Anayasa’da bir hüküm bulunmamaktadır ve kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi vardır¹⁴³. Anayasa Mahkemesinin de bu yönde kararları vardır¹⁴⁴. Dolayısıyla bir idari işlemin yargısal denetiminin adli yargıda yapılabilmesi için açık kanuni düzenleme gerekmektedir¹⁴⁵.

Şayet ortada bir kamu alacağı söz konusuysa bu alacağın dayanağı olan işlem idari işlemdir ve dolayısıyla bir kamu alacağının iflas masasına kaydına dayanak olan idarenin tasarrufu idari işlemdir¹⁴⁶. Fakat TMSF’nin kayyım olduğu durumlarda iflas masasına kaydedilen alacakların hepsinin dayanağının idari işleme istinat ettiğini söylemek imkânsızdır. Zira bu hâlde

¹⁴¹ Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2022), 179.

¹⁴² Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 164 vd. Gözübüyük ile Kalabalık kamu hizmeti ölçütü, hakimiyet-teşmiyet ayrımı ve idari işlem, eylem ve sözleşme ölçütlerini ile almıştır. Bkz. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı* (Turhan Kitabevi, 2013), 77-85. Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2022), 103-109. Akyılmaz, Sezginer, Kaya bu üç ölçütün yanında ek olarak kamu gücü ölçütü, kamu kanunu ölçütünü de ele almıştır. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2023), 171-175. Atay ise kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütü ve karma ölçütü incelemiştir. Bkz. Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2021), 114-117. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk ile Zabunoğlu, Atay’ın ele aldığı üç ölçüte ek olarak kamu yararı ölçütü, yeni kamu gücü ölçütü ile daha çok ve daha az yetki ölçütünü incelemiştir. Bkz. İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (Der Yayınları, 2013), 67-72; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2* (Yetkin Yayınları, 2012), 166-169; Çağlayan ise ölçütleri üç başlık altında değerlendirmiştir: Kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütü ve idari işlev ölçütü. Bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2021), 129-132.

¹⁴³ Ali Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2022), 38; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (Beta Yayınevi, 2010), 423; Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 75-76; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 145.

¹⁴⁴ AYM, E.1989/28, K.1990/18, 10.07.1990, (RG, 28.07.1993, S. 21651); AYM, E.2005/108, K.2006/35, 01.03.2006, (RG, 22.07.2006, S. 26236).

¹⁴⁵ Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi, 2013), 625.

¹⁴⁶ Barış Bahçeci, “İflas İdaresinin Kamu Alacağının İflas Masasına Kaydını Reddetmesi Sorunu,” *AÜHFD* 64, no. 4 (2015): 984 vd, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001797.

özel hukuk kişilerinin, alacakları için yaptıkları alacak kayıt bildirimleri idari işlem değildir.

İİK hükümlerine göre hazırlanan sıra cetveline karşı açılacak davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması hükmünü ele almak gerekir. İİK hükümlerine göre hazırlanan sıra cetvelinin idari işlem olduğunu kabul edersek kanun koyucunun bu idari işlemin yargısal denetiminin adli yargıya verildiği sonucuna varılır. İcra dairesi işlemlerinin yargısal denetimi adli yargıya bırakılmış idari işlemler olduğu doktrinde savunulmuş ve gerekçe olarak icra-iflas dairesinin cebir yetkisinin temelini bu dairelerin yürütmenin altında idare organı olduğundan geldiği ifade edilmiştir¹⁴⁷. Bu durumda TMSF'nin hazırladığı işlemin evleviyetle idari işlem olduğu ve bu hususta kanunda hüküm olduğu, yani adli yargının görevli olduğu sonucu ortaya çıkar. Fakat belirtmek gerekir ki bankaların iflası sürecinde sıra cetvelini iflas idaresi hazırlamakta olup iflas idaresinin niteliği tartışmalıdır.

Bankaların iflasında iflas idaresinin TMSF'nin göstereceği adaylar arasından seçilmesi, TMSF'nin bunların görevine son verebilme yetkisini haiz olması ve iflas idaresi memurlarının kusurlarından dolayı açılacak sorumluluk davasının TMSF'ye yöneltileceği (Bankacılık K. m.127/6) hususları göz önüne alındığında iflas idaresinin TMSF ile organik bağının olduğu düşüncesini akla getirmektedir. Normal iflas sürecinde ise iflas idaresi memurlarının kusurlarından kaynaklı açılacak davalar doğrudan iflas idaresi memurlarına yöneltilmektedir (İİK m.227/4). İcra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan davalar ise sadece idare aleyhine açılmaktadır (İİK m.5). Bu durumda kanun koyucunun iflas dairesi görevlilerini ile iflas idaresi görevlilerinin kusurlarından kaynaklı davaları farklı ele aldığı görülmektedir.

Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre memurlar ve öteki kamu görevlilerinin kusurlarından kaynaklı açılacak davaların sadece idare aleyhine açılacağı ve hüküm altına alınmıştır. İİK m. 5'teki hükmü buna koşut olarak ele alabiliriz. Bu durumda icra ve iflas dairelerinin organik olarak idare kabul edildiği sonucuna bizi götürür. Bu durumun doktrinde nasıl ele alındığına da bakmak gerekir. Doktrine bakıldığında bu hükmü ele alan yazarlar, normalde idari yargının görev alanına girmesi gerekirken

¹⁴⁷ Cengiz Topel Çelikoğlu, *İcra Dairesi Kararı* (Ekin Yayınevi, 2017), 98-112.

kanun koyucunun takdiri ile adli yargıya bırakılmış bir dava olarak nitelendirme yaptıkları görülmektedir¹⁴⁸. Bu hükmünde yer alan uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi gerekirken kanun koyucunun takdiri ile adli yargıya bırakılması görüşünü ele aldığımızda söz konusu yazarlara göre icra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki muameleleri idari fonksiyon içerisinde yer almaktadır. Buna koşut olarak icra ve iflas dairesi organik olarak idarenin içerisinde yer alıyor sonucu da ortaya çıkar. Bunu kabul ettiğimizde TMSF'nin bu kapsamdaki hukuki muameleleri evleviyetle idari fonksiyon içinde yer alır. Zira TMSF'nin kamu tüzel kişisi olduğu ortadır ve kayyımlik sürecinde tesis ettiği işlemlerin de idari fonksiyonda olduğu sonucuna varılır. TMSF'nin bu nitelikteki işlemlerinin hangi yargı kolunda yargısal denetiminin yapılacağına ilişkin açık kanun hükmü bulunmadığı için genel kural gereği idari yargıda denetimin yapılması gerektiği sonucuna varılır.

Fakat iflas dairesi görevlileri hakkındaki hükmün tersi yönünde İİK iflas idaresi memurlarının kusurlarından kaynaklı davaların doğrudan bu görevlilere açılacağını hüküm altına almıştır (İİK m.227/4). Dolayısıyla iflas idaresinin kanun koyucu tarafından organik idare içinde değerlendirilmediği sonucuna varılabilir. Ancak bankaların iflası söz konusu olduğunda iflas idaresi görevlilerinin kusurlarından kaynaklı davaların TMSF'ye yöneltileceği hüküm altına alınmıştır (Bankacılık K. m.127/6). Bu durumda normal iflas sürecinde teşkil edilen iflas idaresi ile bankaların iflası sürecinde teşkil edilen iflas idaresinin niteliğinin farklı olduğu sonucu ortaya çıkar. Dolayısıyla normal iflas sürecindeki iflas idaresinin işlemleri ile bankaların iflası sürecindeki iflas idaresinin işlemlerinin idari nitelikte olup olmadığının ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

5. Görüşümüz

TMSF'nin kamu idaresi olması ve bankaların iflasında geniş görev ve yetkilere sahip olduğu ortadadır. Her ne kadar TMSF'nin iflas idaresinin görev ve yetkilerine de sahip olacağı hususu Kanun ve Yönetmelik'te düzenlense de esas itibarıyla bankaların iflasında tasfiyeyi gerçekleştirecek,

¹⁴⁸ Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 188-189. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ekin Yayınevi, 2022), 100; Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2*, 190; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 192; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 146. Atay ise bu uyuşmazlığı idari yargının görev alanı dışındaki konular başlığı altında ele almıştır. Bkz. Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 104.

ayrı bir iflas idaresinin varlığını şarttır. Anılan iflas idaresinin üyeleri, TMSF tarafından ve esas itibariyle kendi personeli arasında aday gösterilerek icra mahkemesi tarafından seçilmektedir. İflas idaresi atandıktan sonra tasfiye Kanun ve Yönetmelik'te açık düzenleme bulunmasa da esas itibariyle fiiliyatta, TMSF'nin denetiminde ve talimatlarıyla yürütülmektedir. Öte yandan iflas tasfiyesinin hem Bankacılık Kanunu hem de İİK çerçevesinde TMSF tarafından yerine getirileceği düzenlenmekle birlikte (Yönetmelik m. 16/2); esas itibariyle tasfiyeye yönelik işlemler iflas idaresi tarafından yerine getirilmektedir (Yönetmelik m. 20 vd.)¹⁴⁹.

Bankaların iflasında şu söylenebilir: Bankaların iflasında asıl görevli ve yetkili organ TMSF'dir ve ayrı oluşturulan iflas idaresi bankaların tasfiyesini esas itibariyle onun yerine gerçekleştirmektedir¹⁵⁰. Fakat iflas idaresinin doğrudan TMSF'nin bir hizmet birimi olduğu söylenemez; zira Teşkilat Yönetmeliği'nde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple TMSF ile iflas idaresi idare hukuku bağlamında bir organik ilişkinin varlığından söz edilemez; bu yönüyle iflas idaresi bir idari makam veya organ olarak değerlendirilemez. Yukarıda da belirtildiği üzere idari işlemleri idari makamlar yapar¹⁵¹ ve bir işleme idarilik özelliği kazandıran onun kamu gücüne dayanmasıdır¹⁵². İdari fonksiyona dayanıyorsa ve kamu gücü içeriyorsa işlemi yapan makam organ olarak idare olmasa bile yaptığı işlem idari işlemdir sonucuna varılır¹⁵³. Dolayısıyla meseleyi fonksiyonel anlamıyla da ele almak gerekir. İflas idaresi İİK hükümleri çerçevesinde kendisine verilen görevleri yapmakta olup bu faaliyetlerin niteliğine bakıldığında kamu gücüne dayandığını ve idari fonksiyon içinde olduğunu söylemek zordur. Bir diğer deyişle gerek organik gerekse fonksiyonel anlamda bir idari makamın varlığından söz etmek güçtür. Bu sebeple iflas idaresinin işlemlerini alelade bir idari işlem olarak kabul edip idari yargının görevli olduğunu söyleyemeyiz. Her ne kadar TMSF'nin gölgesinde tasfiyeyi gerçekleştirse de iflas idaresi, İİK hükümleri çerçevesinde

¹⁴⁹ Bkz. yuk. III-C.

¹⁵⁰ Aslında bu husus İsviçre hukukunda iflas tasfiye memurlarına birebir uymaktadır. Zira tasfiye memurlarına atayıp görevlerini belirleyen (Yönetmelikle) ve görevden alan FINMA'dır. FINMA tasfiyeyi kendi gerçekleştirmedeği zaman tasfiye onun adına atadığı bu memurlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.

¹⁵¹ Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, 75.

¹⁵² Gözler, C.I, 763 vd.

¹⁵³ Gözler, C.I, 40 vd.

gerçekleştirilen iflas bağlamında görev alan iflas idaresi gibi dikkate alınıp değerlendirilmelidir. Bu bağlamda iflas idaresinin işlemlerinin denetiminin de İİK hükümleri çerçevesinde yapılması isabetli olacaktır.

İflas idaresi ile TMSF arasında idare hukuku bağlamında bir bağlantı olmadığı gibi bunu öngörecektir bir düzenlemeye de gerek bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu'nda ve diğer kanunlarda iflasa ilişkin olarak özel düzenlemeler bulunsun da iflas hukukunda temel düzenleme İİK'dır. Bu sebeple İİK'da yer alan düzenlemelerin, özellikle iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesi noktasında aksayan bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla bankaların iflasında anılan düzenlemelerin uygulanmasında herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu kapsamda şikâyet yoluna başvuru, sıra cetveline karşı şikâyet yoluna ve itiraz (kayıt kabul ve kayıt sildirme) davası başvurma, iflasta istihkak iddiası bağlamında talebin reddedilmesi hâlinde üçüncü kişinin iflasta istihkak davası açmasında genel usullerin uygulanması isabetli olacaktır.

Bankaların iflasında iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesi noktasında kanun koyucunun amacı TMSF ve iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesini idari işlem olarak kabul edip idari yargının kapsamına sokmak isteseydi, bu yönde bir düzenlemeyi Kanun veya Yönetmeliğe ihdas ederdi. İsviçre hukukunda olduğu gibi, iflas idaresinin işlemlerine karşı FINMA'ya başvurulacağı şeklinde bir düzenlemeye paralel hüküm (BIV-FINMA Art. 6) Türk hukukunda söz konusu değildir. Benzer düzenleme olsaydı, iflas idaresinin bazı işlemlerine karşı TMSF'ye ve TMSF'nin kararlarına karşı da idari yargıya başvurulabilirdi.¹⁵⁴ Türk hukuku bağlamında bu tür bir düzenlemeye gerek bulunup bulunmadığının adli yargının görevli olmasında ve idari yargının görev almasında harcanacak emek, masraf ve zaman açısından bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılabilir. Daha az emek, masraf ve zamanla bankaların iflasının tasfiyesinin gerçekleştirilmesi kanun koyucu tarafından amaçlandığı için TMSF'ye o kadar geniş yetkiler verilmiştir. Bu sebeple kanun koyucunun amacına hizmet edecekse, İsviçre Bankacılık Kanunu'nda yer alan hükme benzer bir düzenleme getirilebilir ve idari yargı devreye sokulabilir. Bu

¹⁵⁴ İsviçre'de tam olarak sistem bu şekilde işlemektedir (Jaeger ve Hautle, "Bankenkonskurs und Einlagensicherung," 396; Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 505; Guggenbühl ve Essebier, "Bankenkonskurs und Einlagensicherung," 377-378; Emmenegger ve Kurzbein, "Rollenverteilung und Rechtsschutz," 515.).

durumu şikâyet kurumu, sıra cetveline itiraz davası ve iflasta istihkak davası açısından ayrı ayrı değerlendirerek bir sonuca varılabilir:

Şikâyet açısından değerlendirildiğinde: Şikâyet prosedüründe karar verici makam olan icra mahkemesi de esas itibarıyla (basit yargılama usulüne göre) genelde evrak üzerinden inceleme yaparak (her ne kadar uygulama bu yönde olmasa da) en geç on gün içinde karar vermektedir. Görüldüğü üzere şikâyet yargılamasının adli yargıda icra mahkemesinde görülmesi ile idari yargıda iptal davası şeklinde idare mahkemesi arasında emek, masraf ve zaman açısından bir fark bulunmamaktadır; hatta bu konuda özel görevli mahkeme olması sebebiyle şikâyetin icra mahkemesinde görülüp karara bağlanması bankaların iflasında da faydalı olacaktır. İsviçre hukukunda iflas idare memurlarının paraya çevirme işlemlerine karşı şikâyet yoluna gidilebileceği ifade dilmektedir¹⁵⁵.

Sıra cetveline itiraz davasında ve üçüncü kişilerin açacağı hacizde istihkak davaları bağlamında durum değerlendirildiğinde: İİK hükümleri çerçevesinde anılan davaların adli yargıda görüleceği; yani sıra cetveline itiraz davası, asliye ticaret mahkemesinde (İİK m. 235/1) açıkça düzenleme altına alınmıştır. İİK hükümleri çerçevesinde de alacaklılar alacaklarına kavuşmak için alacaklı özerkliği ilkesi çerçevesinde tasfiyenin gerçekleşmesinde aktif konumda bulunmaktadır. Bu tasfiye de alacaklıların da amacı bir an önce müflisin tasfiyesini gerçekleştirmek ve alacaklarını tahsil etmektir; aksi düşünülemez. Bankaların iflasında sıra cetveline itiraz davası ve iflasta istihkak davasında hangi yargı kolunun görevli olacağına ilişkin olarak ne Bankacılık Kanunu'nda ne de Yönetmelik'te özel bir düzenleme bulunmamakta; ancak iflasta İİK hükümlerinin de uygulanabileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Dolayısıyla bankaların iflasında anılan davalar bakımından da adli yargının görevli olabileceği söylenebilir. İsviçre hukukunda bu husus açıkça düzenlenmiş ve sıra cetveline muhâlefet edilmesi hâlinde bunun, SchKG Art. 250 hükümleri çerçevesinde mahkemede sıra cetveline itiraz dava açılarak çözüleceği düzenlenmektedir (BIV-FINMA Art. 30).

¹⁵⁵ Jaeger ve Hautle, "Bankenkonzurs und Einlagensicherung," 396; Lorandi, "Bankengesetzliches Insolvenzrecht," 505; Guggenbühl ve Essebier, "Bankenkonzurs und Einlagensicherung," 377-378; Emmenegger ve Kurzbein, "Rollenverteilung und Rechtsschutz," 515.

TMSF'nin özel, ayrıcalıklı durumuna ilişkin yukarıdaki başlıklarda yer verdiğimiz açıklamalar ışığında söz konusu davaların idari yargıda görülmesi emek, masraf ve zaman açısından fayda sağlayıp sağlamayacağının değerlendirilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, TMSF'nin ve iflas idaresinin idari birer makam olarak kabul edilmesi ve devamında sıra cetveline itiraz ve iflasta istihkak davalarının da idari yargı görüleceği kabul etmenin herhangi bir faydası olup olmayacağının üzerinde durulması gerekir.

Sıra cetveline itiraz davası ve iflasta istihkak davaları iflas hukukuna özgü davalardır. İdari yargı iptal davası ve tam yargı davalarının görüldüğü yargı koludur. Tam yargı davaları tazminat¹⁵⁶ veya istirdat davası¹⁵⁷ niteliğinde olan hakların ihlali sebebiyle idarenin sorumluluğunu doğuran idari yargıda idareye karşı açılan davalardır. İptal davası idarenin, idari işlem vasıtasıyla hukuk düzeninde veya kişilerin hukuki statüsünde ortaya çıkardığı hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmaktadır¹⁵⁸. İdari yargıda davanın açılmasının, yürütülmesinin ve özellikle delillerin toplanmasının, adli yargıdan farklılaşan yönleri bulunmaktadır. Örneğin adli yargı içerisinde yer alan medeni yargıda esas itibarıyla dava malzemesinin toplanmasında taraflarca getirilme ilkesi işlerlik kazanırken idari yargı da resen araştırma ilkesi¹⁵⁹ geçerlidir. İdari yargıda idare mahkemesi, tarafların gösterdiği vakıa ve delillerle bağlı olmaksızın kendisi resen vakıa ve delil toplayabilmektedir. Bu yönü itibarıyla idari yargı tercih edilebilir. Ancak adli-medeni yargı bağlamında davayı kazanmak isteyen taraf da kazanmak için talep sonucunu haklı kılacak bütün vakıaları ve bunların ispat aracı olan delilleri dilekçelerinde gösterecektir. Dolayısıyla resen araştırma ilkesinin bu tür davalarda işlerlik kazanması esaslı bir farklılık oluşturmayacaktır.

Öte yandan sıra cetveline itiraz davası ve iflasta istihkak davası maddi hukuk temelli değerlendirme ve irdeleme gerektirdiği ve bu durum da özel hukuka ait olduğu için adli-medeni yargının anılan davalar bağlamında görevli olması isabetli olacaktır. Yine idari yargıda idare mahkemelerinin

¹⁵⁶ Ragıp Sarıca, *İdari Kaza – Cilt:1 İdari Davalar* (Kenan Matbaası, 1949), 136.

¹⁵⁷ Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 267.

¹⁵⁸ Karahanoğulları, *İdari Yargı*, 224.

¹⁵⁹ Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 347; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 74; Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2*, 463; Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 78; Karahanoğulları, *İdari Yargı*, 570; Turan Yıldırım, *İdari Yargı* (Beta Yayınları, 2008), 427.

söz konusu davalarda görevli kılınması, yarardan çok zarara da sebep olabilir; zira bir mahkemenin tümüyle yabancı olduğu bir konuda, zamanında ve adalete uygun karar vermesini beklemek zordur. Sıra cetveli itiraz davası ve iflasta istihkak davasında idare mahkemesinin görev alması demek, davanın muhtemel zamanında önce sonuçlanmaması; yani çok daha uzun bir süre alması anlamına gelmektedir. Zira idare mahkemesi öncelikli olarak bu tür davaların hukuki niteliği ve esastan yargılamasının hangi mevzuat çerçevesinde yapılacağını, nasıl çözümlenmesi gerektiğini araştırarak ve sonrasında yargılamayı yürütüp karara bağlayacaktır. Ülkemizde hâkim ve savcıların kadro teminatının bulunmaması sebebiyle, bir ceza hâkimi hukuk mahkemesine tayin edilmekte ve oradaki dava işleri karara bağlaması beklenmekte; ancak bu şekilde görevlendirilen çoğu hâkimin atandığı yeni mahkemedeki ilk duruşmalara, duruşmalardan önce ya mazeret bildirerek ya da izin alarak katılmamaktadır. Zira uzun yıllar ceza hâkimliği yaptıktan sonra özel hukuk mahkemelerinde görev yapmak hâkimler için büyük zorluk oluşturmaktadır. Benzer durum, itirazın kaldırılması davasının ve istihkak davasının idari yargıda bakılmasında da olacaktır. Dolayısıyla davalar emek, masraf ve zamandan tasarruf edilmiş, yani usul ekonomisine ve adil yargılanma hakkına uygun olarak görülüp karar bağlanmış olmayacaktır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında esas olarak özel hukuka tabi ve adli yargının uzmanlık alanına¹⁶⁰ giren bir davanın idari yargı alanına dahil edilmesi yarardan çok zarar getirecektir.

¹⁶⁰ İflasta sıra cetveline itiraz davasında asliye ticaret mahkemesi ve iflasta istihkak davasında icra mahkemesi uzman mahkeme niteliğindedir. Fakat bu önermeye karşı şu söylenebilir: Ülkemizde iflas takip ve davalarının oranına bakıldığında bu konuda herhangi bir mahkemenin uzman kimliğinin bulunduğu söylemek güçtür. Hatta, UM'nin son zamanlarda sıra cetveline itiraz davasında idari yargının görevli olacağına karar vermesi ve idare mahkemelerinin sayıca çok az da olsa bu davalara bakıyor olması, onların da esasında uzmanlaşabileceği fikrini akla getirebilir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere, anılan davalar kökeni itibarıyla maddi özel hukuka tabi ve adli-medeni yargıdaki mahkemeler bu konuda uzman mahkemelerdir. Özel hukuk mahkemelerinin hangisinde olursa olsun görev yapmış olan bir hâkim, özellikle istihkak davası bağlamında tecrübesiz ve bilgisiz sayılamaz. Az da olsa ülkemizde iflas davaları ve takipleri mümkün olmakta ve asliye ticaret mahkemeleri de sıra cetveline itiraz davası bağlamında uzman kimliğe sahiptir. Hacizde düzenlenecek sıra cetvelinde de görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 360). Hacizde istihkak davasında da görevli mahkeme icra mahkemesidir (İİK m. 97, 99). Görüldüğü üzere, icra takibinde de bu davaların görüleceği yargı kolu adli yargı ve adli yargı içerisinde medeni yargıdaki mahkemeler görevlidir. Bu durum bile

Sıra cetveline itiraz davasında asliye ticaret mahkemesinde ve iflasta istihkak davasında icra mahkemesinde uygulanacak yargılama usulü basit yargılama usulüdür. Bu sebeple, diğer hususlar göz ardı edilse bile davaların idari yargıda görülmesinin zamansal açıdan pek bir önemi de bulunmamaktadır.

Bankacılık Kanunu m. 142 uyarınca banaların iflasında TMSF veya iflas idaresinin açacağı davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağı; hatta birden fazla ticaret mahkemesi olması halinde 1 ve 2 numaralı asliye ticaret mahkemesinin bakacağı yönündeki düzenleme de aslında asliye ticaret mahkemesinin bankaların iflasında ayrıca uzman mahkeme olarak düzenlendiğini göstermektedir. Bu sebeple sıra cetveline itiraz davasında adli yargının ve dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerekir.

İflas idaresi memurlarının sorumluluğu noktasında Bankacılık Kanunu'nda özel düzenleme yapılması ve TMSF'ye dava açılacak olması hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir (Bankacılık K. m. 127/6). İİK hükümleri çerçevesinde atanacak iflas idare memurları alacaklılar tarafından seçilmekte ve hatta alacaklılar da gerekli nitelikleri sağlaması hâlinde iflas idaresinde yer alabilmektedir. Bu kapsamda tümüyle alacaklı özerkliği çerçevesinde işlem yapıldığı için sorumluluğu noktasında açılacak davalarda kendilerine karşı dava açılması hususu İİK da düzenlenmektedir. Ancak İİK kapmasında iflas idare memurlarının sorumluluğu noktasında bile Devlete karşı değil de bizzat memurlara karşı dava açılması haklı olarak doktrinde eleştirilmektedir¹⁶¹. Bankaların iflasında temel görev ve yetki TMSF'ye verilmekle birlikte, oluşturulacak iflas idaresinin üyelerini belirleme yetkisi de aday göstermek suretiyle (dolaylı olarak) kendisine verilmiştir. Hatta uygulama, iflas idare memurluğu için TMSF kendi personeli arasında aday göstermektedir. Yine iflas idaresi memurları, kamu idaresi olarak TMSF tarafında gösterilen adaylar arasından, adalet hizmetleri bütünü içerisinde adli yargı teşkilatında (medeni yargıda) görev alan ve adli hizmet yerine getiren icra mahkemesi tarafından seçilmektedir. Bakıldığında iflas idaresinin oluşturulmasında alacaklılar değil hem aday gösterilmesinde hem

söz konusu davaların adli-medeni yargı görevli mahkemelerce görülüp karar bağlanmasının bir gerekçesi olabilir.

¹⁶¹ Bu konuda bkz. Oruç, *İflas İdaresi*, 284-287.

de seçilmesinde bizzat Devlet'in (TMSF, icra mahkemesi ile) görev aldığı söylenebilir. Bu kapsamda iflas idaresi memurlarına karşı açılacak sorumluluk davasında Devlet'in bir kurumu olan ve kamu tüzel kişiliği bulunan TMSF'ye açılması isabetlidir¹⁶² ¹⁶³. Doktrinde iflas idare memurlarının tasfiye görevleri sırasında esas itibarıyla TMSF'nin kararları (yönlendirmesi) çerçevesinde hareket etmeleri ve teknik ifadeyle iflas idaresi sıfatının kanunen TMSF'ye ait olduğu gerekisiyle ¹⁶⁴ sorumluluk davasının TMSF'ye karşı açıldığı ileri sürülmektedir. Bu görüş İİK m. 227/3 ve Bankacılık K. m. 106/5 çerçevesinde yerinde görülebilir. Zira Bankacılık K. m. 106/5 uyarında TMSF iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresinin, kanundaki istisnalar haricinde görev ve yetkilerine sahiptir. Ayrı bir iflas idaresinin bulunmaması¹⁶⁵ hâlinde de bankaların tasfiyesin TMSF iflas idaresi olarak görev yapacaktır ve iflas idaresi olarak TMSF'nin kusuru ile verdiği zararlardan dolayı davada, İİK m. 227/3 hükmü uyarınca bizzat

¹⁶² TMSF'nin mallarının Devlet malı hükmünde olduğu da açıkça düzenlenmektedir (Bankacılık K. m. 111/7).

¹⁶³ Ancak TMSF'ye karşı açılacak olan bu davanın hangi yargı kolunda açılacağına ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle icra ve iflas dairesi görevlilerine ve onlarla aynı hükümlere tabi tutulanlara karşı açılacak sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceğine ilişkin olarak İİK m. 5 hükmüne benzer bir hüküm Bankacılık Kanunu'nda bulunmamaktadır. TMSF'nin ve iflas idaresinin dava açmasında asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağına ilişkin düzenleme Bankacılık K. m. 142'de bulunmakta ve fakat onlara karşı dava açılması hâlinde hangi yargı kolunun ve mahkemenin görevli olacağı noktasında bir hüküm bulunmamaktadır. TMSF bir kamu idaresi olması ve iflas idaresi memurlarının kusurundan dolayı kendisine karşı dava açılması söz konusu olmakta; İİK m. 5 'de yer alan adli yargının görevli olacağı yönünde açık bir düzenleme olmaması nedeniyle işlerlik kazanacak yargı kolunun idari yargı olması gerektiği kanaatindeyiz. Zaten, İİK m. 5'te açık düzenleme olmasaydı adalet hizmetleri bütünü içinde yer yer alan "adli hizmet" yerine getiren personelin sorumluluğu noktasında, hizmet kusuru sebebiyle açılacak davanın idari yargıda açılması gerekirdi. Bir tarafın idare ve diğer tarafın özel hukuk kişisinin oluşturduğu uyumsuzluklarda, idare özel hukuk kişisi ile aynı statüde değil ve özel bir düzenleme yoksa, davalının idare olmasında açılacak davada idari yargı görevli olacaktır. Bu sebeple iflas idare memurlarının kusurlarından dolayı alacaklıların TMSF aleyhine açacakları davada, TMSF ile diğer alacaklılar aynı statüde değil ve özel bir kanun hükmü de bulunmadığı için idari yargı kolu işlerlik kazanacağı kanaatindeyiz (Aksi görüş için bkz. Tunç-Yücel ve Kale, "İflas Tasfiyesi," 80-81)

¹⁶⁴ Yılmaz, "Banka Tasfiyesi," 182; Tunç-Yücel ve Kale, "İflas Tasfiyesi," 80.

¹⁶⁵ Bu görüş, TMSF'nin asıl alacaklı olması ve alacaklılar toplantısı yetkisine de sahip olması nedeniyle, kanun koyucunun ayrı bir iflas idaresi seçilmesine gerek olmadığı düşüncesiyle iflas idare yetkilerini de TMSF'ye verdiğini ileri sürmektedir (Yılmaz, "Banka Tasfiyesi," 179).

iflas idaresi olan TMSF'ye açılacaktır. Zira İİK m. 227/3 uyarınca sorumluluk davası bizzat iflas idare memurlarına atanmaktadır. Bu görüşe, ayrı bir iflas idaresinin bulunması sebebiyle¹⁶⁶ ve hemen yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle katılmamaktayız.

İflas idaresinin görevi, işlemlerinin denetimi bağlamında ortaya çıkacak bu sorunların aşılması için Bankacılık Kanunu'nda özel düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda Bankacılık Kanunu'nda hüküm olmayan hâllerde İİK'nın konuya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı yönünde bir düzenleme yapılması sorunları ortadan kaldıracaktır.

Sonuç itibarıyla Bankacılık Kanunu'nda her ne kadar TMSF'nin iflas idaresi görev ve yetkilerine sahip olduğu ifade edilse de anılan hüküm Yönetmelik hükmü ile açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmelik hükmüne göre de iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkileri, TMSF Tasfiye Daire Başkanlığınca yerine getirilecek olup, iflas idare memurlarının seçiminden sonra ise Tasfiye Daire Başkanlığının görev ve yetkisi, iflas dairesi ve alacaklılar toplantısı yetki ve görevi ile sınırlı olacaktır. Dolayısıyla tasfiye esas itibarıyla iflas idare memurları aracılığıyla yerine getirilecektir. Yani iflas idaresi görev ve yetkileri, TMSF değil, onun da katılımıyla oluşturulan iflas idaresi memurlarına ait olacaktır. İflas idaresinin görevi, işlem veya kararlarının denetimi bağlamında Bankacılık Kanunu ve Yönetmelik hükümleri dışında İİK hükümlerinin uygulanacağı kanaatindeyiz; ancak sorun ortaya çıkmaması için Bankacılık Kanunu'nda özel düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

SONUÇ

Bankaların iflasında Bankacılık Kanunu ve ilgili yönetmelikler TMSF'ye özel ve ayrıcalıklı görev ve yetkiler tayin etmiştir. TMSF bu görev ve yetkileri öncelikli olarak Bankacılık Kanunu ve Yönetmeliği, açık atıf veya zımni atıf yapılan hâllerde İİK hükümleri uyarınca kullanacaktır. TMSF bankaların iflası bağlamında, faaliyet izni kaldırılan ve yönetimi kendisine devredilen bankalarla ilgili iflas talebinde kendisi bulunacaktır; sigorta kapsamındaki mevduat ve fonları ödeyerek, iflas tasfiyesinde hâkim alacaklı olacaktır. Bankaların iflasını ekonomideki yeri ve önemi, tasfiye edilecek malvarlığının büyüklüğü ve çeşitliliği sebepleriyle kanun koyucu

¹⁶⁶ Bkz. yuk. III-B.

TMSF'ye önemli görev ve yetkiler vermiştir. Bu çerçevede TMSF iflas dairesi, alacaklılar toplanması ve iflas idaresinin görevlerine sahip olacaktır. Ancak iflas idaresi bağlamında TMSF'ye verilen görevin bizzat TMSF tarafından mı yoksa ayrıca bir iflas idaresi tarafından mı yerine getirileceği noktasında tereddüt oluşmaktadır. Kanaatimizce bankaların iflas tasfiyesinde, ayrıca oluşturulacak iflas idaresi TMSF'nin gözetiminde işlemlerini tesis edecek ve bunlara karşı Bankacılık Kanunu, Yönetmelik ve İİK hükümleri çerçevesinde öngörülen hukuksal çarelere başvurulacaktır. Bir başka ifadeyle, bankaların iflasında görev alacak iflas idaresinin işlemlerine karşı şikâyet yoluna gidilebilir; alacakların tespiti ve incelenmesi noktasında vereceği kararlara karşı: 1-Sıra cetveline itiraz davası kayıt kabul ya da kayıt sildirme davası açılabilir. 2- İstihkak iddialarına karşı verdiği ret kararlarına karşı da iflasta istihkak davası açılabilir.

Sonuç itibariyle yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle bankaların iflasında oluşturulan iflas idaresinin işlemlerine karşı şikâyet yolun icra mahkemesine gidilir; sıra cetveline itiraz davası asliye ticaret mahkemesinde, iflasta istihkak davası da icra mahkemesinde açılır. Yani iflas idaresinin işlemlerinin denetlenmesi adli yargı kolunda yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Albayrak, Hakan. “Bankaların İflası.” *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 24 (2008): 57-91.
- Altay, Sümer. *Türk İflas Hukuku C. 2*. Vedat Kitapçılık, 2004.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*. Güzel Sanatlar Matbaası, 1965.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflas Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2023.
- Aşık, İbrahim, Yakup Oruç, Ozan Tok, Ömer Faruk Saçar ve Recep Aşit. *İcra ve İflas Hukuku*. Seçkin Yayınları, 2024.
- Aşık, İbrahim. “İflas Tasfiyesinde Geçici Dağıtma.” *MÜHF Hukuki Araştırmalar Dergisi* 24, no. 1 (2018): 270-295, <https://doi.org/10.33433/maruhad.445669>.
- Atalay, Oğuz. “Bankaların İflas Sebepleri ve İflas Davası.” *İzmir Barosu Dergisi*, no. 2 (1997): 89-128.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflas Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2024.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2012.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Bahadır, Zeynep. “İflasta İkinci Alacaklılar Toplantısı Bakımından Alacaklı Özerkliği ve Sınırları.” *AndHD* 10, no. 2 (Temmuz 2024): 389-414, <https://doi.org/10.54699/andhd.1473560>.
- Bahçeci, Barış. “İflas İdaresinin Kamu Alacağının İflas Masasına Kaydını Reddetmesi Sorunu.” *AÜHFD* 64, no. 4 (2015): 975-1014, https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001797.
- Bellanger, François. “Les Aspects Formels de la Décision.” İçinde *Les Grands Principes de la Procédure Administrative*, editör Frédéric Bernard et François Bellanger. Schulthess Éditions, 2023.
- Berkin, Necmeddin M. “İflas İdaresi ve İflas İdaresi Memurlarının Vazifeleri.” *İÜHFD* 22, no.1-4 (1957): 150-166
- Berkin, Necmeddin M. *İflas Hukuku*. Hamle Matbaası, 1966.
- Bovet, Christian. “Les Autorités de Surveillance et de Régulation.” İçinde *Les Autorités Administratives Indépendantes*, editör Bellanger François ve Thierry Tanquerel. Schulthess Éditions, 2011.
- Chapus, René. *Droit Administrative General C.I.* Montchrestien, 2001.

- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. *İcra Dairesi Kararı*. Ekin Yayınevi, 2017.
- Darendeli, Vahap. *Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatları Işığında Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar*. Yetkin Yayınevi, 2004.
- Deynekli, Adnan. “Bankaların İflasında İflas İdaresinin Yargısal Denetimi.” İçinde *Haluk Konuralp Anasına Armağan C. II*, editör Osman Berat Gürzumar. Yetkin Yayınları, 2009.
- Duran, Lütfi. “Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihatlarına Göre Selbi Vazife İhtilafı.” *İÜHFM* 16, no. 3-4 (1950): 688-717.
- Egli, Albert. *Die Einwirkung des Gläubigerelements auf die Organisation und Durchführung des Konkursverfahrens nach erfolgter Konkurseröffnung im schweizerischen Recht*. Diss., 1942.
- Emmenegger, Susan ve Regula Kurzbein. “Rollenverteilung und Rechtsschutz in der Bankeninsolvenz.” *SZW*, no. 509 (2013): 509-518.
- Erdönmez, Güray. *İflasta Alacaklılar Toplanması ve Yetkileri*. Legal Yayıncılık, 2005.
- Erkut, Celal. *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*. Danıştay Yayınları, 2015.
- Favre, Anne-Christine. “Le Droit à Une Décision.” İçinde *Les Grands Principes de la Procédure Administrative*, editör Frédéric Bernard et François Bellanger. Schulthess Éditions, 2023.
- Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. Der Yayınları, 2013.
- Gördün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflas Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2023.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.I*. Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetmelik Yargı*. Turhan Kitabevi, 2013.
- Guggenbühl, Markus ve Jana Essebier. “Bankenkongress und Einlagensicherung Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick.” *SJZ* 102, (2006): 373-383.
- Günday, Metin. “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları.” *Anayasa Yargısı* 14, (1997): 347-358.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. İmaj Yayınevi, 2013.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2022.

- Güneş, Derya Belgin. “Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Işığında Bankaların İflasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Düzenlenen Sıra Cetveline İtiraz Davasının Görüleceği Yargı Yolu.” *MEFHFD* 3, no. 1 (2023): 95-110.
- Hänzi, Brigit. *Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht Beitrag zur Bestimmung ihrer Rechtsstellung und kurze Darstellung ihres Aufgabenbereiches*. Schulthess Juristische Medien, 1979.
- Höfliger, Martin. *Die Ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG*. Diss., 1987.
- İnanç, Mehmet. *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri*. On İki Levha Yayınları, 2018.
- Jaeger, Raphael ve Thomas Hautle. “Bankenkonskurs und Einlagensicherung in der Schweiz.” *AJP*, no. 395 (2009): 395-404.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. Ekin Yayınevi, 2022.
- Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması*. Turhan Kitabevi, 2019.
- Korkmaz, Ramazan. “Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İflas İdare Memurunun Seçimi ve Görevlendirilmesi.” *AkdHFD* 14, no. 1, (2024): 361-399, <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1443290>.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *İcra ve İflas Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2014.
- Kuru, Baki. “İcra Tutanakları (Zabıtları).” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5 (1975): 643-655.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku Cilt 4*. Alfa Yayınları, 1997.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Yetkin Yayınları, 2013.
- Kuru, Baki. *İstinaf sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*. Legal Yayınları, 2016.
- Lorandi, Franco. “Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede.” *SZW*, no. 497 (2013): 497-508.
- Maggetti, Martino. “Le Changement Institutionnel et l’Évolution de l’État Régulateur: L’exemple Suisse.” *Revue Internationale des Sciences Administratives* 80, no. 2 (2014): 281-303.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku Cilt II*. Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku Esasları*. Adalet Yayınevi, 2015.

- Muşul, Tımuçin. *İflas ve Konkordato Hukuku*. Adalet Yayınevi, 2019.
- Oruç, Yakup. *İflas İdaresi*. Seçkin Yayınları, 2019.
- Özkol, Adil. “Yeni Bir Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun Gerekliliği.” *AÜHFD* 28, no. 1 (1971): 77-90.
- Pekcanıtez, Hakan ve Güray Erdönmez. “Bankacılık Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.” *Bankacılar Dergisi*, no. 55 (2005): 25-44.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin-Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*. On İki Levha Yayıncılık 2024.
- Plessix, Benoît. *Droit Administratif Général*. Lexis-Nexis, 2020.
- Reisoğlu, Seza. *Bankacılık Kanunu Şerhi C. II. Yaklaşım Yayınları*, 2015.
- Sarıca, Ragıp. *İdari Kaza – Cilt:1 İdari Davalar*. Kenan Matbaası, 1949.
- Sayıştay Başkanlığı. “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 2023 yılı Sayıştay Düzenlilik Denetim Raporu.” Erişim Kasım 11, 2024. <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/JzgPOzqoAp-tasarruf-mevduati-sigorta-fonu>.
- Seiller, Bertrand. *Droit Administratif*. Flammarion, 2018.
- Sprecher, Thomas. *Der Glaubigerausschuss im Schweizerischen Konkursverfahren un im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung*. Schulthess Juristische Medien, 2003.
- Stöckli, Andreas. “La Surveillance Politique des Autorités Indépendantes de Régulation en Suisse.” *Revue Française d’Administration Publique*, no. 160 (2016): 1241-1256.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Turhan Kitabevi, 2013.
- Tandoğan-Özbaykal, Nagihan. *Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları*. Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Tekinalp, Ünal. *Fondaki Bankanın Hukuku*. Lebib Yalkın Yayınları, 2003.
- Thoma, Calr-Friedrich. *Insolvenzrechtliche Glaubigerautonomie im Glaubigerausschuss*. Ducker&Humblot Verlag 2019.
- Tunç-Yücel, Müjgan ve Serdar Kale. “Fona Devredilen Bankanın İflas Tasfiyesi.” *İMÜHFD* 3, no. 1 (Bahar 2016): 71-83.
- Ulusoy, Ali. *İdari Yargılama Hukuku*. Yetkin Yayınları, 2022.
- Üstündağ, Saim. *İflas Hukuku*. Yaylacık Matbaacılık, 2009.

- Wettstein, Siegfried. *Die Konkursverwaltung Nach schweizerischem Recht*. Diss., 1935.
- Wyss, Claudia. *Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren*. Schulthess Juristische Medien, 2013.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. Beta Yayınevi, 2010.
- Yıldırım, Kamil ve Nevhis Deren-Yıldırım. *İcra ve İflas Hukuku*. Beta Yayınevi, 2021.
- Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*. Beta Yayınları, 2008.
- Yılmaz, Ejder. “Banka Tasfiyelerinde İflas İdaresi.” *Batider* 24, no. 2 (2007): 175-185.
- Yılmaz, Ejder. “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Yetkilerinin Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.” *Prof. Dr. Erden KUNTALP’e Armağan Cilt 1 - Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2004): 69-104
- Yılmaz, Ejder. *İflas İdaresi*. Sevinç Matbaası, 1976.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku Cilt 2*. Yetkin Yayınları, 2012.

**GENEL HAFTA TATİLİNİN ÖZEL HUKUK
SÜRELERİNE ETKİLERİ ÇERÇEVESİNDE
LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI'NIN 43 VE 45'İNCİ
MADDELERİNİN ARKA PLANI ÜZERİNE
DÜŞÜNCELER**

*Reflections on the Background of Articles 43 and 45 of the Lausanne
Peace Treaty within the Framework of the Effects of the General
Weekly Holiday on Private Law Periods*

Özlem TÜZÜNER*

ÖZET

Lozan Barış Antlaşması'nın 43 ve 45'inci maddeleri uyarınca, anlaşılan devletler bünyelerindeki azınlıkları dinlerine aykırı davranmaya zorlayamaz ve onlara haftalık dinî tatil (dinlenme) günü kolaylığı tanır. Haftalık dinî dinlenme günü, Hristiyanlıkta pazar, Yahudilikte cumartesi gününe denk gelir. Oysa İslâmiyet, tam gün hafta tatili getirmez. Cuma öğlen namazının cemaatle kılınması kural olarak erkek Müslümanlara farzdır. Bu toplu ibadetten sonra ticaretle meşguliyet mübahtır. Şimdi olduğu gibi 1920'lerde de Hristiyanlık Dünyadaki en kalabalık dindi, Yahudilik parayla yakın ilişkiydi; genel hafta tatili, bazı İslâm ülkeleri dışında ekseriyetle (cumartesi ve/veya) pazardı. Türkiye'de genel hafta tatili, 1924'te cuma belirlenmiş; 1935'te cumadan (cumartesi öğleden sonra başlamak üzere) pazara alınmış; 1981'de ise 1935'teki düzenleme yinelenmiştir. Türkiye'nin modernleşme gündemi Lozan Barış Antlaşması görüşmelerinden önce aşağı yukarı planlanmıştı. Büyük ihtimalle, 43 ve 45'inci maddeler, Lozan görüşmelerini yönetmiş Türk

Makale Geliş Tarihi / Date Received: 02.12.2024

Makale Kabul Tarihi / Date Accepted: 04.02.2025

* Prof. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ozlemtuzuner@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5575-3400>, ROR ID: <https://ror.org/05nz37n09>.

diplomatların bilinçli hukukî hamlelerindendi; bu diplomatik ileri görüşlülük, Türkiye'yi dünyadaki iktisadî nizama uyumlama isteğinden kaynaklanıyordu; yakın gelecekte, genel hafta tatilini cumadan pazara almak, devlet dairelerini cuma günleri çalıştırmak ve cumartesi-pazar günleri kapatmak zaten kararlaştırılmıştı. Böylece, Lozan'daki haftalık dinî tatil günü kolaylığının, Türkiye'deki azınlıklar açısından pek yakında işlevsizleşeceği; buna karşılık, Yunanistan'daki (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerindeki) Türk Müslümanların cuma öğlen namazı haklarını garantilemeyi sürdüreceği öngörülmüyordu.

Anahtar Kelimeler: Lozan Barış Antlaşması'nın 43 ve 45'inci maddeleri, haftalık dinî tatil (dinlenme) günü, haftalık dinî tatil (dinlenme) günü kolaylığı, genel hafta tatili, diplomatik ileri görüşlülük

ABSTRACT

Pursuant to Articles 43 and 45 of the Lausanne Treaty, the contracting states shall grant them easement of weekly religious holidays. The weekly religious holiday falls on Sunday in Christianity and Saturday in Judaism. Islam does not introduce a full-day weekly rest. As a rule, for male Muslims, Friday midday prayers in congregation are obligatory. In the 1920s, as now, Christianity was the most populous religion in the world, Judaism was closely associated with money, and the general weekly holiday was usually (Saturday and/or) Sunday. In Türkiye, the general weekly holiday was set on Friday in 1924; in 1935, it was changed from Friday (starting on Saturday afternoon) to Sunday; and in 1981, the 1935 legislation was reiterated. Türkiye's modernization agenda was planned before the Lausanne Peace Treaty negotiations. Most probably, Articles 43 and 45 were conscious legal moves by the Turkish diplomats who had led the Lausanne negotiations; this diplomatic farsightedness stemmed from the desire to adapt Türkiye to world economic order; soon, it had already been decided to change the general weekly holiday from Friday to Sunday. It had been envisaged that the easement of weekly religious holidays in Lausanne would soon become obsolete for minorities in Türkiye.

Keywords: Articles 43 and 45 of the Lausanne Peace Treaty, weekly religious holiday, easement of weekly religious holidays, general weekly holiday, diplomatic farsightedness

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurtuluş ve kuruluş tarihinde, Mondros Ateşkes, Sevr ve Lozan Barış antlaşmalarının önemleri yadsınamaz¹. “Sevr’in

¹ 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması hakkında bakınız: “Convention concernant le Régime des Droits, signée à Lausanne le 24 juillet 1923,” Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs, erişim 3 Eylül, 2024, <https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/MultilateralConventions/lozan-baris-antlasmasi.pdf>; “Lausanne Peace Treaty,” Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs, erişim 3 Eylül, 2024, https://www.mfa.gov.tr/lausanne-peace-treaty-part-i_-political-clauses.en.mfa; “Lozan Barış Antlaşması Tam Metni,” İsmet İnönü Vakfı, erişim 14 Ağustos, 2024, <https://www.ismetinonu.org.tr/lozan-baris-antlasmasi-tam-metni/>; “340 Sayılı Lozan Sulh Muahedemesinin Kabulüne Dair Kanunlar (Resmî Gazete: 10.9.1923/22),” Türkiye Büyük Millet Meclisi, erişim 14 Ağustos, 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.340.pdf>; https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf; ayrıca bakınız: Mesut Hakkı Caşın, “Lozan Antlaşması Bağlamında Türk Dış Politikası ve Güvenlik Politikası,” içinde *Lozan Barış Antlaşması’nın 100. Yılına Armağan*, ed. Tülay Âlim Baran (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2023), 141-150; Önay Alpago, “Lozan Barış Antlaşması’nın Önemi,” içinde *Lozan Barış Antlaşması’nın 100. Yılına Armağan*, ed. Tülay Âlim Baran (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2023), 201-206; Fuat İnce, “Lozan Barış Antlaşması ve Ege Adaları,” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 53 (2013): 110-112, 124; Tahir Kodal, “Lozan Barış Antlaşması ve Türk Kamuoyu,” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 22, sy. 64-65-66 (2006): 216-220; Turgay Cin, “Yunanistan’daki Azınlıklar ve Bunların Hukukî Durumları,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2014): 4052, 4070, 4073; Turgay Cin, “Yunanistan’daki Müslüman Türk Azınlığın Eğitim ve Öğretimine İlişkin Hukukî Düzenlemeler,” *Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi* 2, sy. 1 (2011): 2, 4-10; Seydi Vakkas Toprak, “Lozan Antlaşması’nın İmzalanması ve Onaylanmasının Tanin Gazetesindeki Yankıları,” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, sy. 93 (Bahar 2016): 3. 10 Ağustos 1920 tarihli Sevr Antlaşması hakkında bakınız: Nihat Erim, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953), 525-691; İsmet İnönü, “İstiklâl Savaşı ve Lozan,” *Belleten* 33, sy. 149 (1974): 1, 2, 15, 16; Bayram Kodaman, “Lozan Antlaşması Hakkında Bir Değerlendirme (24 Temmuz 1923),” *On Dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi* 4, sy. 1 (1989): 6, 8; Ahmet Gülen, “Demokrat Parti Döneminde Lozan Algısı,” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 53 (2013): 78; Afet İnan, “Türk İstiklâli ve Lozan Muahedesi,” *Belleten* 2, sy. 7/8 (1938): 278, 279, 286, 287; Suphi Nuri, “Sévres ve Lausanne Muahedesinin Tarihçesi ve Hükümleri,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10, sy. 61 (1933): 133-149; Mevlüt Çelebi, “90. Yılında Lozan Barış Antlaşması,” *Tarih İncelemeleri Dergisi* 28, sy. 1 (2013): 1, 2; İsmet Giritli, “Lozan Antlaşması’nın 70. Yıldönümünün Ardından,” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 9, sy. 27 (1994): 473, 474, 477, 478; Sadık Tural, “Türkiye Cumhuriyeti’nin Tapu Tescil Antlaşması: Lozan,” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 19, sy. 55 (2003): 6, 7; Çağdaş Yüksel, “Lozan

öngördüğü sömürge düzenine razı olmayan Türk Milleti, bağımsızlık hedefine ulaşmak için ölüm kalım savaşı vermiştir. Lozan'da, askerî zaferini, siyasî zaferle taçlandırmıştır"². “Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra İngiltere’nin desteğiyle ülkeyi işgal etmiş Yunanistan’a karşı Türk milliyetçilerinin Kurtuluş Savaşı’nı kazanmasının ardından, Lozan Barış Antlaşması, savaştan sonra Osmanlı İmparatorluğu’na dayatılmış 10 Ağustos 1920 tarihli Sevr Antlaşması’nın yerini almıştır ve Ankara hükümetini Türkiye’nin temsilcisi olarak tanıtmıştır”³. Öyle ki 1922’deki görüşmelerin başlangıcında, uluslararası siyasî arenada, Türkiye’den giden diplomatların kendilerini hem Osmanlı’nın halefi hem de Ankara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti saydırmaları dahi mesele olmuştur⁴. Birinci Dünya Savaşını kaybetmiş Türkiye’nin bağımsızlık mücadelesi ve Türk ulusunun istiklâl uğruna kendini feda etmesi, Lozan barış görüşmelerinin diplomatik başarıyla sonuçlanmasını sağlamıştır. Kazanılmış en değerli utku; demokratik, laik ve sosyal devlet doğmasıdır⁵. Bunlara karşılık, Lozan Barış Antlaşması’nın eksik kaldığı,

Antlaşması İngiliz Parlamentosunda Onaylanmadan Önce Avam Kamarasında Antlaşma Hakkında Yapılan Oturumun İncelenmesi,” *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy. 50 (2022): 20, 22.

² Alpago, “Önemi,” 205; aynı yönde bakınız: Çağrı Erhan, “80. Yılında Lozan,” *Mülkiye Dergisi* 27, sy. 241 (2003): 206; İnan, “Türk İstiklâli ve Lozan Muahedesi,” 287, 288, 291; Nilgün Atıcı Köktaş ve Hakkı Büyükbaş, “Lozan Antlaşması, Dinî Azınlıklar ve Dış İlişkiler Boyutu,” *Ardahan Üniversitesi İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi* 2, sy. 3 (2016): 1; Lozan’ın Sevr paçavrasına verilen cevap olduğu yönünde bakınız: Giritli, “70. Yıldönümünün Ardından,” 477; İstiklâl Savaşı’nın 1918’den 1923’e değin beş sene devam ettiği yönünde bakınız: İnönü, “İstiklâl Savaşı ve Lozan,” 18, 27; Gülen, “Lozan Algısı,” 78, 79; Lozan Muahedesi’nin Türk bağımsızlığının arsiulusal vesikası olduğu yönünde bakınız: İnan, “Türk İstiklâli ve Lozan Muahedesi,” 279, 285. “Sèvres’den Lausanne’a, yani 1920 Ağustosundan 1923 Temmuzuna ortasına kadar geçene hemen hemen üç senelik süre içerisinde Avrupa’nın hasta adam deyimi ile tanımladığı paylaşılmalı, sömürülen devletinden genç sıhhatli Türkiye Cumhuriyeti doğdu” (Nejat Göyünç, “Sèvres’den Lausanne’a,” *Belleten* 46, sy. 183 (1982): 565.

³ Baskın Oran, “Chapter 3. The Minority Concept and Rights in Turkey: The Lausanne Peace Treaty and Current Issues,” içinde *Human Rights in Turkey*, ed. Zehra F. Kabasakal Arat (University of Pennsylvania Press, 2007), 35.

⁴ Temuçin F. Ertan ve Çağla D. Tağmat, “Understanding the Lausanne Conference on Its 100th Anniversary: A Conceptual Analysis,” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 73 (2023): 349, 350, 352, 353.

⁵ Spyridon Sfetas, “The Legacy of the Treaty of Lausanne in the Light of Greek-Turkish Relations in the Twentieth Century: Greek Perceptions of the Treaty of Lausanne,” *Balkanica*, sy. 46 (2015): 195.

Montreux ve Hatay konularının sonradan tamamlanmasının bu eksikliğe işaret ettiği; er meydanında kazanılan zaferlerin İsviçre'deki siyaset masasında kısmen kaybedildiği savunulmuştur⁶. Lozan'ın eksik sayılmasına karşı çıkanlara göre, ulus devleti yıkıp küresel güçlere teslim etmek isteyenler Lozan-Cumhuriyet etkileşimini çarpıtır. Lozan ve Cumhuriyet'e sahip çıkmak eş değerdedir⁷. Her hâlükârda, Türkiye-Yunanistan ilişkilerinde Lozan, âdeta bir totem antlaşması (*treaty-totem*) niteliğindedir. Her iki taraf da düzensiz aralıklarla karşı tarafın antlaşmayı ihlâl ettiği suçlamasında bulunur. Yüz yıl sonra bu antlaşma hâlâ iki ülke arasındaki ihtilafların merkezindedir⁸.

⁶ Gülen, "Lozan Algısı," 86-88. "Atatürk, sonraki dönemde uluslararası konjonktürde meydana gelecek gelişmeleri yakından takip ederek, Lozan'da eksik kalan ya da Türkiye'nin haksızlığa uğradığını düşündüğü konuların Türkiye lehinde sonuçlandırılması gibi bir strateji izlemiştir" (Çelebi, "90. Yılında," 3). Lozan'dan aşağı yukarı üç yıl sonra, yeni medenî kanun öylesine toplumsal uzlaşî ortamı yaratmıştır ki azınlıklar Lozan'ın 42'nci maddesindeki haklarından vazgeçmişlerdir. Laik Türk medenî hukukunu görünce kendi medenî hukuklarını oluşturma özgürlüğünden ilk feragat eden Yahudi cemaatidir (Reyhan, "Musevilerin Lozan'daki Haklarından Feragati," 6). "Türkiye'de hukuk devrimleri gerçekleştirilirken Lozan Antlaşması'na bağlı olarak, Avrupa'dan getirilen hukukçu danışmanlardan yararlanılması Lozan Antlaşması'nda Avrupalı devletlere taviz ve taahhüt verildiği eleştirisini beraberinde getirmiştir" (Erhan Taş, "Kabul sürecinde Türk Medenî Kanunu'na Yönelik Bazı Eleştiriler," *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 8, sy. 16 (2018): 649, 653-656). Bu son çalışmada, Türk Medenî Kanunu'nu hazmedemeyenlerin Lozan Barış Antlaşması'nı da eleştirmeye kalkıştıkları görülmektedir. Gelecekte daha iyi daha adil (medenî) hukuka ulaşmanın yolu geçmişî asılsız ve mesnetsiz eleştirmekten geçmez. Lozan görüşmelerinde âkit devletlere yeni medenî hukuk taahhüdü hukukten verilmemiştir, verilseydi akitte yazardı. Sadece zaten mevcut plan, daha doğrusu öngörü açıklanmış; daha sonra bu izahata uygun davranılarak zamanı gelince Türk Medenî Kanunu kanunlaştırılmıştır. O zamanki bakış açısı modernleşme, batılılaşma ve laik hukuk müktesebatı oluşturma yönündeydi. Türk Medenî Kanunu'nun iktibasında laik seçimde bulunulması, yabancı akademisyenlerden yararlanılması, en iyi çevirmenlerle çalışılması eleştiriye değil, övgüye layık tarihsel çabalar, dönemsel ideolojiye uygundur. Tenkitler dönemsel ideolojinin kendisine değil de onunla uyumlu ve mantıklı eylemlere yöneldiğinde manasız ve kısır kalmaktadır.

⁷ Çağrı, "80. Yılında Lozan," 208

⁸ Iakovos D. Michailidis, "Perceptions of the Lausanne Treaty in the Greek public sphere," *Cahiers Balkaniques*, sy. 50 (2024): 97, 98; aynı yönde bakınız: Sfetas, "The Legacy of the Treaty of Lausanne," 214. "Yunanistan ve Türkiye, ilerleyen zamana ve değişen koşullara rağmen, gerekli ayarlamaları yaparak Lozan ruhunu canlandırmalıdır" (Sfetas, "The Legacy of the Treaty of Lausanne," 215). Bunun için, özel ve kamusal alan ayrımındaki belirsizlik giderilmeli, Lozan hükümleri insan hakları ışığında ve liberal bakışla uygulanmalıdır (Tsitselikis, "The minority protection system," 15).

Türk ordusunun 1920-1922 arasındaki şanlı askerî zaferleri akabinde, emperyalist güçlerle mücadele 1923'te artık diploması mecrasında yürütülmekteydi. Burada, yeni Türkiye'nin uluslararası arenada kabul ettirilmesi ve Misak-ı Milli'ye bağlı kalarak ülke sathının netleştirilmesi sağlanmıştır. Kara suları dâhil ülke sınırlarının belirlenmesine ek olarak; silahsızlanma, vatandaşlık, borçlar, azınlıklar, esirler, önceki sözleşmeler, sigortalar, Türk-Yunan nüfus değişimi, fikrî ve sınaî haklar gibi farklı sorunlar da halledilmiştir. Lozan Barış Antlaşması hiç şüphesiz başarılı diplomatik manevradır. Mondros Ateşkes Antlaşması'nın 7'nci maddesindeki kayıtsız şartsız teslimiyetle, ayrıca Sevr Antlaşması'nın 1'inci maddesindeki dominyon müstemleke boyun eğişiyle, Lozan Barış Antlaşması'ndaki ufak tavizler kıyaslandığında, sonuncusu Cumhuriyet yolundaki Türkiye'nin özgürlük belgesidir. Türkiye, egemen uluslar karşısında pazarlık masasına oturmayı hak etmiş, onlarla eş değerde başka egemen mertebesine yükselmiştir. Kaldı ki hiçbir somut uluslararası antlaşma mükemmel olmaz. Hukukun tüm dalları gibi uluslararası hukuk da evrimleşir, kendini tamamlar ve günceller.

Lozan Barış Antlaşması, çok taraflı ve akit özelliklerini aynı anda haizdir. Çok yönlüdür ve harbe son veren sulh antlaşmasıdır⁹. Diğer taraftan, azınlık ve insan hakları belgesidir¹⁰, kültürel kimlik çeşitliliğinin gardiyanıdır¹¹. Bu antlaşmanın karakteristik özelliklerinden biri, azınlıkları koruması; gayrimüslim yurttaşların dinlerini yaşama özgürlüklerini, ayrıca siyâsî ve kültürel haklarını garantilemesidir¹². Türkiye, uluslararası ilişkilerde tam bağımsızlık, eşitlik ve karşılıklılık ilkelerini takip etmiştir¹³. Lozan görüşmelerinde de barışçı, çözümcü, güvene dayalı, gerçekçi politika izlemiştir¹⁴. Statükoculuk ve Batıcılık Lozan müzakerelerinin iki ana ilkesidir.

⁹ Kodaman, "Bir Değerlendirme," 5; çok taraflı barış antlaşması olduğu yönünde bakınız: Tural, "Tapu Tescil," 1, 8.

¹⁰ Köktaş Atıcı ve Büyükbaş, "Dış İlişkiler Boyutu," 7.

¹¹ Yannis Ktistakis, "Le statut personnel au cœur de la notion du patrimoine culturel des minorités. La protection juridique du traité de Lausanne," *Anatoli*, sy. 6 (2015): 26.

¹² İnce, "Ege Adaları," 123; Cin, "Yunanistan'daki Azınlıklar," 4049, 4052; Tural, "Tapu Tescil," 11.

¹³ Seda Esirgen Örsten, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Uluslararası Antlaşmalar," *Adalet Dergisi* 2, sy. 71 (2023): 391, 403, 416.

¹⁴ Çaşın, "Güvenlik Politikası," 151-155; Kodaman, "Bir Değerlendirme," 8, 9.

Statükoculuk, mevcut sınırları koruma ve denge unsurlarından oluşmuştur¹⁵. İngiltere, huzur ve sakinlik; Türkiye ise Misak-ı Millî'den vazgeçmemek kaydıyla barış ve yeknesaklık arzuluyordu. Öyle ki Türkiye'nin üzerinde azınlıkların korunmasını denetleyen uluslararası örgüt fikri kategorik olarak reddedilmişti¹⁶. Tabii Yunan karasularının herhangi şekilde genişletilmesi de Lozan'daki temel düşüncelerle çelişiyordu. Diplomatik görüşmelerde, denizaşırı iki devletin karasularını uzatması reddedilmiştir. Zira Lozan'ın temel amacı Türkiye'nin sınırlarını belirlemek; buralarda silahsızlanmayı temin ederek Türkiye'nin güvenliğini sağlamak; ayrıca finansal sorunları çözmek, azınlıkların statülerini belirlemek ve savaş esirlerinin değiş tokuşunu halletmektir. Söz konusu uluslararası antlaşmanın hedefi Türkiye ve Yunanistan arasında denge kurmak değildi¹⁷. Türk-Yunan nüfus mübadelesi de Lozan'da girizgâhı yapılan önemli konulardandı¹⁸. Sonuçta, 24 Temmuz 2023'ten bugüne “modernleşme, Türkiye için hayat davası, mücadelelerimizin ana meselesidir. Türkiye'nin Batı medeniyetini benimsemeye çalışması içtimai olaydır. Kültür değişimidir”¹⁹. Elbette samimi yetsiz, gayri bilimsel ve at gözlüklü batıcılık, farklı çalışmalarda eleştirilebilir. Fakat burada Lozan'ın haftalık dinî tatilleri açısından azınlıkları korumasına odaklanılır²⁰. Zira Lozan'daki statükocu ve realist siyasetin doğal sonucu gayrimüslimlerin azınlık kabul edilmesi; onların din özgürlüklerinin, ayrıca aile ve şahsın hukukuna dair bazı haklarının teminat altına alınmasıdır. İşte böylesine teminatlardan biri azınlıkların haftalık dinî tatil günü serbestilerine saygı duyulmasıdır.

İşgal kuvvetleri 1919'da İstanbul sokaklarında gayrimüslimler tarafından alkışlarla karşılanmıştı. Hatta Lozan görüşmelerinde Fransız

¹⁵ Çağrı, “80. Yılında Lozan,” 206, 207.

¹⁶ Sevtap Demirci, “The Lausanne Conference: The Evolution of Turkish and British Diplomatic Strategies 1922-1923” (Doktora Tezi, The London School of Economics and Political Science, 1997), 43-65, 106.

¹⁷ Yannis A. Stivachtis, “What is the basic thinking of the Lausanne Treaty?,” *The Turkish Yearbook of International Relations*, sy. 26 (1996): 101, 102, 120, 121.

¹⁸ Hildesheim Athanassios Pitsoulis, “Greece, Turkey, the Eastern Question and the Treaty of Lausanne 1923,” *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, sy. 0 (2019): 456, 457, erişim 10 Eylül, 2024, <https://www.austriaca.at/0xc1aa5576%200x003b0f10.pdf>.

¹⁹ Halil İnalcık, “Atatürk ve Türkiye'nin Modernleşmesi,” *Belleten* 27, sy. 108 (1963): 625.

²⁰ İnce, “Ege Adaları,” 123; Cin, “Yunanistan'daki Azınlıklar,” 4049, 4052; Tural, “Tapu Tescil,” 11.

parlamentosunda; Hatay, Mardin, Kilis, Adana ve Antep bölgelerinde gayrimüslimlerin değil bilakis Türklerin azınlık sayılmaları ileri sürülmüştü²¹. İngiliz avam kamarasında Lozan Antlaşması Ermeni vatani içermemesi ve dominyonların temsilcilerini barındırmaması gerekçesiyle eleştirilmişti²². Bugün de Türkiye'nin Lozan'daki uluslararası borçlarını sözde yerine getirmedeği veya Lozan'ın kısmen ya da tamamen geçersizleştiği söylemi literatürün köksüz ve hasmane bölümünün abartılı makyajıdır. Bu yarı politik yarı bilimsel akım hemen örneklenebilir. *“Diyarbakır Sıkıyönetim Mahkemesi'ndeki duruşmalarda Kürtçe ifade vermek isteyenlere, örneğin Mehdi Zana'ya neler yapıldığı henüz unutulmamıştır. Oysa bütün bunlar Lozan'ın açık seçik çiğnenmesidir ve Türkiye'nin velinimetinin çiğnenmesi, kimsenin umurunda gözükmemektedir”*²³. *“Ermeni sorunu Türkiye açısından Lozan Antlaşması sayesinde çözüldü, ancak Ermeniler pes etmedi. Lozan Antlaşması'nda Ermenistan ve Ermenilerle ilgili hiçbir madde yoktur. Ermenistan Lozan Antlaşmasını kabul etmemektedir. Ermeni topraklarının büyük bölümünün Türkiye'ye bırakılması ve müttefikler tarafından Ermeni ulusal topraklarının oluşturulması önerisinin reddedilmesi, meşru müdafaa ilkesine tamamen aykırıdır”*²⁴. *“Lozan Antlaşması'ndaki garantilere ... rağmen Cumhuriyet tarihinin büyük bölümünde .. Türk resmî makamlarının ülkedeki gayrimüslim azınlıklara yönelik tutumu genellikle şüphe ve düşmanlığın karışımı ile karakterizedir”*. Lozan'la gayrimüslimlerin adı azınlıklara değiştirilmiştir. Lozan'dan sonra Cumhuriyet'in ilânında İslâm ve örtük Türk tanımı bakiydi. Yaygın Türk-İslâm anlayışı Lozan'daki azınlıklara eşit davranma klozuyla çatışyordu. Türkiye milletlerarası arenada eşiklik niyeti göstermişse de ayrımcılığın pek çok örneği ülkede görülüyordu. Bir grup Yahudi-Rum-Ermeni çalışan, sırf azınlık oldukları için işten çıkartıldıkları ve yerlerine Müslümanların işe alındığı iddiasıyla Cenevre'deki

²¹ Fatma Uygur, “Lozan Barış Antlaşması'na Dair Fransız Meclis Zabıtlarında İtirazlar ve İtirafı,” *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 65 (2020): 157, 168.

²² Yüksel, “Oturumun İncelenmesi,” 22-27.

²³ Baskın Oran, “Lozan'ın Azınlıkların Korunması Bölümünü Yeniden Okurken,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 49, sy. 3 (1994): 300.

²⁴ Ali Satan, “Les Arméniens et le traite de Lausanne,” *Université de Marmara Turcs et Arméniens Relations Turco-Arméniennes à Travers l'Histoire*, erişim 12 Eylül, 2024, <https://turksandarmeniens.marmara.edu.tr/fr/les-armeniens-et-le-traite-de-lausanne/>.

Kelimesi kelimesine alıntılanan bu cümlelerin Marmara Üniversitesi'nin resmî web sitesinde yer alması kurumsal açıklama gerektirmektedir.

kurumlardan birine dilekçeyle başvurmuştu²⁵. Lozan ilk asrını tamamlarken Türkiye'deki azınlıklardan Yezidiler silinmiş, Rum Ortodoksların ve Yahudilerin sayısı önemli oranda azalmıştır²⁶. Lozan'a aykırı vaziyette azınlık "hakları uygulamada ciddi şekilde kısıtlanmıştır veya kısıtlanmaya devam edilmektedir (bağımsız okulları veya dinî vakıfları, yeni ibadet yerleri yoktur)"²⁷. Modern Türkiye, saf Müslüman millet temeline dayanıyordu. Türkçe diliyle İslâm'ın tümlemesinden oluşan Türk ulusu ortak soydan geldiklerine dair kurgusal fikirlerle beslenmişti. Kemâl Atatürk ise modernleşme sürecini katı laiklikle yönetiyordu. "Neticede etnik-dinî azınlıklar, en azından hoşgörüyü karşılanması gereken, geçmişin istenmeyen kalıntıları görülmüştür"²⁸. Yunan akademisinden başka fikre göre, büyük ölçekli Müslüman-Hristiyan nüfusunun *ex-post* mübadelesinin ileri görüşlü devlet adamlığı zannıyla pozitif beklentilerle Lozan'a alınmasının suçlusu Türkiye'dir. Nüfus mübadelesi Türkiye tarafından dayatılmıştır. Bu teklif, Yunan diplomatları tarafından isteksiz karşılanmıştır, yoğun baskı altına alındıklarından gönülsüzce kabul edilmiştir²⁹. Bu paragrafta, öncelikle, Lozan Barış Antlaşması zamanında, Avrupa meclislerinde Türkiye hakkında ileri sürülmüş asılsız iddialar aktarılmıştır. Sonra, Lozan öğretisinin Türkiye aleyhine iftiracı kısmı örneklenmiştir. Bu perspektifte, Lozan Barış

²⁵ Mallet, "Les Juifs de Turquie," 60, 61.

²⁶ Gareth Jenkins, "Non-Muslim Minorities in Turkey: Progress and Challenges on the Road to EU Accession," *Turkish Policy Quarterly* 3, sy. 1 (2004): 4, 8, erişim 10 Eylül, 2024, <http://turkishpolicy.com/images/stories/2004-01-evasivecrescent/TPQ2004-1-jenkins.pdf>; aynı yönde bakınız: Konstantinos Tsitselikis, "The minority protection system in Greece and Turkey based on the Treaty of Lausanne (1923): A legal overview," (7th International Student Conference, Borjan Tanevski Memorial Fund, ACT/Anatolia College, 14.5.2010), 3, 4, erişim 10 Eylül, 2024, http://www.sophia.de/borjan/BTConference2010/Tsitselikis_Lausanne_system.pdf.

²⁷ Hamit Bozarslan, "Les Minorités en Turquie," *Pouvoirs* 4, sy. 115 (2005): 106.

²⁸ Konstantinos Tsitselikis, "A Surviving Treaty: The Lausanne Minority Protection in Greece and Turkey," içinde *The Interrelation between the Right to Identity of Minorities and their Socio-economic Participation*, ed. Kristin Henrard (Londra: Brill | Nijhoff, 2013), 288. Yazar, Yunanistan ve Türkiye'nin ulus devlet kuruluşunda dil ve din birleşiminin benzeştiğini, ulus inşasının ve devletler arası rekabetin iki erkek kardeşi düşman yaptığını belirtir (Tsitselikis, "A Surviving Treaty," 287, 288). Oysa Türkiye Yunanistan'a değil, Yunanistan Türkiye'ye düşman olmuştur. Bunun sebebi, ulus devlet inşasından ziyade; Yunanistan'ın arkasına İngiltere ve Fransa'yı alıp İzmir, İstanbul, Bursa, Eskişehir, Kütahya ve Afyon'u işgal etmeye kalkışmasıydı.

²⁹ Athanassios Pitsoulis, "Greece, Turkey, the Eastern Question," 456, 457.

Antlaşması'nda, yeni Türkiye'nin sınırlarından asla taviz verilmeksizin tanıtılması; Osmanlı İmparatorluğu'ndan kalma borçların vadeye bağlanması; ayrıca Misak-ı Milli'nin tamamında gayrimüslimlerin azınlık addedilmeleri ve azınlık haklarıyla donatılmaları üstün başarı şeklinde nitelenebilir.

Aslında gayrimüslim cemaatler, özellikle Rumlar, Lozan Antlaşması'ndan pek hoşnut olmamıştı. Devlet yetkililerine karşı sergiledikleri sevinç gösterileri samimiyetsizdi. Barışın kendileri için ne getirdiği ve götürdüğüne dair sonuçları kestirememek onları rahatsız ediyordu³⁰. Lozan, Türkiye'deki Yahudi, Rum ve Ermeniler açısından paradoksa sebep olmuştur. Bir yandan yeni haklar edinen azınlıkların, diğer yandan bulundukları ülkenin istisna rejimine tabiiyetleri kesinleşmiştir³¹. Oysa Lozan'da Rum, Ermeni ve Yahudi azınlıklar değerli hak ve statüler elde etmiştir. Bunlar şöyle sıralanabilir: (diğer vatandaşlarla ayrımsız) yasa önünde eşitlik yanı sıra dillerini konuşma, din ve geleneklerini pratik özgürlüğü³². Bu temel özgürlüğe, inancın uzantısı; eğitim, mabet, din görevlisi ve mezarlık konuları dâhildir³³. Türkiye azınlık statüsünde sadece dini kabul etmiş, ırk ve soy esasını kesinlikle reddetmiştir³⁴; ayrıca daha şefkatli terim seçerek

³⁰ Toprak, "Tanin Gazetesinde Yankıları," 12.

³¹ Laurent-Olivier Mallet, "Les Juifs de Turquie : entre les minorités et la construction identitaire Turque," *Cahiers d'Études sur la Méditerranée orientale et le monde Turco-Iranien*, sy. 28 (1999): 59.

³² Köktaş Atıcı ve Büyükbaş, "Dış İlişkiler Boyutu," 7; Erhan Ramazan Güllü, "Lozan Antlaşması Sonrası Türkiye'nin Azınlıklara Yönelik Politikaları," *Avrasya İncelemeleri Dergisi* 7, sy. 2 (2018): 268, 269; Gülşen Reyhan, "Türkiye'deki Musevilerin Lozan'daki Haklarından Feragati ve Hahambaşılık Makamının Yetkilerinin Kısıtlanması," *Avrasya İncelemeleri Dergisi* 10, sy. 1 (2021): 5; Lâle İzmirli Ayhan, "Çözümlemeyen Problem: Cemaat Azınlık Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi," *Tesam Akademi Dergisi* 5, sy. 1 (2018): 105; Alaeddin Yalçinkaya, "Uluslararası Hukuk Süjesi Olarak Türkiye'deki Süryani Toplumu," *Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İlmî Araştırmalar Dergisi*, sy. 19 (2022): 99.

³³ Yalçinkaya, "Türkiye'deki Süryani Toplumu," 100.

³⁴ Çağrı, "80. Yılında Lozan," 202; Oran, "The Minority Concept," 36, 37; Oran, "Yeniden Okurken," 298-300; Yalçinkaya, "Türkiye'deki Süryani Toplumu," 99; Jenkins, "Non-Muslim Minorities in Turkey," 3; Hasan Tunç, "Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy. 2 (2004): 37-39; Mustafa Alkan, "Azınlık Vakıfları (Tarihî Arka Planı, Hukukî Yapısı ve İç Analizi)," *Gazi Akademik Bakış* 2, sy. 4 (2009): 94; Kâmil Kısa, "Lozan'dan Günümüze Batı Trakya Türklerinin Hukukî Statüleri," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 2 (2018): 315; Ayhan Köseoğlu, "The Assyrian case: The impact of the European

azınlıkları, yani gayrimüslimleri cemaatler şeklinde adlandırmayı tercih etmiştir³⁵. Lozan'da Ermenilere münhasır hükümler yer almamıştır. Türk diplomatlar aldıkları kesin talimat uyarınca Amerika ve İngilizlerin Ermeni yurdu taleplerini reddetmiştir³⁶. Türkiye içindeki yurttaş Müslümanların azınlık kabul edilmeleri engellenmiştir³⁷. Bununla birlikte, mübadeleye rağmen, Yunanistan'da yaşamayı her nasılsa sürdüren Türk Müslümanlar orada azınlık teşkil etmektedir. Âkit devletlerin eş zamanlı azınlık barındırması mütekabiliyet kuralını akla getirir³⁸. Bu kuralda, “*Yunanistan ve Türkiye’de yaşayan ve azınlık statüsünde vatandaş olan belirli gruplara tanınan hakların garantisi*” sağlanır³⁹. Gerçekten, Lozan’ın 45’inci maddesi, söz konusu karşılıklığı; “*İşbu fasıl ahkâmı ile Türkiye’nin gayrimüslim ekalliyetleri hakkında tanınan hukuk, Yunanistan tarafından dahi kendi arazisinde bulunan Müslüman ekalliyet hakkında tanınmıştır*” cümlesiyle somutlaştırır⁴⁰, ⁴¹. Lozan Antlaşması’nın dinî haftalık tatille ilgili 43’üncü maddesi tam da bu noktada çift taraflı uygulamaya kavuşur. Hükmün ilk

Union on Turkey's minority rights concept” (Yüksek Lisans Tezi, Sabancı Üniversitesi, 2014), 15. Lozan’daki azınlık tanımı Müslüman olmamak değildir. Gayrimüslimler; Yahudiler, Ermeniler ve Rumlarla sınırlanmış, böylece diğer kiliseleri takip eden Yezidiler, Süryaniler ve Keldaniler dışlanmıştır (Bozarslan, “Les Minorités en Turquie,” 101; aynı yönde bakınız: Köseoğlu, “The Assyrian case,” 15).

³⁵ Alkan, “Azınlık Vakıfları,” 103.

³⁶ Firdes Temizgüney, “Lozan Sonrası Ermeni Emvali Metrukesine Yönelik Düzenleme ve Uygulamalar (1923-1928),” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* 62, (2018): 303, 305; Yüksel, “Oturumun İncelenmesi,” 21, 22; Tunç, “Azınlık Hakları Sorunu,” 37-39.

³⁷ Kodal, “Türk Kamuoyu,” 242; Güllü, “Lozan Antlaşması Sonrası,” 270; Tunç, “Azınlık Hakları Sorunu,” 40.

³⁸ Lozan sonrası mübadele hakkında bakınız: Tülay Âlim Baran, “Lozan’a Kadar Göç ve Lozan Sonrası Mübadele Uygulaması,” içinde *Lozan Barış Antlaşması’nın 100. Yılına Armağan*, ed. Tülay Âlim Baran (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2023), 107-122.

³⁹ Sibel Özel, “Lozan Antlaşması ve Azınlık Hukuku Çerçevesinde Fener-Rum Patrikhanesi’nin Hukukî Konumu,” *Avrupa Araştırmaları Dergisi* 14, sy. 1 (2006): 59; Türkiye ve Yunanistan’ın azınlık haklarında kısas anlaşması için ayrıca bakınız: Tsitselikis, “The minority protection system,” 1, 13, 15.

⁴⁰ Bu fıkranın Fransızcası şöyledir: “*Les droits reconnus par les stipulations de la présente section aux minorités non Musulmanes de la Turquie, sont également reconnus par la Grèce à la minorité Musulmane se trouvant sur son territoire*”.

⁴¹ Bu fıkranın İngilizcesi şöyledir: “*The rights conferred by the provisions of the present section on the non-Moslem minorities of Türkiye will be similarly conferred by Greece on the Moslem minority in her territory*”.

fıkrası, “*Gayrimüslim ekalliyetlere mensup Türk tebaası, ahkâmı itikadilerine mugayir veya dinî ayinlerini muhil herhangi muamelenin ifasına mecbur tutulmayacakları gibi hafta tatilleri gününde mahkemelerde ispatı vücut etmekten veya herhangi muamele kanuniye icrasından istinkâf ettiklerinden dolayı bunların hiçbir hakları sakıt olmayacaktır*” şeklinde alıntılanabilir^{42, 43}. İkinci fıkrası ise “*Mamañih bu hüküm, mezkûr Türk tebaasını intizamı ammenin muhafazası için diğher herhangi Türk tebaasına tahmil edilen mecburiyetlerden azade kılmayacaktır*” çekincesini içerir^{44, 45}.

1923 yazında Lozan’da ülke bütünlüğü ve tam bağımsızlık konuları haricinde tavizler verildiği aşikârdır. Karşılıklılık kuralı, Türkiye’de yaşayan azınlıklara bahşedilenlerle Yunanistan’da (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerinde) kalan Türk Müslümanlar lehine kazanılanlar arasında denge kurulmasına vesiledir. Bu çalışmada, Lozan Barış Antlaşması’nın 43 ve 45’inci maddelerindeki haftalık dinî tatil (dinlenme) günü kolaylığının, karşılıklılık niteliği göz önüne alınır; şaşırtıcı şekilde ayrışan kanunî (*de jure*) ve fiilî (*de facto*) sonuçları değerlendirilir. Sözleşme müzakerelerinde, haftalık dinî dinlenme günü serbestisinin Türkiye tarafınca, hukukî ödün şeklinde bilinçli sunulup sunulmadığı; hukukta süre kavramı, özel hukuktaki süre çeşitleri ve genel hafta tatili çerçevesinde araştırılır.

⁴² Bu fıkranın Fransızcası şöyledir: “*Les ressortissants Turcs, appartenant aux minorités non Musulmanes, ne seront pas astreints à accomplir un acte quelconque constituant une violation de leur foi ou de leurs pratiques religieuses, ni frappés d’aucune incapacité s’ils refusent de comparaitre devant les tribunaux ou d’accomplir quelque acte légal le jour de leur repos hebdomadaire*”.

⁴³ Bu fıkranın İngilizcesi şöyledir: “*Turkish nationals belonging to non-Moslem minorities shall not be compelled to perform any act which constitutes a violation of their faith or religious observances and shall not be placed under any disability by reason of their refusal to attend Courts of Law or to perform any legal business on their weekly day of rest*”.

⁴⁴ Bu fıkranın Fransızcası şöyledir: “*Toutefois, cette disposition ne dispensera pas ces ressortissants Turcs des obligations imposées à tous autres ressortissants Turcs en vue du maintien de l’ordre public*”.

⁴⁵ Bu fıkranın İngilizcesi şöyledir: “*This provision, however, shall not exempt such Turkish nationals from such obligations as shall be imposed upon all other Turkish nationals for the preservation of public order*”.

I. ÖĞRETİDE LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI’NIN 43 ve 45’İNCİ MADDELERİ

Lozan Barış Antlaşması’nın azınlıkların korunması bölümünün 43’üncü maddesi, azınlıkların “*hafta tatillerinde herhangi resmî işlemi yerine getirmeye zorlanmama hakları bulunduğu*” anlamına gelir. Burada, azınlıkların “*dinî istirahat günlerinde mahkemelerde bulunmadıkları ya da kanunun öngördüğü herhangi işlemi yerine getirmemeleri yüzünden haklarını yitirmemeleri*” temin edilir⁴⁶. Başka deyişle, “*gayrimüslim azınlıkların inançlarına zıt veya ibadetlerini bozan herhangi işleme ..., hafta tatili günlerinde herhangi resmî işlemi yerine getirmeye zorlanamayacakları*” garantilenir⁴⁷. Ayrıca, “*Türk hükümetinin bu maddedeki sorumluluğu, dinî inançlarına aykırı eylem yerine getirmeye gayrimüslimleri zorlamamak*” şeklinde netleştirilir⁴⁸. Başka görüşe göre, bu madde, Türk-Yunan ilişkilerinde yeni beliren hukukî uzlaşıdır. Hükmün her iki fıkrasının lafzındaki negatif söylem önemsenmelidir⁴⁹.

Lozan’da azınlıkların korunması konusunda geçerli karşılıklılık ilkesi, Türkiye’deki azınlıklara verilecek hakların Yunanistan’daki Türk Müslüman azınlığa verilecek haklar kadar olmasıdır⁵⁰. Başka görüşe göre, Lozan’daki

⁴⁶ Köktaş Atıcı ve Büyükbaş, “Dış İlişkiler Boyutu,” 6, 9.

⁴⁷ Betül Dürgen, “Türkiye’deki Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy. 2 (2016): 116.

⁴⁸ Ayhan Köseoğlu, “The Assyrian case,” 15.

⁴⁹ “*Açıkça görüldüğü üzere, Kemalist Türkiye’deki Hristiyan ve Yahudiler, diğerlerinin, yani Müslüman çoğunluğun yaptıklarını yapmaları için güçlü şekilde teşvik edilmektedir. Ancak dinî inanç ve uygulamalarına bağlılıklarını ifade etmekte ısrar ederlerse ne genel rejime uymaya zorlanacaklar ne de herhangi yasal marjinalleştirme ile cezalandırılacaklardır. Aynı 43’üncü madde ile ilgili olarak, kamu düzeninin tüm âkit tarafların gözünde meşru olan, uzlaşmaya dayalı kırmızı çizgi sayıldığı belirtilmelidir... Farklı deyişle, Atina ve Ankara, dinî hukuk düzeninin zorunlu uygulanması veya dinî mahkemelerin zorunlu çalışması için stricto sensu sözleşme taahhüdüne girmemektedir*” (Ktistakis, “Patrimoine culturel des minorités,” 32, 33). Bu görüşteki taraftarlık ve gerçek dışılık eleştiriye layıktır. Gerek Osmanlı İmparatorluğu gerek Türkiye Cumhuriyeti döneminde gayrimüslimler, Müslüman çoğunluğun yaptıklarını yapmaları için güçlü şekilde teşvik edilmemiştir; aksine, oldukları gibi kabul edilerek bu kabule göre oluşturulmuş hukukî kaidelerle rahatlatılmışlardır.

⁵⁰ İzmirli Ayhan, “Çözümeyen Problem,” 106; aynı yönde bakınız: Aykut Cankut, “Analysis of the Fener Greek Patriarchate And The Western Thrace Turkish Minority,” *Uluslararası İktisadî ve İdarî Bilimler Dergisi* 7, sy. 2 (2021): 72.

azınlıkların korunması bölümü Yunanistan'da çoklu hukuk sistemi kurulmasına vesile olmuştur. Oradaki Müslümanlar, dolayısıyla Türkler de Yunan modeli yasal çoğulculuktan yararlanır. Zira uluslararası antlaşmayla azınlık statülerinin tanınması, Batı Trakyalı Müslümanlara, anadilde eğitim, hiç kısıtlamasız dinlerini uygulama, kendi dinî ve sosyal kurumlarını yönetme temel haklarını bahşetmiştir⁵¹. 45'inci madde, azınlıkları diğer vatandaşlarla eşit tutan negatif haklar bakımından değil, pozitif haklar açısından geçerlidir. Türkiye'de bulunan gayrimüslim azınlığa tanınan pozitif her hak veya imtiyazın Yunanistan'daki Türk Müslüman azınlığa da aynen tanınmasıdır. Örneğin Heybeliada Ruhban Okulu açılmasının eş değerliği, Yunanistan'da İslâm dini öğreten ve yabancı ülkelerden (yatılı ya da gündüzlü) öğrenci kabul eden Yunan devletinden bağımsız yüksek okul açılmasıdır⁵². Aynı yönde, Patriklik için imtiyazlar talep eden ve oldubittiyle Fener Rum Patrikhane'sine ekümenik üstünlük kazandırmak isteyen Yunanistan'ın kendi din temsilcilerini bile seçemeyen Batı Trakya Türklerine Lozan Antlaşması'nın onlara kazandırdığı hakları bile tanımaması mütakabiliyete uymaz⁵³. Bunlara karşılık, Lozan'ın 45'inci maddesinde gerçek anlamda mütakabiliyetten bahsedilememesi, bu maddenin uyrukluğa bloke olması, vatandaş gayrimüslimleri kapsamaması iddia konusudur⁵⁴. Âkit devletlere misilleme imkânı tanıyan bu madde başka yönden de eleştirilir. Yunanistan ile Türkiye'yi azınlıklar üzerinde hak sahibi gören kısıtlayıcı bakış açısı terk edilmelidir. Taraflardan biri antlaşmayı uygulamayı reddederse diğeri de aynı seçimde

⁵¹ Burak Saygılı, "Legal Pluralism in Greece: Between Minority Rights and Individual Rights," *Tekirdağ Namık Kemâl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1 (2021): 4-6; ayrıca bakınız: Cin, "Hukukî Düzenlemeler," 5-10.

⁵² Özel, "Fener-Rum Patrikhanesi," 59, 60. "Türkiye'de Heybeliada özel ve özerk ruhban yüksek okulunun açılması talepleri dile getirildiğinde, hatta getirilmese dahi Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'daki Türklerin eğitim ve öğretimlerinin durumu da gündeme getirilmeli, hatırlanmalıdır" (Cin, "Hukukî Düzenlemeler," 10, 11).

⁵³ Cankut, "Analysis of the Fener Greek Patriarchate," 63, 76; Emruhan Yalçın, "Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi'nin Ekümenikliği Tartışmaları ve Gerçekler," *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 50 (Güz 2012): 419, 491, 492, 495; aksi yönde bakınız: Tsitselikis, "The minority protection system," 8, 9. "Lozan'da müzakereler devam ederken, başta Mustafa Kemal Paşa olmak üzere Türk idarecilerinin kesin kararı, hem azınlık meselesini yurt içinde ve yurt dışında milletlerarası bir statüye kavuşturmak, hem de azınlıklara ait Patrikhane, hahamhane, kilise, havra ve yabancı okullar gibi kurumları, hilafet kurumunda yapılacağı gibi kapatmaktır" (Yalçın, "Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi," 490, 491).

⁵⁴ Dürgen, "Türkiye'deki Yabancı Cemaat Vakıfları," 117.

bulunabilir. Türkiye ve Yunanistan dostane geçinirken iki ülkedeki azınlıklar rahat etmekte, onların ilişkileri bozulduğunda bundan azınlıklar da doğrudan ve olumsuz etkilenmektedir⁵⁵. “*Tarihin ve diplomasinin kaderi, Yunanistan ve Türkiye’de 1923’ten bu yana özellikle hassas duruma uyum sağlamak zorunda kalmış iki azınlık, Rum Ortodoks Türkler ve Müslüman Rumlar bırakmıştır. Bu şekilde ortaya çıkan durum, ilgili halklar için zorluk kaynağıdır*” şeklindeki tenkide de yer verilebilir. Tikellikleri içinde güçlenen bu azınlıklar asimile edilemez şeklinde değerlendirilir. 45’inci maddedeki karşılıklılık bazen misilleme politikasına dönüşmektedir. Entegrasyon ve asimilasyonu özdeş sanan katı ulus-devlet ilkesi üzerine inşa edilmiş siyaset iki tarafı da hantallaştırır⁵⁶.

Mütekabiliyet ilkesiyle tamamlandığında, Lozan’ın 43’üncü maddesi, “*Batı Trakya Türklerinin din ve ibadet özgürlüklerini korur, bu özgürlüğün kamu düzeni dışında sınırlanamamasını*” belirtir⁵⁷. Esasen bu maddeler, sadece Batı Trakya bölgesindeki Müslüman azınlıktan değil, Yunanistan’daki Müslüman azınlıktan söz eder⁵⁸. Farklı görüş; “*İslâmî takvime uygun biçimde Yunanistan’daki Müslüman Türk azınlığa resmî tatil ayrıcalıkları tanınır. Rumlar Ortodoks Hristiyan dinine uygun biçimde yemin ederken, İslâm dininin icaplarına uygun biçimde Müslüman Türklerin yemin etme hakkı, İslâmî dernek ve sendikalar kurma, bunları işletme hakları mevcuttur*” yönündedir⁵⁹.

⁵⁵ Kısa, “Lozan’dan Günümüze,” 317, 324. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Karşılıklılık ilkesi, azınlıkları ele geçirilecek, siyasete alet edilecek unsura indirgemez. Bilakis böyle olmasını engeller. Hemen misilleme imkânının azınlıkları nasıl koruduğu örneklenebilir. Lozan ve akabindeki mübadele antlaşmalarına rağmen Yunanistan, bünyesindeki Türklere kötü davranmayı sürdürürken, mübadele koşullarına aykırı davranırken, vatana dönmeye karar veren Türklerin değerli taşınır eşyalarına haksız el koyarken, Batı Trakya’daki Türklerin perişan hâlini dikkate alan İsmet İnönü, geri adım atmazlar ve antlaşmaya uymazlarsa misliyle karşılık verileceğini belirtmiştir [Bilgiç, Bestami S., “Mudanya’dan Lozan’a Yunanistan’daki Türkler ve Nüfus Mübadelesi (1922-1923),” *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sy. 27 (2017): 151].

⁵⁶ Joëlle Dalègre, “Entre Grèce et Turquie : une situation délicate, les minorités,” *Cahiers Balkaniques*, sy. 33 (2004): 1, 2. Gerçekten, ulus devletlerin hâkimiyetlerinde yaşayan etnik gruplara karşı, entegrasyon görünümünde asimilasyona meyletmesi, tarihte iyileştirilmesi güç yaralara sebep olmuştur. Anılan görüşte işaret edilen bu ayrım, ulusal öz eleştiri çerçevesinde önemsenebilir.

⁵⁷ Kısa, “Lozan’dan Günümüze,” 317.

⁵⁸ Cin, “Hukukî Düzenlemeler,” 6.

⁵⁹ Cin, “Yunanistan’daki Azınlıklar,” 4086.

II. LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI'NIN 43'ÜNCÜ MADDESİNDEKİ HAFTALIK DİNÎ TATİL GÜNÜ KOLAYLIĞININ *DE JURE* KAPSAM VE ETKİLERİ

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesi azınlıkların korunmasına adanmış hükümlerden biridir ve hükmün ilk fıkrası yatayda iki boyutlu (*bilateral*) kaleme alınmıştır. Madalyonun ilk yüzü, azınlıkların dinlerine aykırı hukukî işlem ve eylemlere zorlanamaması; diğer yüzü ise onların haftalık dinî tatil günlerine saygı duyulmasıdır. Buradaki haftalık dinî dinlenme günü kolaylığının hukuktaki sürelere etkisini netleştirmek ve bu yansımanın kapsamını belirlemek için öncelikle, uluslararası hukukun genel yorum kuralına; ayrıca hukukta sürenin tanımına ve çeşitlerine değinilebilir. Şimdiden işaret edilmelidir ki mezkûr maddenin lafzına istinaden burada saptanan teorik etki ve kapsamın pratikteki imkânsızlığı müteakip başlığın konusudur. Yalnız Türkiye Cumhuriyeti'nde genel haftalık resmî tatil cuma gününe alınsaydı, her nasılsa cumartesi ve pazar sıradan iş günlerine dönüşseydi, bu başlık altındaki sonuçlar; varsayımsal olmaktan çıkar, basitçe fiilî gerçeği yansıttı.

Yetki (güç) dar yorumlanır (*potestas stricte interpretatur*) ve istisna genişletilemez (*singularia non sunt extendenda*) ilkeleri apaçık doğrudur ve tüm hukukçularca kabul edilir⁶⁰. İstisna hükmü (*lex singularis*), olağanın dışında hüküm getirir, ayrık olasılıkları düzenler ve sisteme yabancı unsurlar içerir. Her özel hüküm (*lex specialis*), *lex singularis* değildir; yalnız her *lex singularis*, *lex specialis*'tir. Kısacası, *lex singularis*, *lex specialis*'e göre daha dar kavramdır⁶¹. Uluslararası antlaşma maddelerinin yorumlanmasında şüphe hâlinde daha hoşgörölü (*in dubio mitius*) kuralı geçerlidir. İstisna teşkil eden hükmün dar yorumlanmasını andıran bu yorum kuralı; devletlerin egemenliklerini daha az sınırlayan, onları daha sınırlı yükümlülük altına sokan anlamın tercih edilmesidir⁶².

⁶⁰ Kemâl Gözler, "Yorum İlkeleri," içinde *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, ed. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2012), 78, 91, 115.

⁶¹ Aynur Yongalık, "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, sy. 1 (2011): 6, 7.

⁶² Hilal Nur Şarbak, "Uluslararası Hukukta Yorum ve Uluslararası Hukukun Ulusal Mahkemelerde Yorumlanması" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018), 47.

Hukukta süre (ecel), başlangıcı ve sonu bulunan zaman aralığıdır; kamu ve özel hukuk bölümlerinde ayrı değerlendirilir. Örneğin idare ve ceza hukuku alanlarındaki süreler kamu hukuku prensiplerine göre anlamlandırılır. Buna karşılık, özel hukukta süreler, kural olarak, hak düşürücü ve zamanaşımı süresi şeklinde ikiye ayrılır. Hak düşürücü süre hakkın kazanılmasına veya kaybedilmesine etki eder, yargılama açısından itiraz savunması teşkil eder, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Zamanaşımı ise alacağın talep ve/veya dava edilmesi olasılığında alacaklıya, borçluya def'i ileri sürerek ifadan kaçınma imkânı tanır. Aslında özel hukukta süreler, sadece hak düşürücü veya zamanaşımından ibaret değildir. İkili kategori dışında kalan diğer süreler, gerek maddî hukuku (esas) gerek usul hukukunu (muhakemeyi/yargılamayı) ilgilendirir. Diğer taraftan, sürelerin hesaplanmasında takvim ve iş günü şeklinde ayrıma gidilir. Özel hukukta kaide itibarıyla süreler takvim günü üzerinden hesaplanır, tatil günleri de süreye dâhildir. Buna karşılık, iş hukukunda sürelerin yalnız iş günleri dikkate alınarak hesaplanması vakidir⁶³. Gerçekten, İş Kanunu⁶⁴, 3, 10, 25, 26'ncı; ayrıca Deniz İş Kanunu⁶⁵ 26'ncı maddelerinde açıkça *iş günü* ifadesini yeğler.

⁶³ Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Süreler," *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8, sy. Özel (Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan) (2013): 3167, 3168, 3183; Volkan Özçelik, "Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 129 (2017): 133, 134; Ahmet Kılınç, "Mecelle'ye Göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri," içinde *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, ed. Fethullah Soyubelli (Bursa: Türkiye Adalet Akademisi, 2021), 188, 189; Şeref Ertaş, "Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2014): 3093; Vildan Peksöz, "Hak Düşürücü Sürelerin Dava Şartı Olarak Nitelendirileme(me)si," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, sy. 1 (2024): 103-106; Sevde Erten, "Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğu," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 3, sy. 5 (2004): 7, 8; Mesut Aygün ve Ali Önal, "Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı," *Legal Hukuk Dergisi* 14, sy. 165 (2016): 4909, 4910; Hüseyin Hatemi ve Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (İstanbul: Filiz, 2021), 264-267; Mustafa Kemâl Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (İstanbul: Vedat, 2021), 344, 345; Gökhan Osman Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1* (Ankara: Seçkin, 2019), 103, 104.

⁶⁴ 4857 Sayılı İş Kanunu (Resmî Gazete: 10.6.2003/25134).

⁶⁵ 854 Sayılı Deniz İş Kanunu (Resmî Gazete: 29.4.1967/12586).

Özel hukuktaki sürelerin hesaplanmasına dair başat hükümler sıralanabilir. Türk Borçlar Kanunu⁶⁶, 90 ilâ 95’inci maddelerinde süreye bağlı borçları düzenler. Söz konusu yedek hükümlerden tatille ilgili 93’üncü madde alıntılanabilir: “İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil kabul edilen güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer”. 94’üncü madde uyarınca, “Borç, alışılmış iş saatlerinde ifa ve kabul edilir”. Alacaklı iş saatleri dışında ve/veya tatil gününe rastlayan ifayı kabul etmek zorunda değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁶⁷ da 90 ilâ 94’üncü maddelerinde süre konusunu aydınlatır. Adli tatille ilgili 104’üncü madde çalışma konusuyla ilintili değildir. Tevafuk odur ki sırf Türk Borçlar Kanunu’nun değil Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun da 93’üncü maddesi resmî tatille ilgilidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 93’üncü maddesi, “Resmî tatil günleri süreye dâhildir. Sürenin son gününün resmî tatil gününe rastlaması hâlinde, süre tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonunda biter” şeklinde alıntılanabilir. Bu maddelerde açıkça resmî tatil terimi geçer. Süre; resmî tatil değil de memurların idarî izinli sayıldıkları günle sonlanırsa, tatili takip eden ilk çalışma günü kuralı uygulanmaz⁶⁸.

Lozan Barış Antlaşması’nın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci kısmı, azınlıkların haftalık dinî tatil günü özgürlüklerini rahatça yaşamalarını garantilemek adına, (diğer kanunlar gibi yürürlüğe konulmuş Lozan haricindeki) ulusal/millî hukuk (*lex nationalii*) düzeninde geçerli süreleri bazı somut olaylarda uzatma, esnetme gayesini haizdir. Bu üstün amaçla *lex nationalii*’de getirilen sürelerden azınlıklar lehine ayrılmayı emreden mezkûr maddenin haftalık dinî dinlenme günü kolaylığı bölümü âdeta hem *lex specialis* hem de *lex singularis* karakteri arz eder, böylece dar yorumlanır, genişletilmez. Bu nitelemelerde, kıyaslanan normların normlar hiyerarşisi piramidindeki katına değil kapsam alanına odaklanılır. *Lex nationalii*’de getirilen süreler, hangi kanunda olursa olsun, Lozan’ın 43’üncü maddesinin ilgili bölümüne oranla daha soyut ve genel genişliktedir. Çünkü Lozan’ın 43’üncü maddesindeki haftalık dinî dinlenme günü kolaylığı, sırf azınlıkları ve onlarla ilgili bazı somut olayları kapsar. Buna karşılık, *lex nationalii*’deki sürelerin kümesi, ilgili tüm olayları içerir ve muhatapları tüm vatandaşlardır. Özetle, tüm yurttaşlara eşit uygulanan sürelerden özel durumlarda azınlıklar

⁶⁶ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (Resmî Gazete: 4.2.2011/27836).

⁶⁷ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Resmî Gazete: 4.2.2011/27836).

⁶⁸ Yılmaz, “Süreler,” 3184; ayrıca bakınız: Antalya, “Borçlar Hukuku,” 104.

lehine sapmaya sebep olduğundan mezkûr Lozan maddesindeki haftalık dinî dinlenme günü bölümü elbette *lex nationalii*'nin istisnasıdır; *potestas stricte interpretatur, singularia non sunt extendenda* ve *in dubio mitius* yorum ilkelerine tâbidir.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesinin iki fıkrası birlikte dikkate alınmalıdır. Mademki ikinci fıkra uyarınca kamu düzeninin korunması için diğer Türk vatandaşlarına dayatılan zorunluluklar gayrimüslimler hakkında onların haftalık dinî tatil günlerinde de geçerlidir, o zaman ilk fıkra sadece özel hukuka ilişkin sürelerle etki eder. 43'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmı, sadece özel hukuka dair süreleri kapsadığına göre kamu düzenini ilgilendiren idare ve ceza hukukundaki süreler hakkında dinî kolaylık sağlamaz. Örneğin, İdarî Yargılama Usulü Kanunu⁶⁹ 7'nci maddesinde, idarî işlemin iptalini dava etme süresini, tebliğ veya ilândan itibaren otuz veya altmış gün addeder. Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanunu⁷⁰ 173'üncü maddesinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına itiraz müddetini tebliğden itibaren iki hafta belirler. Şu hâlde, tebliğ veya ilândan sonra, Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz günlük dava açma süresi Lozan'ın 43'üncü maddesindeki dinî tatil günü kolaylığından etkilenmez. Yine ceza muhakemesinde kovuşturmaya yer olmadığına dair savcılık kararına itiraz için kaçırılmaması gereken tebliğden itibaren iki haftalık müddet de mezkûr hükmün koruma alanına dâhil değildir.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmının lafzına bakıldığında, bunun özel hukuktaki takvim ve iş günü şeklinde düzenlenen tüm hak düşürücü süreleri kural olarak kapsadığı zannedilebilir. Takvim günü şeklinde tayin edilen özel hukuk sürelerinde Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddeleri önem arz eder. İlk bakışta, Lozan'ın söz konusu hükmü, millî hukukun anılan 93'üncü maddeleriyle senkronize ve uyumlu görünmektedir; oysa güncel genel hafta tatili tablosunda, bunların birbirlerinin uygulamasına ket vurduğu anlaşılır.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci bölümü, hakkın sakıt olmasından bahseder, öyleyse lafız itibarıyla özel

⁶⁹ 2577 Sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu (Resmî Gazete: 20.1.1982/17580).

⁷⁰ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (Resmî Gazete: 17.12.2004/25673).

hukuktaki zamanaşımı sürelerine değil hak düşürücü sürelerle işaret eder. Aslında amaçsal ve genişletici yorumla ilgili maddenin zamanaşımı sürelerini de içerdiği ileri sürülebilirdi. Lâkin birinci fıkrada, İngilizce “*shall not be placed under any disability*”, Fransızca “*ni frappés d’aucune incapacité*” ifadeleri geçer. Burada; yetkisizlikten, iş görememezlikten, engellilikten bahsedilmektedir. Haftalık dinî tatil gününde mahkemeye çıkılmadı veya işlem yapılmadı diye hukuken harekete geçme hakkının ya da yetkisinin yitirilmesi istenmemektedir. Dolunca hakkı sona erdiren; durmayan, kesilmeyen ve geriye sarılamayan; savunma terminolojisinde itiraz teşkil eden ıskatı süredir. Zamanaşımının dolması üzerine, alacağın sükût etmediği, borcun eksik borca dönüştüğü malumdur. Kaldı ki bu maddenin *lex singularis* niteliği yanı sıra; *potestas stricte interpretatur, singularia non sunt extendenda* ve *in dubio mitius* yorum kurallarına tabiiyeti hatırlanmalıdır. Böylece, 43’üncü maddenin özel hukuktaki zamanaşımı sürelerini de kapsar boyuta genişletilmesinin hukuk tekniğine uymadığı sonucuna varılır. Meselâ, Türk Borçlar Kanunu’nun 145 ve 146’ncı maddelerindeki on ve beş yıllık zamanaşımı süreleri Lozan’ın 43’üncü maddesiyle etkileşmez. Buna karşılık, satıcının ayıba karşı garantisi hakkında Türk Borçlar Kanunu’nun 223’üncü maddesindeki uygun süre, ayrıca 224’üncü maddesindeki dokuz gün, Lozan’ın 43’üncü maddesiyle hipotetik olarak ilişkilendirilebilir. Yine Türk Ticaret Kanunu⁷¹, 21 ve 23’üncü maddelerindeki iki ve sekiz günlük hak düşürücü süreler itibarıyla, mezkûr uluslararası antlaşma hükmüyle kuramsal boyutta iletişimde sanılabilir. Şu hâlde, Lozan’ın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci bölümü; hükmün pratik sonucu bulunsaydı, özel hukuktaki böylesine hak düşürücü sürelerin son günleri Türk vatandaşı azınlıkların haftalık dinî tatil günlerine denk geldiğinde, hakkın kaybını, müteakip ilk iş gününün sonuna teorik olarak öteleyebilirdi.

Sırf maddî hukukta değil usul hukukunda da hak düşürücü sürelerle karşılaşılır. Zira usul veya icra işlemine hak düşürücü süre biçilmişse bu sürenin sona ermesi, esas hakka etki etmeksizin, o işlemi yapma hakkını veya yetkisini usulen sonlandırabilir. Demek ki Lozan Barış Antlaşması’nın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci kısmı, yarattığı ilk imaj itibarıyla gerek esas gerek usulü kapsar, hem usul hukukunda hem de maddî hukukta geçerlidir. Yeter ki *lex nationalii*’nin özel hukuka dair sair süresi kaçırılınca

⁷¹ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Resmî Gazete: 14.2.2011/ 27846).

hak veya yetki kaybı gerçekleşsin. Örneğin Türk Medenî Kanunu, 989’uncu maddesinde, taşınır davasını beş yıllık hak düşürücü süreye bağlar. Bu sürenin bitmesi, yani “*taşınır davasının süresinden sonra açılması*”, muhakeme düzleminde, dava şartı noksanlığına sebep olur. Benzer yönde, Türk Ticaret Kanunu’nun 82’nci maddesinde zıyaı öğrendikten sonra işleyen otuz günlük süre geçtikten sonra zıyaın tespiti amacıyla çekişmesiz yargıya başvurulursa, “*yargılama (dava) şartındaki noksanlık nedeniyle talep reddedilir*”⁷². İşte Lozan’ın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci bölümü, hükmün pratik sonucu bulunsaydı, böylesine yargısal etkileri haiz hak düşürücü sürelerin son günleri Türk vatandaşı azınlıkların haftalık dinî tatil günlerine denk geldiğinde, dava şartlarındaki noksanlıkları giderme imkânını, takip eden ilk iş gününün sonuna kuramsal olarak erteleyebilirdi.

III. LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI’NIN 43 VE 45’İNCİ MADDELERİ PERSPEKTİFİNDE ÜÇ SEMAVÎ DİNİN HAFTALIK DİNÎ TATİL GÜNÜ OLGUSUNA KISA BAKIŞI

İslâm’da tam gün hafta tatili yoktur. Bununla birlikte, perşembe akşamından cuma öğlene değin değerli ibadet saatleridir. Cuma öğlen saatleri kural olarak erkek Müslümanlar açısından cemaat namazı vaktidir. Her türlü iş yerlerinde cuma namazını eda etmek isteyen Müslüman çalışanlara kolaylık sağlanması beklense de her cuma iş günüdür. Nitekim cuma namazı toplu ibadetinden sonra ticaretle meşguliyet mübahtır⁷³. Yahudilerde *Şabbat* cuma güneş batımından cumartesi güneş batımına kadar süren dinlenme ve iş bırakma günüdür. Çünkü Tevrat’a göre Yaratıcı, pazar-cuma günleri arasında altı günde yaratımı tamamlamış, cumartesi istirahate çekilmiştir. Hristiyanlıkta ise Hz. İsa bir Pazar günü dirilmiştir. Her pazar günü kutsal ayinle Hz. İsa’nın dirilişi kutlanır⁷⁴.

⁷² Peksöz, “Dava Şartı,” 110, 114.

⁷³ “İslâmiyet’te büyük değer verilen haftalık toplu ibadetin yapıldığı gün”; “Cuma, haftalık ibadet günü olarak daha önce Yahudi ve Hristiyanlar için tayin ve takdir edilmiş, fakat onlar bu konuda ihtilâfa düşerek Yahudiler cumartesiye, Hristiyanlar pazarı haftalık toplantı ve ibadet günü olarak benimsemişler” (Hayreddin Karaman, “Cuma,” İslâm Ansiklopedisi, erişim 16 Eylül, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/cuma>).

⁷⁴ İslâm’dan önce hafta tatili hakkında bakınız: Kürşat Demirci ve Cevdet Küçük, “Hafta Tatili (İslâm’dan Önceki Din ve Toplumlarda),” İslâm Ansiklopedisi, erişim 16 Eylül, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hafta-tatili>.

Tüm dinî tatiller; İslâm'da cuma, Hristiyanlıkta pazar, Yahudilikte cumartesi değildir. Meselâ 2024'te, Hristiyanlığın Noel'i, 25-26 Aralık Çarşamba ve Perşembe; Azizler günü ise 1 Kasım Cuma günlerindeydi. Yine 2025'te Yahudilerin *Pesah* (Hamursuz) bayramı 12 Nisan Cumartesi başlayıp yedi veya sekiz gün kutlanacaktır. Yahudiler, Hamursuz bayramının ilk ve son günlerinde çalışmazlar. Benzer yönde, 2025'te Hristiyanlar 25-26 Aralık Perşembe-Cuma günleri dinlenir. İslâm'da ise Ramazan ayında imsaktan iftara değin oruç tutulması esastır. Ramazan'da çalışma düzeni oruç sebebiyle farklılık göstermez. Yine de oruç ibadetini yerine getirmiş vardiyalı işçilerin iftarda rahatça oruçlarını açabilmelerine olanak tanınması arzu edilir. Diğer taraftan, 2025'te 30 Mart-1 Nisan'da Ramazan kutlaması Pazar'dan Salı'ya, 6-9 Haziran Kurban bayramı ise Cuma'dan Pazartesi'ye denk gelecektir.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesinin ilk fıkrasında, Türkçe "*hafta tatilleri gününde*", İngilizce "*their weekly day of rest*" ve Fransızca "*le jour de leur repos hebdomadaire*" ifadeleri geçer. İngilizce ve Fransızca ibarelerin karşılığı haftalık dinlenme günüdür. Lozan'ın 43'üncü maddesinin *lex singularis* karakteri yanı sıra; *potestas stricte interpretatur, singularia non sunt extendenda* ve *in dubio mitius* yorum kurallarına tabiiyeti anımsanmalıdır. Bu odakta, 43'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci bölümü, sadece haftalık dinî tatillerde uygulanır, diğer dinî bayram ve/veya tatillere sirayet etmez. Üç semavî dindeki Ramazan orucu, Ramazan-Kurban-Hamursuz bayramları, Noel veya Azizler günleri gibi özel tarihler haftalık dinî tatil günü olgusuna dâhil değildir. Demek ki Müslümanların Ramazan veya Yahudilerin Hamursuz bayramı ya da Hristiyanların Noel tatili, mezkûr Lozan hükmünün sağladığı süre esnekliğine gerekçe gösterilemez. Türkiye'deki azınlıklar açısından, Lozan'ın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî dinlenme günü kolaylığı; Hristiyanlık ve Yahudiliğin sadece haftalık dinlenme günleri, yani cumartesi ve pazar ile ilişkilendirilebilir. Lozan'ın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmıyla 45'inci maddesinin birleşmesi, Yunanistan'daki (ayrıca Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerindeki) Türk Müslümanlar lehine haftalık dinî tatil gününü, cuma öğlen namazının (kural olarak erkekler açısından en yakın camide cemaatle) layıkıyla eda edilmesi için gerekli zamanla sınırlar.

IV. LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI'NIN 43'ÜNCÜ MADDESİNDEKİ HAFTALIK DİNÎ TATİL GÜNÜ KOLAYLIĞININ *DE FACTO* HUKUKÎ SONUÇLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

İktisadî hayatın gereklerine uyumlanmış Türkiye Cumhuriyeti *Gregorian* (Miladî) takvimi benimsemiş; öncelikle cuma, ardından pazar gününü hafta tatili ilân etmiştir. Cumhuriyet'in ilânından itibaren en fazla on iki yıl genel hafta tatili cuma günüydü⁷⁵. 1935'te bu uygulama terk edilmiştir. 394 sayılı mülga Hafta Tatili Hakkında Kanun⁷⁶ uyarınca hafta tatili yirmi dört saatten az olmamak üzere cuma günleriydi. 2739 sayılı mülga Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun⁷⁷ hafta tatilini; halkın giyinmesi, alışveriş yapması amacıyla cumartesi öğleden sonra başlamak kaydıyla pazar gününe almıştır. Mülga Borçlar Kanunu⁷⁸ da bu kanundan etkilenmiştir. 1935'ten itibaren 2012'de Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girinceye değin, mülga Borçlar Kanunu'nun "Cuma ve tatil günleri" başlıklı 77'nci maddesi, hafta tatili pazar sayılarak uygulanmıştır. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun⁷⁹ da 2739 sayılı mülga Kanun'daki aynı esası benimser. Devlet Memurları Kanunu⁸⁰, memurları haftalık kırk çalışma saatine bağlar, onlara cumartesi ve pazar günlerini tatil eder. Ayrıca, dinî tatiller İslâm'a özgüdür, Ramazan ve Kurban bayramlarından ibarettir. Ulusal Bayram ve genel tatil günleri cuma akşamı sona ererse müteakip cumartesi tamamen tatil yapılır.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmı, sırf haftalık dinî tatil günlerinde, sadece özel hukuk ihtilaflarında, azınlıkları mahkemelerde davalı, davacı ya da şahit statüsünde bulunmaktan

⁷⁵ Önder Deniz, "Cumhuriyet Döneminde Tatil Kavramı ve 1935 Tarihli Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Kanunu," *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi* 21, sy. 23 (2011): 66, 70; Münir Ekonomi, "Bölünemeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller," *Çalışma ve Toplum*, sy. 1 (2022): 32 (Dipnot: 27); ayrıca bakınız: Demet Cansız, "İlk İş Kanunu Öncesi Dönemde Çalışma Hayatı ve Türk İşçilere Tahsis Edilen Hizmet Grupları," *Türk Dünyası Araştırmaları* 123, sy. 243 (2019): 453.

⁷⁶ 394 Sayılı Mülga Hafta Tatili Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 21.1.1924/54).

⁷⁷ 2739 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 1.6.1935/3017).

⁷⁸ 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu (Resmî Gazete: 8.5.1926/366).

⁷⁹ 2429 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 19.3.1981/17284).

⁸⁰ 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (Resmî Gazete: 23.7.1965/12056).

vareste sayar; aynı zamanda, böylesine özel günlerde, herhangi hukukî işlemi yapamamaları yüzünden onların hiçbir hak kaybetmemelerini garantiler. Azınlıkların haftalık dinî tatil günleri; Yahudilerde cumartesi, Hristiyanlarda pazar günüdür. Türkiye Cumhuriyeti'nde devlet memurları cumartesi ve pazar günleri artarda tatil yapar, dolayısıyla hafta sonu karakollar, nöbetçi savcılıklar gibi istisnalar haricinde resmî daireler kapalıdır. Hem cumartesi hem pazar, Türkiye'deki devlet dairelerinde kural olarak iş günü değildir; adliyelerde, hafta sonu, özellikle özel hukuk açısından pek değişiklik olmaz. Tabii Türkiye'deki tatiller gayrimüslimlerin dinî tatilleriyle her zaman örtüşmez, yani Türkiye'deki iş günleri azınlıkların dinî tatil günleriyle pekâlâ çakışabilir. Lâkin 43'üncü maddenin ulusal hukukta geçerli süreleri azınlıklar lehine esnetme kabiliyeti onların haftalık dinî tatil günlerine özgüdür ve Türkiye'nin resmî makamlarında (bilhassa özel hukuk spektrumundaki işlerde) geçerli iş günleri azınlıkların haftalık dinî tatil günlerine tekabül etmez. Gerek Türk Borçlar Kanunu'nun gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddesi sürenin resmî tatille sonlanması ihtimalinde bu sürenin tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna uzamasını sağlar. Özel hukukta takvim günü üzerinden hesap edilen herhangi hak düşürücü süre azınlıkların haftalık dinî tatili cumartesi ya da pazar gününde sona erdiğinde, Türk Borçlar Kanunu'nun veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddeleri evvel emirde yardıma koşar. Tabii Müslümanların ve gayrimüslim azınlıkların dinî bayramları ayrıştır. Yalnız 31 Aralık-1 Ocak yılbaşına ek olarak, her cumartesi ve pazarın devlet dairelerinde devlet memurları nezdinde (dolayısıyla özel hukuka dair işlerin çoğunluğunda) kanunen tatil sayılması tüm gayrimüslim vatandaşlar açısından önemli avantajdır. Devlet Memurları Kanunu'nun 99'uncu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3'üncü, Türk Borçlar Kanunu'nun ve/veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddeleri birleşerek; Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî tatil günü kolaylığının (hükümün 1'inci fıkrasının 2'nci kısmının) Türkiye'deki tüm yurttaşlar gibi azınlıklara da uygulanan özel hukuktaki hak düşürücü süreler açısından işlevsizleşmesi sonucunu doğurmuştur. Esasen, 2739 sayılı mülga Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 1 Haziran 1935'ten itibaren bu işlevsizleşme başlamıştı. Üstelik bu kanun, 1926'daki mülga Borçlar Kanunu'nun 77'nci maddesinde, cumayı pazara değiştirmişti. Diğer taraftan, Lozan'ın 43'üncü maddesi, Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri

Kanunu'nun 93'üncü maddelerinde geçen resmî tatil terimini, Türkiye'deki azınlıklar açısından onların (haftalık dinlenme günü haricindeki) diğer dinî tatillerini de kapsar boyuta genişletmez. Özel hukuka dair takvim günü şeklinde hesap edilen sair hak düşürücü süre, azınlıkların haftalık dinlenme günü dışındaki dinî tatil günüyle sonlanırsa, onlar Lozan'ın söz konusu maddesindeki kolaylıktan yararlanamazlar. Meselâ İş Kanunu'nun 26'ncı maddesindeki iyi niyet ve/veya ahlâka aykırı davranışın karşı akitçe öğrenildiği tarihten itibaren işleyen altı iş günlük sürenin sonu Türkiye'deki vatandaş Yahudi'nin Hamursuz bayramının ilk veya son günü olsa bile Lozan'ın 43'üncü maddesi süre uzatma işlevi görmez. Zira ulusal hukukta geçerli süreleri esnetme kabiliyeti açısından yalnız haftalık dinî tatil günlerine teorik olarak hasredilen bu uluslararası antlaşma hükmü, iş günü şeklinde hesap edilen hak düşürücü sürelerde de şu anda pratik olarak işe yaramaz. Ezcümle, 1935'ten bu yana, Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmındaki haftalık dinî tatil günü kolaylığının Türkiye'deki tüm yurttaşlar gibi azınlıklara da uygulanan özel hukuk hak düşürücü süreleri açısından işlevi kalmamıştır. 43'üncü maddenin ilk fıkrasının haftalık dinî dinlenme günü kolaylığı haricindeki ilk kısmı; diğer deyişle, Devletin azınlıkları dinlerine aykırı davranmaya zorlayamaması bölümü elbette işlevli ve ilelebet bâkidir. Yalnız 394 sayılı mülga Hafta Tatili Hakkında Kanun'daki genel haftalık cuma günü tatili geri gelseydi; Lozan'ın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî dinlenme günü kolaylığı Türkiye'deki azınlıklar yararına yeniden fonksiyon kazanırdı, önceki "Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü Maddesindeki Haftalık Dinî Tatil Günü Kolaylığının *de Jure* Kapsam ve Etkileri" başlıklı bölümdeki teorik sonuçlar *de facto* uygulamaya kavuşurdu.

V. LOZAN BARIŞ ANTLAŞMASI'NIN 43 VE 45'İNCİ MADDELERİNİN BÜTÜNLEŞMESİYLE BELİREN ARDIL HUKUKİ SONUÇLAR

Lozan Barış Antlaşması'nın 43 ve 45'inci maddeleri senkronizedir. Türkiye'deki gayrimüslimler ve Yunanistan'daki (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerindeki) Türk Müslümanlar açısından 43'üncü maddenin hukukî sonuçları teorik olarak özdeştir. Bu kuramsal eşdeğerliği karşılıklılık ilkesi sağlar. Antlaşma'nın 45'inci maddesine bakılarak hukukî sürelerin Türkiye'de, Yunanistan'da veya Lozan'ın tarafı diğer devletlerde

azınlık teşkil eden gayrimüslimler yahut Müslümanlar için ayrı ayrı düzenlendiği sanılmamalıdır. Sonuçta, her ulus devlette, ulusal hukuk; eşitlik, genellik ve soyutluk ilkelerine uygun caridir ve tüm vatandaşlara uygulanır. Mezkûr uluslararası antlaşma hükmü, âkit devletlerde her vatandaşa ayrı süre dayatılmasının temeli değildir; Yunanistan’da (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerinde) veya Türkiye’de, ulusal hukuk gereğince tüm yurttaşlara eşit uygulanan sürelerin haftalık dinî tatil günleriyle çakışması olasılığında, gayrimüslimlerin veya Müslümanların hak kaybına uğramamalarını topluca garantilemek amacını haizdir. İslamiyet’te tam gün haftalık dinî tatil anlayışı benimsenmemiştir. Bununla birlikte, cuma öğlen namazının kural olarak Müslüman erkeklere cemaatle kılınması farzdır. Lozan’ın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci bölümüyle 45’inci maddesinin birleşmesi; Yunanistan’da (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerinde) Türk Müslümanlar lehine haftalık dinî tatil gününü, cuma öğlen namazının (kural olarak erkekler açısından en yakın camide cemaatle) layıkıyla eda edilmesi için gerekli zamanla sınırlar. Lozan’ın 43’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının 2’nci kısmı haftalık dinî tatil gününe özgü olduğundan, çalışmayı ibadet sayan İslâm’da tam tatil günü bulunmadığından, Batı Trakya’daki Türk Müslüman azınlıklar açısından haftalık dinî tatil günü rahatlığının yirmi dört saatlik faydası yoktur. Lâkin Lozan’ın 43’üncü maddesinin haftalık dinî tatil günü haricindeki bölümü (1’inci fıkrasının 1’inci kısmı), Türk Müslüman azınlıklar hakkında caridir. Hiç şüphesiz, Yunanistan (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü halefleri), bünyelerindeki Türk Müslümanları dinlerine ve/veya geleneklerine aykırı eylem ve/veya işlemlere zorlayamaz.

Cumhuriyet’in ilk yıllarında çalışma hayatının esasları aslında İzmir İktisat Kongresi’nde belirlenmişti. 1924’te çalışma hayatına katılmış hafta tatili günü çalışanları etkileyen önemli konular arasındadır. İzmir İktisat Kongresi’nde alınan kararlardan biri işçilere her hafta cuma tam gün istirahat tanınmasıydı⁸¹. Oybirliğiyle alınan “Cuma Tatili” başlıklı karar şöyledir: “1-Cuma günü bütün Türkiye sekenesi için resmî tatil günüdür. 2-Herhangi din ve mezhebe salık olursa olsun, cuma günleri hiçbir dükkân ve müessese açık bulundurulamaz. Yalnız kasap sebzevatçı ve ekmekçiler öğleye kadar; kahve,

⁸¹ Cansız, “Çalışma Hayatı,” 452, 453; ayrıca bakınız: Deniz, “Genel Tatiller Kanunu,” 63.

*gazino, lokanta, hamam ve eczaneler de akşama kadar açık kalabilir. 3-Cumadan gayri herhangi günde bir kimsenin mağaza veya müessesini kapalı bulundurması kendi hakkıdır*⁸². Bu kongrede Müslüman ve gayrimüslimlerin ortaklaşa uymaları beklentisiyle hafta tatili tartışılır⁸³. Herkesin cuma tatili yapması, işçi değil, tüccar grubu lehine alınan kararlardandır⁸⁴. Atatürk, Mart 1923'teki Adana ziyaretinde, aksi "*propagandalara rağmen bütün esnafın umumî mazbata ile cuma tatilini kabul ettiğini*" bildirmiştir⁸⁵. Hafta tatili uygulamasındaki değişimler, Türkiye'nin modernleşme ve laikleşme süreciyle yakından ilgilidir. 1935'e kadar resmî dairelerin cuma, gayrimüslimlerin ise art arda cumartesi pazar tatil yapmaları ihracatı zorlaştırmış ve aşırı vakit kaybına sebep olmuştur. 3 Haziran 1935'te ilk resmî pazar tatili yapılmıştır⁸⁶. Atatürk'ün aslında cumanın tatil yapılmasını istemediği ve bu düşüncesini evvelce ele verdiği ileri sürülür. Öyle ki ilk başlarda cuma tatiline karşı çıkanları düşmanın oyununa kanmış kişiler şeklinde niteleyen Atatürk gerçekte samimi değildi. Bu tezin delilleri; Atatürk'ün 1920'de cumanın kutsallığından istifade etmek için Meclis'i bu gün açması, daha sonra Nutuk'ta o dönemin gerektirdiği koşullar gereği böyle yaptığını açıklaması ve 1927'den itibaren Cumhuriyet Halk Partisi'nin genel tatilin cumadan pazara alınması yönünde yazılar yazdırması şeklinde sıralanır⁸⁷.

⁸² İzmir İktisat Kongresi (17 Şubat-4 Mart 1923), İzmir Büyükşehir Belediyesi, 2004: 19.

⁸³ Hafta tatilinin cumadan pazara alınmasının Türkiye'nin modernleşme kılıfındaki özüne yabancılaşması olduğu yönünde bakınız: "Cuma tatili neden pazara alındı? (Bize bir nazar oldu, cumamız Pazar oldu. Ne olduysa hep azar azar oldu!)," Fikriyat, erişim 14 Eylül, 2024, <https://www.fikriyat.com/galeri/yasam/cuma-tatili-neden-pazara-alindi>.

⁸⁴ Yüksel Ülken, "Atatürk Döneminde İktisadî Arayışlar-Eylemler-Olaylar," *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* 42, sy. 1-4 (1986): 16; İzmir İktisat Kongresi, İzmir Büyükşehir Belediyesi, 19.

⁸⁵ Erdem Çanak, "Atatürk'ün Adana Ziyaretleri," *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 30, sy. 90 (2014): 63.

⁸⁶ Volkan Kahyalar, "Pazar günü nasıl hafta tatili oldu?," *İstanbul Dergisi* 23.5.2024, erişim 14 Eylül, 2024, <https://www.istdergi.com/tarih-belge/pazar-gunu-nasil-hafta-tatili-oldu>; ayrıca bakınız: Cansız, "Çalışma Hayatı," 453.

⁸⁷ Kadir Çandarlıoğlu, "M. Kemâl Atatürk kendini ele veriyor-Cuma ve Pazar tatili konusunda... Bu kadar da olmaz," Belgelerle Gerçek Tarih (Gerçek Tarihin Müstesna Adresi), erişim 16 eylül, 2024, <https://belgelerlegercektarih.com/2012/07/06/m-kemal-ataturk-kendini-ele-veriyor-cuma-ve-pazar-tatili-konusunda-bu-kadar-da-olmaz/>; aynı yönde bakınız: Mustafa Armağan, "M. Kemâl, Kemalistleri 'Cuma tatili Şeriatın emridir'

Çalışma hayatında gerçekleşen en radikal düzenlemelerden biri hafta tatilinin 1935'te cumadan pazara alınmasıdır. Meclis tutanaklarından anlaşılan kanunun mantığı/amacı (*ratio legis*); Dünyadaki genel geçer iktisadî geleneğin tatil anlayışıyla ülkeyi uyumlamak, dinlerine uygun sıraları geldikçe gruplar hâlinde tatillerini ayrı gayrı yapan tacir ve esnafların birbirlerini beklemelerini durdurmak şeklinde özetlenebilir. İzmir İktisat Kongresi'nin gayesi kurulacak yeni devletin iktisat politikasının Osmanlı'ninkinden farklarını ortaya koymaktır. 1920'lerde de hafta tatili, bazı İslâm ülkeleri dışında dünyanın ekseriyetinde (cumartesi veya) pazardı. Lider Mustafa Kemâl Atatürk'ün Cumhuriyet'i ilân etmeden ve laiklik ilkesini direktmeden önce İslâm diniyle çatışmadığı; ayrıca ulusal birlik yaratmak amacıyla hem din hem de millet bilincini ortaklaşa benimsediği maruftur. Sanılan şudur ki Lozan Barış Antlaşması görüşmelerinden önce Türkiye'nin modernleşme ve batılılaşma ajandası aşağı yukarı belirliydi. Belki bu takvimde, zamanı geldiğinde, dünyadaki iktisadî gelişmelerle uyumlanmak, pazarı haftalık genel tatil günü ilân etmek, devlet dairelerini cuma günleri çalıştırmak ve cumartesi-pazar günleri kapatmak zaten planlanıyordu; böylece, Lozan'da Türkiye'deki azınlıklara özel hukuktaki süreler yönünden tanınmış haftalık dinlenme günü kolaylığının pek yakında işlevsizleşeceği öngörülmüyordu. Bu bakış açısında, 43'üncü maddedeki haftalık dinî tatil (dinlenme) günü, Lozan görüşmelerinde ter dökmüş Türk diplomatların göstermelik tavizlerinden biriydi; bu zekice politik ve hukukî manevraya emperyalist devletler aldanmıştır. Çünkü 1935'te haftalık genel tatil cumadan pazara çekilince ve bu değişiklik mülga Borçlar Kanunu'nun 77'nci maddesine yansıtılınca, Lozan'ın 43 ve 45'inci maddeleri arasındaki senkronun ardıl faydalı sonuçları doğmaya başlamıştır. Burada, Türkiye tarafının müzakere sanatındaki uzmanlık seviyesi belirlemektedir. Öyle ki diplomatik ileri görüşlülük sayesinde, âdeta vermeden almak mümkün olmuş; azınlıklar konusuna ötekileştirici kriz şeklinde yaklaşılmamış; gayrimüslim-Müslüman ayrımı yapmaktansa, bu sorun tüm yurttaşlar yararına kapsayıcı fırsata dönüştürülmüştür. Bir yandan, Lozan'ın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci bölümüyle 45'inci maddesinin birleşmesi, Yunanistan'da (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerinde) Türk Müslümanlar

diye tokatlamış,” Yeni Akit, erişim 15 Eylül, 2024, <https://www.yeniakit.com.tr/yazarlar/mustafa-armagan/m-kemal-kemalistleri-cuma-tatili-seriatin-emridir-diye-tokatlamis-42824.html>.

lehine cuma öğlen namazının (kural olarak erkekler açısından en yakın camide cemaatle) layığıyla eda edilmesi için haftalık öğlen tatili zamanını temin eder. Diğer yandan, bu kombinasyon, Türkiye'deki azınlıklar açısından aynı ölçüde verim sağlamaz. Değil mi ki ulusal hukuktaki ardıl tadiller, haftalık dinî tatil günü kolaylığını özel hukuk hak düşürücü süreleri yönünden azınlıklar nezdinde hukuken işlevsizleştirmiştir; böylece, Türkiye'deki azınlıkların Lozan'ın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî dinlenme günü rahatlığından istifade ihtiyaçları kalmamıştır. İşte bu perspektif doğruysa, ileri görüşlü Türk diplomatların Lozan Barış Antlaşması görüşmelerinde eriştikleri üstün başarılarla, özel hukuktan yeni veri eklenmektedir.

SONUÇ

Kurtuluş savaşından sonra 1923'te, düşmanla mücadele, artık diplomasi mecrasında yürütülmekteydi. Misak-ı Millî'yi hazmedememiş, Ermeni yurdu kurulmasını salık vermiş, ülkedeki azınlıkları kışkırtmış, Güney Doğu Anadolu'da Türklerin azınlık olduğunu iddia etmiş emperyalist âkit devletlere karşı Lozan Barış Antlaşması; elbette Türkiye'nin özgürlük belgesidir. Çünkü Türkiye, uluslararası arenada saydırılmış; azınlık kavramı dinle, özellikle Rum-Ermeni-Yahudilerle sınırlanmış ve Misak-ı Millî'ye bağlı kalarak ülke sınırları netleştirilmiştir. Hatay ve (Türk-Yunan) karasuları açısından ekstra uluslararası efora ihtiyaç duyulması, Türk diplomatların Lozan'daki muvaffakiyetlerini gölgelemez.

Lozan'da Rum, Ermeni ve Yahudi azınlıklar değerli hak ve statüler elde etmiştir. Yasa önünde eşitlik, kendi dillerini konuşma ve dinlerini uygulama özgürlükleri 37 ilâ 45'inci maddelerde işlenir. Bunlara inancın uzantısı; eğitim, mabet, din görevlisi ve mezarlık konuları dâhildir. Azınlıkların korunması dışında; kara suları, silahsızlanma, vatandaşlık, borçlar, esirler, önceki sözleşmeler, sigortalar, Türk-Yunan nüfus değişimi, fikrî ve sınâî haklar gibi farklı sorunlar da Lozan'da çözülmüştür.

Lozan öğretisinin belirli kısmında; Türkiye'de azınlıklara şüpheli davranıldığı, onların çoğunluğun yaptığı yapmaya zorlandıkları ve Türkiye'nin bu uluslararası antlaşmaya uymadığı asılsız gerekçelerle ileri sürülür. Bu yarı politik yarı bilimsel akım hasmanedir, ayrıca Türkiye'deki azınlıklara hiçbir fayda sağlayamaz.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesi öğretide derinlemesine incelenmez, genellikle maddenin lafzî tekrarıyla anılır. Buna karşılık, 45'inci maddedeki karşılıklılık ilkesi önemli eserlerin konusudur. Heybeliada Ruhban Okulu ve Fener Rum Patrikhanesi tartışmaları Lozan'ın 45'inci maddesi hakkında profesyonel kalem oynatılmasına vesile olmuştur. Sonuçta Lozan'daki mütakabiliyet kuralı, Türkiye'deki azınlıklara bahşedilen hakların Yunanistan'daki (ayrıca Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerindeki) Türk Müslümanlara da özdeş tanınması anlamına gelir.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43 maddesinin ilk fıkrası *bilateral* yazılmıştır. Madalyonun ilk yüzü, azınlıkların dinlerine aykırı hukukî işlem ve eylemlere zorlanamaması; diğer veçhe ise onların haftalık dinî tatil günlerine saygı duyulmasıdır. Bu maddenin ikinci fıkrasında kamu düzeni rezervine değinilir.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43 maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmı, başka deyişle azınlıkların haftalık dinî dinlenme günlerini rahatça yaşamalarını garantileyen bölümü, âdetâ hem *lex specialis* hem de *lex singularis* karakteri arz eder; böylece, *potestas stricte interpretatur, singularia non sunt extenda* ve *in dubio mitius* yorum ilkelerine tâbi tutulur; azınlıkların haftalık dinî tatil günlerine özgüdür, diğer dinî tatilleri içermez. Ayrıca Türkiye'de, teorik olarak, yalnız özel hukuktaki hak düşürücü sürelerle etkileşir; zamanaşımı sürelerini kapsamaz; hem esas hem de usul yönünden fonksiyoneldir; gerek takvim gerek iş günü şeklinde hesap edilen hak düşürücü sürelerle yansiyabilir. Lâkin 43'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmının kuramsal nüfuz alanı, pratikte aynı sonuçları vermez. Beklenmedik şekilde, Lozan Barış Antlaşması'nın 43 maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmının Türkiye'deki azınlıklar lehine yansması, bu hükmün hukukî görünüşünden farklıdır.

Üç semavî din açısından haftalık dinî tatil günü olgusu netleştirilebilir: Yahudilerde cumartesi ve Hristiyanlarda pazar; buna karşılık, İslâmiyet, tam gün hafta tatili getirmez. Cuma öğlen namazının cemaatle kılınması kural olarak erkek Müslümanlara farzdır. Bu toplu ibadetten sonra ticaretle meşguliyet mübahtır. Ramazan orucu, Ramazan-Kurban-Hamursuz bayramları, Noel veya Azizler günleri gibi özel tarihler, adı üzerinde haftalık dinî tatil günü terimiyle örtüşmez.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43 maddesinin birinci fıkrasının ilk kısmı ilelebet geçerlidir. Hiç şüphesiz hiçbir devlet bünyesindeki azınlıkları din ve

geleneklerine aykırı davranmaya zorlayamaz. Buna karşılık, mezkûr maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmı, Türk özel hukukundaki hak düşürücü süreler açısından pratik fonksiyonunu yitirmiştir. Esasen, 2739 sayılı mülga Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 1 Haziran 1935'ten itibaren bu işlevsizleşme başlamıştı. Üstelik bu kanun, 1926'daki mülga Borçlar Kanunu'nun 77'nci maddesindeki cuma tatilini de pazarla değiştirmişti. Bugün, Devlet Memurları Kanunu'nun 99'uncu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3'üncü, Türk Borçlar Kanunu'nun ve/veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddeleri birleşerek; Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî tatil günü kolaylığının (Türkiye'deki tüm yurttaşlara uygulandığı gibi azınlıklara da tatbik edilen) özel hukuk hak düşürücü süreleri açısından işlevsizleşmesi sonucunu doğurmuştur. 1935'te hafta tatilinin cumadan pazara alınması, hafta sonunun devlet memurlarına tatil kılınması, Türkiye'deki azınlıklar açısından değerli avantajlardır. Bu avantajlar; Türk özel hukukundaki hak düşürücü sürelerin sonu azınlıkların haftalık dinî dinlenme günlerine rastladığında, Lozan'ın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmının Devlet'e diretilmesini gereksizleştirmiştir. Mademki azınlıkların haftalık dinî tatil günleri cumartesi ve pazardan ibarettir ve hafta sonu Türkiye'nin resmî dairelerinde iş günü değildir, Lozan'ın 43'üncü maddesi, iş günüyle hesap edilen özel hukuka dair hak düşürücü sürelerde fonksiyonsuzdur. Diğer taraftan, takvim günüyle hesap edilen özel hukuk hak düşürücü süresinin sonu resmî tatile denk geldiğinde, Türk Borçlar Kanunu'nun ve/veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddelerinin devreye girmesi ve ardıl ilk iş gününün sonuna değin bu sürede uzama gerçekleşmesi de azınlıkların mezkûr uluslararası antlaşma hükmündeki haftalık dinî tatil günü kolaylığından istifade ihtiyacını kaldırmıştır. Nihayet, Lozan'ın 43'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmı, haftalık dinî dinlenme gününe özgüdür; Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 93'üncü maddelerinde geçen resmî tatil terimini, Türkiye'deki azınlıklar açısından onların (haftalık dinlenme günü haricindeki) diğer dinî tatillerini de kapsar boyuta genişletmez. Yalnız 394 sayılı mülga Hafta Tatili Hakkında Kanun'daki genel haftalık cuma günü tatili geri gelseydi, Lozan'ın 43'üncü maddesindeki anılan kolaylık Türkiye'deki azınlıklar yararına yeniden fonksiyon kazanırdı.

Lozan Barış Antlaşması'nın 43 ve 45'inci maddeleri senkronize ve entegredir. Lozan Barış Antlaşması'nın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî

tatil günü kolaylığı, 1935'ten bu yana Türkiye'deki tüm vatandaşlara, dolayısıyla azınlıklara da uygulanan özel hukuk hak düşürücü süreleri açısından işlevsizleşmiş; böylece, Türkiye tarafı lehine ardıl faydalı sonuçlar ortaya çıkmıştır. Lozan'daki haftalık dinî dinlenme günü kolaylığı, bir yandan, karşılıklılık ilkesi uyarınca, Yunanistan'da (ve Sırp-Hırvat-Sloven devletlerinin bugünkü haleflerinde) Türk Müslümanlar lehine cuma öğlen namazının (kural olarak erkekler açısından en yakın camide cemaatle) layıkıyla eda edilmesi için haftalık öğlen tatili zamanını temin eder. Diğer yandan, 43'üncü maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci kısmıyla 45'inci maddenin kombinasyonu, Türkiye'deki azınlıklar açısından aynı ölçüde verim sağlamaz. Değil mi ki ulusal hukuktaki ardıl tadiller haftalık dinî tatil günü kolaylığını özel hukuk hak düşürücü süreleri yönünden azınlıklar nezdinde hukuken işlevsizleştirmiştir, Türkiye'deki azınlıkların Lozan'ın 43'üncü maddesindeki haftalık dinî dinlenme günü rahatlığından istifade ihtiyaçları kalmamıştır.

Bağımsızlık, misak-ı millî ve modernleşme Türkiye'nin kurtuluş ve kuruluş mücadelesinin başat konularıydı. Türkiye'nin batılılaşması; siyasi, iktisadi ve kültürel hayat alanlarında radikal değişimlerin toplamıdır. Samimiyetsiz, gayri bilimsel ve at gözlüklü batıcılık, muhakkak en ağır eleştirilere layıktır. İzmir İktisat Kongresi ekonomik modernleşmenin ilk adımlarından biriydi. Burada yeni Devletin iktisat politikasının Osmanlı'ninkinden farkları ortaya konulmuştur. Lozan Barış Antlaşması görüşmelerinden önce Türkiye'nin modernleşme ve batılılaşma takvimi aşağı yukarı belirliydi. Lider Mustafa Kemâl Atatürk'ün Cumhuriyet'i ilân etmeden ve laiklik ilkesini direktmeden önce İslâm diniyle çatışmadığı; ayrıca ulusal birlik yaratmak amacıyla hem din hem de millet bilincini ortaklaşa benimsediği bilinmektedir. Belki Türkiye'nin batılılaşma ajandasında, zamanı geldiğinde dünyada geçerli pazar tatiliyle uyumlanma zaten Lozan'dan önce planlanmıştı. Sonuçta 1920'lerde de hafta tatili, bazı İslâm ülkeleri dışında dünyanın ekseriyetinde (cumartesi veya) pazardı. 1923 yazında, Lozan'da, ülke bütünlüğü ve tam bağımsızlık konuları haricinde, âkit devletlerle müzakereye girildiği aşikârdır. Sanılan şudur ki 43'üncü maddedeki haftalık dinî dinlenme günü serbestisi Lozan görüşmelerinde ter dökmüş Türk diplomatların bilinçli ve ön sezili ödünlerinden biriydi, bu hukukî ve diplomatik manevraya emperyalist devletler aldanmıştır. Öngörülü ve farkındalıklı taviz perspektifi doğruysa, Türkiye tarafının Lozan Barış Antlaşması'nda eriştiği üstün başarılarla özel hukuktan yeni bulgu eklenmektedir.

KAYNAKÇA

- Âlim Baran, Tülay. “Lozan’a Kadar Göç ve Lozan Sonrası Mübadele Uygulaması.” İçinde *Lozan Barış Antlaşması’nın 100. Yılına Armağan*, Ed. Tülay Âlim Baran, 107-122. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2023.
- Alkan, Mustafa. “Azınlık Vakıfları (Tarihî Arka Planı, Hukukî Yapısı ve İç Analizi).” *Gazi Akademik Bakış* 2, sy. 4 (2009): 93-111.
- Alpago, Önay. “Lozan Barış Antlaşması’nın Önemi.” İçinde *Lozan Barış Antlaşması’nın 100. Yılına Armağan*, Ed. Tülay Âlim Baran, 201-206. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2023.
- Antalya, Gökhan Osman. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 3*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Armağan, Mustafa. “M. Kemâl, Kemalistleri ‘Cuma tatili Şeriatın emridir’ diye tokatlamış.” *Yeni Akit*. Erişim 15 Eylül, 2024. <https://www.yeniakit.com.tr/yazarlar/mustafa-armagan/m-kemal-kemalistleri-cuma-tatili-seriatin-emridir-diye-tokatlamis-42824.html>.
- Aygün, Mesut ve Ali Önal, “Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı.” *Legal Hukuk Dergisi* 14, sy. 165 (2016): 4907-4947.
- Bilgiç, Bestami S. “Mudanya’dan Lozan’a Yunanistan’daki Türkler ve Nüfus Mübadelesi (1922-1923).” *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sy. 27 (2017): 139-158.
- Bozarslan, Hamit. “Les Minorités en Turquie.” *Pouvoirs* 4, sy. 115 (2005): 101-112.
- Cankut, Aykut. “Analysis of the Fener Greek Patriarchate And The Western Thrace Turkish Minority.” *Uluslararası İktisadî ve İdarî Bilimler Dergisi* 7, sy. 2 (2021): 63-77.
- Cansız, Demet. “İlk İş Kanunu Öncesi Dönemde Çalışma Hayatı ve Türk İşçilere Tahsis Edilen Hizmet Grupları.” *Türk Dünyası Araştırmaları* 123, sy. 243 (2019): 447-464.
- Caşın, Mesut Hakkı. “Lozan Antlaşması Bağlamında Türk Dış Politikası ve Güvenlik Politikası.” İçinde *Lozan Barış Antlaşması’nın 100. Yılına Armağan*, Ed. Tülay Âlim Baran, 137-176. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, 2023.
- Cin, Turgay. “Yunanistan’daki Azınlıklar ve Bunların Hukukî Durumları.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 16 (2014): 4045-4116.
- Cin, Turgay. “Yunanistan’daki Müslüman Türk Azınlığın Eğitim ve Öğretimine İlişkin Hukukî Düzenlemeler.” *Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi* 2, sy. 1 (2011): 1-12.

- Çanak, Erdem. "Atatürk'ün Adana Ziyaretleri." *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 30, sy. 90 (2014): 49-82.
- Çandarlıoğlu, Kadir. "M. Kemâl Atatürk kendini ele veriyor-Cuma ve Pazar tatili konusunda... Bu kadar da olmaz." Belgelerle Gerçek Tarih (Gerçek Tarihin Müstesna Adresi). Erişim 16 eylül, 2024. <https://belgelerlegercektarih.com/2012/07/06/m-kemal-ataturk-kendini-ele-veriyor-cuma-ve-pazar-tatili-konusunda-bu-kadar-da-olmaz/>.
- Çelebi, Mevlüt. "90. Yılında Lozan Barış Antlaşması." *Tarih İncelemeleri Dergisi* 28, sy. 1 (2013): 1-4.
- Dalègre, Joëlle. "Entre Grèce et Turquie : une situation délicate, les minorités." *Cahiers Balkaniques*, sy. 33 (2004): 1-13.
- Demirci Kürşat ve Cevdet Küçük. "Hafta Tatili (İslâm'dan Önceki Din ve Toplumlarda)." *İslâm Ansiklopedisi*. Erişim 16 Eylül, 2024. <https://islamansiklopedisi.org.tr/hafta-tatili>.
- Demirci, Sevtap. "The Lausanne Conference: The Evolution of Turkish and British Diplomatic Strategies 1922-1923." Doktora Tezi, The London School of Economics and Political Science, 1997.
- Deniz, Önder. "Cumhuriyet Döneminde Tatil Kavramı ve 1935 Tarihli Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Kanunu." *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi* 21, sy. 23 (2011): 57-72.
- Dürgen, Betül. "Türkiye'deki Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy. 2 (2016): 111-130.
- Ekonomi, Münir. "Bölünemeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller." *Çalışma ve Toplum*, sy. 1 (2022): 21-40.
- Erhan, Çağrı. "80. Yılında Lozan." *Mülkiye Dergisi* 27, sy. 241 (2003): 193-208.
- Erim, Nihat. *Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1953.
- Ertan, Temuçin F. ve Çağla D. Tağmat, "Understanding the Lausanne Conference on Its 100th Anniversary: A Conceptual Analysis." *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 73 (2023): 348-357.
- Ertaş, Şeref. "Sürekli Borç İlişkilerinde Zamanaşımı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 16 (2014): 3093-3104.
- Erten, Sevde. "Uluslararası Taşımalarda Taşıyanın Sorumluluğu." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 3, sy. 5 (2004): 1-10.
- Esirgen Örsten, Seda. "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Uluslararası Antlaşmalar." *Adalet Dergisi* 2, sy. 71 (2023): 391-418.

- Giritli, İsmet. “Lozan Antlaşması’nın 70. Yıldönümünün Ardından.” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 9, sy. 27 (1994): 473-478.
- Göyünç, Nejat. “Sèvres’den Lausanne’a.” *Belleten* 46, sy. 183 (1982): 551-566.
- Gözler, Kemâl. “Yorum İlkeleri.” İçinde *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ed. Ozan Ergül, 15-119. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2012.
- Gülen, Ahmet. “Demokrat Parti Döneminde Lozan Algısı.” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 53 (2013): 77-100.
- Güllü, Erhan Ramazan. “Lozan Antlaşması Sonrası Türkiye’nin Azınlıklara Yönelik Politikaları.” *Avrasya İncelemeleri Dergisi* 7, sy. 2 (2018): 268-298.
- Hatemi, Hüseyin ve Kadir Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul: Filiz, 2021.
- İnan, Afet. “Türk İstiklâli ve Lozan Muahedesi.” *Belleten* 2, sy. 7/8 (1938): 277-291.
- İnalcık, Halil. “Atatürk ve Türkiye’nin Modernleşmesi.” *Belleten* 27, sy. 108 (1963): 625-632.
- İnce, Fuat. “Lozan Barış Antlaşması ve Ege Adaları.” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 53 (2013): 101-128.
- İnönü, İsmet. “İstiklâl Savaşı ve Lozan.” *Belleten* 33, sy. 149 (1974): 1-30.
- İzmirli Ayhan, Lâle. “Çözülemeyen Problem: Cemaat Azınlık Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmesi.” *Tesam Akademi Dergisi* 5, sy. 1 (2018): 97-135.
- Jenkins, Gareth. “Non-Muslim Minorities in Turkey: Progress and Challenges on the Road to EU Accession.” *Turkish Policy Quarterly* 3, sy. 1 (2004): 1-9. Erişim 10 Eylül, 2024. <http://turkishpolicy.com/images/stories/2004-01-evasivecrescent/TPQ2004-1-jenkins.pdf>.
- Kahyalar, Volkan. “Pazar günü nasıl hafta tatili oldu?.” *İstanbul Dergisi* 23.5.2024. Erişim 14 Eylül, 2024. <https://www.istdergi.com/tarih-belge/pazar-gunu-nasil-hafta-tatili-oldu>.
- Karaman, Hayreddin. “Cuma.” İslâm Ansiklopedisi. Erişim 16 Eylül, 2024. <https://islamansiklopedisi.org.tr/cuma>.
- Kılınç, Ahmet. “Mecelle’ye Göre Zamanasımı: Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri.” İçinde *Uluslararası Mecelle Sempozyumu*, Ed. Fethullah Soyubelli, 185-225. Bursa: Türkiye Adalet Akademisi, 2021.
- Kısa, Kâmil. “Lozan’dan Günümüze Batı Trakya Türklerinin Hukukî Statüleri.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 2 (2018): 307-329.

- Kodal, Tahir. "Lozan Barış Antlaşması ve Türk Kamuoyu." *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 22, sy. 64-65-66 (2006): 215-243.
- Kodaman, Bayram. "Lozan Antlaşması Hakkında Bir Değerlendirme (24 Temmuz 1923)." *On Dokuz Mayıs Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi* 4, sy. 1 (1989): 5-11.
- Köktaş Atıcı, Nilgün ve Hakkı Büyükbaş. "Lozan Antlaşması, Dinî Azınlıklar ve Dış İlişkiler Boyutu." *Ardahan Üniversitesi İktisadî İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi* 2, sy. 3 (2016): 1-11.
- Köseoğlu, Ayhan. "The Assyrian case: The impact of the European Union on Turkey's minority rights concept." Yüksek Lisans Tezi, Sabancı Üniversitesi, 2014.
- Ktistakis, Yannis. "Le statut personnel au cœur de la notion du patrimoine culturel des minorités. La protection juridique du traité de Lausanne." *Anatoli*, sy. 6 (2015): 25-38.
- Mallet, Laurent-Olivier. "Les Juifs de Turquie : entre les minorités et la construction identitaire Turquie." *Cahiers d'Études sur la Méditerranée orientale et le monde Turco-Iranien*, sy. 28 (1999): 59-82.
- Michailidis, D. Iakovos. "Perceptions of the Lausanne Treaty in the Greek public sphere." *Cahiers Balkaniques*, sy. 50 (2024): 87-103.
- Nuri, Suphi. "Sèvres ve Lausanne Muahedesinin Tarihçesi ve Hükümleri." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 10, sy. 61 (1933): 129-149.
- Oğuzman, Mustafa Kemâl ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*. İstanbul: Vedat, 2021.
- Oran, Baskın. "Chapter 3. The Minority Concept and Rights in Turkey: The Lausanne Peace Treaty and Current Issues." İçinde *Human Rights in Turkey*, Ed. Zehra F. Kabasakal Arat, 35-56. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2007.
- Oran, Baskın. "Lozan'ın Azınlıkların Korunması Bölümünü Yeniden Okurken." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 49, sy. 3 (1994): 283-301.
- Özçelik, Volkan. "Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 129 (2017): 133-160.
- Özel, Sibel. "Lozan Antlaşması ve Azınlık Hukuku Çerçevesinde Fener-Rum Patrikhanesi'nin Hukukî Konumu." *Avrupa Araştırmaları Dergisi* 14, sy. 1 (2006): 39-65.
- Peksöz, Vildan. "Hak Düşürücü Sürelerin Dava Şartı Olarak Nitelendirileme(me)si." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, sy. 1 (2024): 103-126.

- Pitsoulis Athanassios, Hildesheim. "Greece, Turkey, the Eastern Question and the Treaty of Lausanne 1923." *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, sy. 0 (2019): 456-470. Erişim 10 Eylül, 2024. <https://www.austriaca.at/0xc1aa5576%200x003b0f10.pdf>.
- Reyhan, Gülşen. "Türkiye'deki Musevilerin Lozan'daki Haklarından Feragati ve Hahambaşılık Makamının Yetkilerinin Kısıtlanması." *Avrasya İncelemeleri Dergisi* 10, sy. 1 (2021): 1-38.
- Satan, Ali. "Les Arméniens et le traite de Lausanne." *Université de Marmara Turcs et Arméniens Relations Turco-Arméniennes à Travers l'Histoire*. Erişim 12 Eylül, 2024. <https://turksandarmenians.marmara.edu.tr/fr/les-armeniens-et-le-traite-de-lausanne/>.
- Saygılı, Burak. "Legal Pluralism in Greece: Between Minority Rights and Individual Rights." *Tekirdağ Namık Kemâl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1 (2021): 1-14.
- Sfetas, Spyridon. "The Legacy of the Treaty of Lausanne in the Light of Greek-Turkish Relations in the Twentieth Century: Greek Perceptions of the Treaty of Lausanne." *Balkanica*, sy. 46 (2015): 195.
- Şarbak, Hilal Nur. "Uluslararası Hukukta Yorum ve Uluslararası Hukukun Ulusal Mahkemelerde Yorumlanması." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018.
- Stivachtis, A. Yannis. "What is the basic thinking of the Lausanne Treaty?." *The Turkish Yearbook of International Relations*, sy. 26 (1996): 101-122.
- Taş, Erhan. "Kabul Sürecinde Türk Medenî Kanunu'na Yönelik Bazı Eleştiriler." *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 8, sy. 16, (2018): 649-670.
- Temizgüney, Firdes. "Lozan Sonrası Ermeni Emval-i Metrukesine Yönelik Düzenleme ve Uygulamalar (1923-1928)." *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 62 (2018): 301-334.
- Toprak, Seydi Vakkas. "Lozan Antlaşması'nın İmzalanması ve Onaylanmasının Tanin Gazetesindeki Yankıları." *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, sy. 93 (Bahar 2016): 1-45.
- Tsitselikis, Konstantinos. "A Surviving Treaty: The Lausanne Minority Protection in Greece and Turkey." İçinde *The Interrelation between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-economic Participation*, Ed. Kristin Henrard, 287-313. Londra: Brill | Nijhoff, 2013.
- Tsitselikis, Konstantinos. "The minority protection system in Greece and Turkey based on the Treaty of Lausanne (1923): A legal overview." (7th International Student Conference, Borjan Tanevski Memorial Fund, ACT/Anatolia College,

- 14.5.2010). 1-20. Erişim 10 Eylül, 2024.
http://www.sophia.de/borjan/BTConference2010/Tsitselikis_Lausanne_system.pdf.
- Tunç, Hasan. “Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy. 2 (2004): 1-58.
- Tural, Sadık. “Türkiye Cumhuriyeti’nin Tapu Tescil Antlaşması: Lozan.” *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 19, sy. 55 (2003): 1-16.
- Uygur, Fatma. “Lozan Barış Antlaşması’na Dair Fransız Meclis Zabıtlarında İtirazlar ve İtirafılar.” *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 65 (2020): 147-180.
- Ülken, Yüksel. “Atatürk Döneminde İktisadî Arayışlar-Eylemler-Olaylar.” *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* 42, sy. 1-4 (1986): 13-25.
- Yalçın, Emruhan. “Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi’nin Ekümenikliği Tartışmaları ve Gerçekler.” *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, sy. 50 (Güz 2012): 419-514.
- Yalçınkaya, Alaeddin. “Uluslararası Hukuk Süjesi Olarak Türkiye’deki Süryani Toplumu.” *Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İlmî Araştırmalar Dergisi*, sy. 19 (2022): 99.
- Yılmaz, Ejder. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Süreler.” *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8, sy. Özel (Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan) (2013): 3167-3190.
- Yongalık, Aynur. “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, sy. 1 (2011): 1-18.
- Yüksel, Çağdaş. “Lozan Antlaşması İngiliz Parlamentosunda Onaylanmadan Önce Avam Kamarasında Antlaşma Hakkında Yapılan Oturumun İncelenmesi.” *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy. 50 (2022): 19-31.

DİĞER KAYNAKLAR

- Fikriyat. “Cuma tatili neden pazara alındı? (Bize bir nazar oldu, cumamız Pazar oldu. Ne olduysa hep azar azar oldu!).” Erişim 14 Eylül, 2024.
<https://www.fikriyat.com/galeri/yasam/cuma-tatili-neden-pazara-alindi>.
- İsmet İnönü Vakfı. “Lozan Barış Antlaşması Tam Metni.” Erişim 14 Ağustos, 2024.
<https://www.ismetinonu.org.tr/lozan-baris-antlasmasi-tam-metni/>.
- İzmir İktisat Kongresi (17 Şubat-4 Mart 1923). İzmir Büyükşehir Belediyesi (2004).

Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs. “Convention concernant le Régime des Droits, signée à Lausanne le 24 juillet 1923.” Erişim 3 Eylül, 2024. <https://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/MultilateralConventions/lozan-baris-antlasmasi.pdf>.

Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs. “Lausanne Peace Treaty.” Erişim 3 Eylül, 2024. https://www.mfa.gov.tr/lausanne-peace-treaty-part-i_political-clauses.en.mfa.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. “Lozan sulh muahedenamesinin kabulüne dair kanunlar.” Erişim 14 Ağustos, 2024. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf.

