

# Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 5, Sayı 2, Yıl 2015  
ISSN 2146 - 1708



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ

**YAYININ ADI** HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
**YIL** 2015 CİLT (5) SAYI (2) AY ARALIK  
**YAYIN SAHİBİNİN ADI** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına  
Prof.Dr.Çağlar ÖZEL  
**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ** Doç.Dr. Sedat ÇAL  
**YAYIN İDARE MERKEZİ** Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü  
Rektörlük Binası 7. Kat  
06800 / ANKARA  
**YAYIN İDARE MERKEZİ TEL.** +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77  
**FAKS** +90 (312) 297 62 93  
**İNTERNET ADRESİ** <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>  
**E-POSTA** [hukukdergi@hacettepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr)  
**YAYIN DİLİ** Türkçe ve yabancı diller  
**YAYIN TÜRÜ** Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM, EBSCO ve ASOS  
Hukuk Veri Tabanları tarafından taranan hakemli bir dergidir.  
Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel ve süreli bir yayındır.  
**YAYINLANMA BİÇİMİ** Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır.  
**BASIMCININ ADI** Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi  
Sıhhiye 06100 / ANKARA  
**BASIMCININ TEL.** 0 (312) 310 9790  
**BASIM TARİHİ / YERİ** 29 NİSAN 2016 / ANKARA  
**ISSN** 2146 - 1708

#### **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Editör

Doç. Dr. Sedat ÇAL

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Tunay TUNOĞLU

Arş. Gör. Onur Çağdaş ARTANTAŞ

Arş. Gör. Durmuş KILINÇ

## Yayın Kurulu

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

Doç. Dr. Sedat ÇAL

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## Danışma Kurulu

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. Rona AYBAY

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI

Prof. Dr. Meltem CANIKLIOĞLU

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Muthucumaraswamy SORNARAJAH

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Prof. Dr. Mehmet YÜKSEL

Doç. Dr. Çetin ARSLAN

Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN

Doç. Dr. Luigi CORNACCHIA

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(National University of Singapore)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Università Degli Studi di Lecce Facolta di Giurisprudenza)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(York University Osgoode Hall Law School)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Victoria University of Wellington)

Doç. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Doç. Dr. Gus Van HARTEN

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Dr. Şefik Taylan AKMAN

Yrd. Doç. Dr. Bilge BİNGÖL

Yrd. Doç. Dr. Muammer KETİZMEN

Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

**NAME OF PUBLICATION** **HACETTEPE LAW REVIEW**  
**YEAR** **2015 VOLUME 5 NUMBER 1 MONTH DECEMBER**  
**PUBLISHER** On behalf of Hacettepe University Faculty of  
Law Deanship  
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL  
**RESPONSIBLE MANAGER** Assoc. Prof. Sedat ÇAL  
**ADDRESS** Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü  
Rektörlük Binası 7. Kat  
06800 / ANKARA  
**PHONE** +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77  
**FAX** +90 (312) 297 62 93  
**URL** <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>  
**E-MAIL** [hukukdergi@hacettepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@hacettepe.edu.tr)  
**LANGUAGE** Turkish and foreign languages  
**TYPE OF PUBLICATION** Hacettepe Law Review is a refereed journal indexed by  
ULAKBIM, EBSCO and ASOS Law Databases.  
Hacettepe Law Review is a local periodical journal.  
**FORM OF PUBLICATION** Published twice a year in June and December  
**NAME OF PRESS** Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi  
Sıhhiye 06100 / ANKARA  
**PHONE OF PRESS** 0 (312) 3109790  
**DATE AND PLACE OF PRINTING** 29 APRIL 2016 / ANKARA  
**ISSN** 2146 - 1708

### **Hacettepe Law Review**

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.



# İçindekiler

## Makaleler

### I. HAKEMLİ MAKALELER

- Türk Hukuku'nda ve İngiliz Hukuku'nda Yakalamaya Dair Kısa Bir Karşılaştırma.....9  
**Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ**
- İnşaat Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluk.....39  
**Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ, Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN**
- A Review of the Case Law of the European Court of Human Rights in the  
Context of Environmental Justice .....81  
**Arş. Gör. Sezai ÇAĞLAYAN**
- Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı ve Kişilik Haklarına Saldırı  
Sorunu .....101  
**Muhammed Sabır FIRAT**
- Cross-Cutting Issues on The Right To Life in The Context Of Law .....117  
**Sevinj JABRAYILOVA-SHENER**
- Bir Hükümün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Hesaplanan Yargı Harcından  
Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu .....139  
**Dr. İlhami ÖZTÜRK**
- İkinci On Yılına Girerken Koruma Sorumluluğunu Yeniden Düşünmek:  
Lex Ferenda Olarak R2p .....165  
**Yrd. Doç. Dr. Pınar GÖZEN ERCAN**
- Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü.....183  
**Öğr. Gör. Seda KARA KILIÇARSLAN**
- Küresel Çatışma Ekseninde Uluslararası Hukukun Ontolojisi Üzerine Düşünceler .. 223  
**Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU**

### II. HAKEMSİZ MAKALELER

- Hukukun Nesnesi Üzerine Konuşma.....265  
**Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR**
- Diyalektik Hukuk Bilimi Notları.....271  
**Prof. Dr. Onur KARAHANOGULLARI**

# Contents

## Articles

### REFEREED ARTICLES

A Short Comparison on Arrest in Turkish Legal System And English Legal System....9  
**Res. Assist. Ümit GÜVEYİ**

Legal Liability for Construction Accidents.....39  
**Asst. Prof. Dr. Alper UYUMAZRes. Assist. Kemal ERDOĞAN**

A Review of the Case Law of the European Court of Human Rights in the Context  
of Environmental Justice.....81  
**Res. Assist. Sezai ÇAĞLAYAN**

State of Law and Human Rights and People's Rights on the Internet to attack the  
problem.....101  
**Muhammed Sabır FIRAT**

Cross-Cutting Issues on the Right to Life in the Context of Law .....117  
**Sevinj JABRAYILOVA-SHENER**

Offset of the Judicial Fees Paid for Quashed Judgments Against the Fees Paid for  
the Judgments Issued by the First Instance Courts Following the Reversal of The  
Judgment .....139  
**Dr. İlhami ÖZTÜRK**

Rethinking the Responsibility to Protect in Its Second Decade: R2p As Lex  
Ferenda? .....165  
**Asst. Prof. Dr. Pınar GÖZEN ERCAN**

Information Obligations in the Consumer Contracts .....183  
**Seda KARA KILIÇARSLAN**

Thoughts on the Ontology of International Law in the Axis of Global Conflict..... 223  
**Asst. Prof. Dr. Erdem İker MUTLU**

### NON-REFEREED ARTICLES

A Speech Delivered on the Object of the Law ..... 265  
**Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR**

Preliminary Notes on Dialectic Legal Science..... 271  
**Prof. Dr. Onur KARAHAOĞULLARI**





# Türk Hukukunda ve İngiliz Hukukunda Yakalamaya Dair Kısa Bir Karşılaştırma

Hakemli Makale

## Ümit GÜVEYİ

Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı  
Res. Assist., Dokuz Eylül University Faculty of Law, Department of Constitutional Law

### İÇİNDEKİLER

Giriş . . . . .	11
I. Türk Hukuku'nda Yakalama . . . . .	<b>11</b>
A. Bir Koruma Tedbiri Olarak Yakalama . . . . .	11
B. Yakalamanın Türleri. . . . .	12
C. Yakalamanın Gerçekleştirilmesi . . . . .	16
II. İngiliz Hukuku'nda Yakalama . . . . .	<b>23</b>
A. Genel Olarak İngiliz Hukuk Sistemi . . . . .	23
B. Polis Gücü Ve Yakalama . . . . .	25
III. İki Sistemin Karşılaştırılması . . . . .	32
A. Hukuk Sistemleri Bakımından . . . . .	32
B. Yakalama Yetkisi Bakımından . . . . .	33
C. Yakalama Sonrası İşlemler Bakımından . . . . .	33
D. Yakalananın Hakları Bakımından . . . . .	33
Sonuç . . . . .	34

---

## ÖZET

---

İngiliz Hukuku ile Türk Hukuku arasındaki farklılaşma, sosyolojik farklılıkların doğal bir neticesidir. İngiliz Hukuk Sistemi'nin bin yılı aşkın kadim geçmişine oranla Türk Hukuk Sistemi'nin temeli, henüz yakın bir geçmiş olarak nitelendirilebilmektedir. Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu iki hukuk düzeninin ortak paydası olarak yakınlaştırıcı bir etkiye sahiptir.

İngiliz Hukuk Sistemi'nin kadim geçmişi özellikle *hukuki birikimin oluşumu* bakımından büyük bir öneme sahiptir. İngiliz Hukuku'nun sahip olduğu derin hukuki birikim; mevzuat, uygulama ve organik oluşum boyutlarıyla tüm sisteme müspet bir biçimde sirayet ederek hak ve özgürlüklerin gelişimine yadsınamayacak ölçüde katkı sağlamaktadır. İngiliz sisteminin sağlıklı bir biçimde işleyişi ise temelinde, yasama ile yargı erkleri arasındaki uyuma işaret etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Türk Hukuk Sistemi, İngiliz Hukuk Sistemi, yakalama, gözaltı, yasama ve yürütme erkleri arasındaki uyum.

---

## ABSTRACT

---

### A Short Comparison on Arrest in Turkish Legal System and English Legal System

The differences between English Legal System and Turkish Legal System is a natural consequence of sociological differences. Compared to the ancient history of English Legal System, Turkish Legal System's foundation can be characterised as an early history. On the other hand European Convention on Human Rights has an unifying effect as a common ground of these two different systems.

Ancient history of English Legal System has great importance about *law accumulation*. The law accumulation of English Legal System has an incontrovertibly contribution to the development of rights and freedoms by its positive effects in legislation, judiciary and organic formation dimensions. The healthy functioning of the English system grounds from the harmony between legislative power and judicial power.

### Keywords

Turkish Legal System, English Legal System, arrest, detention, harmony between legislative power and judicial power.

## Giriş

Koruma tedbiri olarak yakalama, hak ve özgürlüklere müdahale niteliği sebebiyle büyük bir öneme sahiptir. Söz konusu tedbiri uygulama yetkisi, kapsamı ve sınırları bireyin özgürlük alanı ile kamu düzeni arasındaki dengenin kurulabilmesi meselesine sirayet etmektedir. Bahsi geçen dengenin sağlanamadığı bir hukuk sistemi ise yetkinin ölçüsüz kullanımına ve dolayısıyla da hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olacaktır.

Çalışma kapsamında bir koruma tedbiri olan yakalama, çalışma sınırları elverdiğince, Türk Hukuku ve İngiliz Hukuku kapsamında karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmaktadır. Bu amaç doğrultusunda çalışmada öncelikle Türk Hukuku'nda yakalama konusu ele alınacaktır. Çalışmanın devamında İngiliz Hukuk sisteminin genel karakteristik özelliklerine kısaca bakılarak, İngiliz Hukuku'nda yakalama konusuna değinilecektir. Sonrasında yakalamanın iki sistemdeki görünüşleri karşılaştırılarak sonuç kısmındaki değerlendirme ile çalışma tamamlanacaktır.

## I. Türk Hukuku'nda Yakalama

### A. Bir Koruma Tedbiri Olarak Yakalama

Hızlı sonuçlanan bir muhakeme, adil yargılanma hakkının korunması bakımından büyük önem taşımaktadır. *Koruma tedbirleri* olarak adlandırılan yakalama, arama, gözaltına alma ve tutuklama gibi hukuki çarelerin/yöntemlerin tamamı, usul ekonomisine uygun, adil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi gayesine hizmet etmektedir. Söz konusu işlevlerinin yanında koruma tedbirleri, kişinin hak ve özgürlük alanına müdahaleyi de zorunlu kılmaktadır<sup>1</sup>. Müdahalenin amaca hizmet edip edemediği sorusuna bir cevap olarak, koruma tedbirlerinin meşruluğunu genel bir takım unsurlara bağlanmak mümkündür. *Koruma tedbirlerinin koşulları* (ön şartları) olarak ifade edilen söz konusu şartlar: 1) suç şüphesinin bulunması, 2) görünüşte haklılığın bulunması, 3) oranlılık ilkesinin varlığı, 4) kanunilik ilkesi ve 5) gecikmede sakınca bulunmasıdır<sup>2</sup>. Diğer taraftan öğretide koruma tedbirlerinin bir takım müşterek özelliklerinin varlığı kabul edilmektedir. Buna göre *koruma tedbirlerinin müşterek özellikleri*; 1) temel haklara müdahalenin varlığı (zorlayıcılık), 2) geçicilik ve 3) araç niteliği olarak sayılabilmektedir<sup>3</sup>.

*Yakalama*; gözaltına yahut muhafaza altına alınmasından önce, herhangi bir hâkim kararı olmaksızın, şüpheli ya da sanığın özgürlüğünün *geçici olarak* kısıtlanması şeklinde tanımlanabilmektedir<sup>4</sup>. *Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİY)*'ne

1 TEZCAN, Durmuş. **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989, s. 27.

2 ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, ss. 313-315; ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAĞSIZ, Pınar/ TEPE, İlker. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, ss. 279-281; SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, ss. 266-267.

3 TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, ss.215-216; ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s. 279; ÜNVER/HAKERİ, **2010**, ss. 312-313.

4 KUNTER, Nurullah. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, 1989, s.

göre yakalama;

*“Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder.”<sup>5</sup>.*

Yakalama ile beklenen fayda, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde devamının sağlanmasıdır<sup>6</sup>. Bir koruma tedbiri olarak yakalama, kişi özgürlüğüne ve güvenliğine yönelik müdahale niteliği taşımaktadır<sup>7</sup>. Bu nedenle tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi yakalamaya da ancak *amacı doğrultusunda ve amacıyla oranlı* bir şekilde başvurulması gerekir<sup>8</sup>.

## B. Yakalamanın Türleri

Yakalama, hizmet ettiği *amaca göre, adli yakalama* ve önleme yakalaması olarak ikiye ayrılırken; *bir emre dayalı olup olmaması bakımından, müzekkereli yakalama* ve *müzekkeresiz yakalama* ayrımına gitmek mümkündür. Yakalamayı gerçekleştiren kişiye göre, *herkes tarafından gerçekleştirilen yakalama* ve *kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen yakalama* şeklinde bir ayrıma gidebilmek mümkündür.

### 1. Amacına Göre: Adli Yakalama ve Önleme Yakalaması

Yakalama, *adli yakalama* ve önleme yakalaması (*idari yakalama*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>9</sup>. *Adli yakalama*, suç işlediği şüphesi altında bulunan kişinin yargılama makâmı huzuruna çıkarılması amacıyla hizmet etmektedir<sup>10</sup>. Önleme yakalaması ise kamu güvenliği ve düzeninin korunması ile bir tehlikenin önlenmesi amacıyla gerçekleştirilmektedir<sup>11</sup>.

703 vd.; KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, 2000, s. 631 vd.; KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, 2006, ss. 810-811; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi**, 5. Baskı, Ankara, 2000, s. 558 vd.; CENTEL, Nur. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul 1992, s. 175 vd.; ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s. 281.

5 01.06.2005 tarihli Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 4.

6 TOROSLU/FEYZİOĞLU, **2012**, s. 235.

7 SOYASLAN, **2007**, s. 301.

8 TEZCAN, **1989**, s. 27.

9 ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, ss. 281-282.

10 ŞAHİN, İlyas. **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 28.

11 Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) md. 13 kapsamında önleme yakalaması halleri şu şekilde düzenlenmektedir: *“Polis, A) Suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri, B) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları, C) Halkın rahatını bozacak veya rezalete çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri, D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları, E)*

*Adli yakalama* neticesinde yakalanan kişi savcılığa sevk edilir. Savcı yakalanan kişiyi, soruşturmanın tamamlanabilmesi için belirli bir süre gözaltında tutma ya da bırakma yetkisine sahiptir<sup>12</sup>. Bu itibarla *gözaltına alma* adli yakalamanın en önemli neticelerinden biri olarak kabul edilmektedir<sup>13</sup>. YGİY md. 4 kapsamında gözaltı "...yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanunî süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulması..." olarak tanımlanmaktadır.

Önleme yakalaması neticesinde ise yakalanan kişi *muhafaza altına alınmıştır*<sup>14</sup>. *Muhafaza altına alma*; "Kanunun yetki verdiği hâllerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasını..." ifade etmektedir (YGİY md. 4).

Kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama olarak nitelendirilemez<sup>15</sup>. Zira yakalamada, kişinin fiilen denetim altına alınmış olması gerekmektedir<sup>16</sup>. *Durdurma ve kimlik sorma*, 2007 yılında PVSK kapsamına eklenen 4/A maddesinde düzenlenmektedir. Polise kendisine tanınan *durdurma ve kimlik sorma* yetkisini keyfilikten ve süreklilikten uzak bir şekilde *makul bir sebebe dayalı* olarak kullanabilmektedir (PVSK md. 4/A-2). PVSK md. 4/A hükmü gereğince polis, *kişi ve araçları*:

- a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
- ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir.

## 2. Emre Dayalı Olup Olmamasına Göre: Müzekkereli Yakalama ve Müzekkeresiz Yakalama

Kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen yakalama, *emre dayalı olup olmamasına göre* ikiye ayrılabilir<sup>17</sup>. Kural olarak yakalama fiili bir durumun yansıması olarak

---

*Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri, F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri, Yakalar ve gerekli kanunî işlemleri yapar."*

12 SOYASLAN, 2007, ss. 304-305.

13 ŞAHİN, 2003, s. 25.

14 ÜNVER/HAKERİ, 2010, s. 320.

15 ÖZBEK ve diğerleri, 2014, s. 282.

16 ÜNVER/HAKERİ, 2010, s. 318.

17 ÖZBEK ve diğerleri, 2014, ss. 286-287.

yeknesak bir şekle tabi değildir. Emre dayanmaksızın yakalamanın yapılması mümkündür. Herhangi bir emre dayanmaksızın gerçekleştirilen yakalama *müzekkeresiz yakalama* olarak adlandırılmaktadır (CMK md. 90/2). Yakalama kolluk görevlilerince bir yakalama emri üzerine yerine getirilmiş ise söz konusu yakalama *müzekkereli yakalama* olarak nitelendirilmektedir (CMK md. 98)<sup>18</sup>.

### 3. Yakalamayı Gerçekleştiren Kişiyi Göre: Herkes veya Kolluk Kuvvetleri

Yakalama kural olarak savcı ve kolluk kuvvetlerince uygulanmakla birlikte belirli şartlar altında herkes tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Bu doğrultuda yakalama, yakalamayı gerçekleştiren kişiye göre iki türe ayrılabilir.

CMK md. 90/1 uyarınca, a) *Kişiyi suçu işlerken rastlanması*, b) *Suçüstü<sup>19</sup> bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması* hallerinde yakalama *herkes tarafından* yapılabilmektedir<sup>20</sup>. Bu hallerde yakalama yapanın, yakalananın kaçmaması için gerekli olduğu ölçüde zor kullanma yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte yakalama yapanın silah kullanma, arama ve el koyma gibi yetkileri bulunmamaktadır<sup>21</sup>. Suçüstü halinde yakalama, niteliği itibarıyla *geçicidir*. Yakalananın kaçmaması için bir yerde tutulması, elinin kolunun sabitlenmesi gibi eylemler durumun gerektirdiği ölçüde, yakalananın zarar görmeyeceği şekilde gerçekleştirilebilir. Bir kimsenin haklı bir neden olmaksızın yakalanması ise Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 109 kapsamında *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma* suçunu oluşturacaktır<sup>22</sup>.

Kolluk kuvvetleri kural olarak savcı veya amirlerinin talimatları doğrultusunda yakalama yapabilirler. Bunun dışında kolluk kuvvetlerinin yakalama yetkisini kullanabilmeleri belirli şartlara bağlanmıştır. Şöyle ki kolluk kuvvetleri, *“...tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.”* (CMK md. 90/2). Buna göre kolluk kuvvetleri tarafından yakalama yetkisinin kullanılabilmesi için yalnızca *tutuklamayı gerektiren bir hal* ya da *yakalama emri düzenlenmesi gerektiren bir durumun varlığı* yeterli değildir<sup>23</sup>. Tutuklama

18 AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin. “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, (ss. 1215-1254), ss. 1216-1217; ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, ss. 286-287.

19 CMK md. 2/j hükmüne göre: “Suçüstü:1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” ifade etmektedir.

20 ÜNVER/HAKERİ, **2010**, s. 322; ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s. 285, SOYASLAN, **2007**, s. 301.

21 Silah kullanma durumu *meşru savunma* kapsamında somut olaya göre değerlendirilmelidir. Herkes kapsamında yer alan kolluk kuvvetlerinin kendilerine kanunla tanınmış yetkilerini kullanabilmeleri mümkündür. Özbek ve diğerleri, **2014**, s. 285.

22 SOYASLAN, **2007**, s. 301.

23 ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s. 287.

(CMK md. 100<sup>24</sup>) veya yakalamayı gerektiren durum (CMK md. 98<sup>25</sup>) ile birlikte bulunması gereken gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımının ne olduğu YGİY md. 4'e göre "Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli..." ola-

24 Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği CMK md. 100: "(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren (Değişik ibare: 6526 - 21.2.2014 / m.8) "somut delillerin" ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. (Ek: 5560 - 6.12.2006 / m.17) Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),

4. İşkence (madde 94, 95)

5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

6. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

7. (Ek: 5560 - 6.12.2006 / m.17) Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),

8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

(4) (Değişik: 6352 - 2.7.2012 / m.96) Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez".

25 CMK md. 98'e göre : "(1) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.

(2) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.

(3) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim veya mahkeme tarafından düzenlenir.

(4) Yakalama emrinde, kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir."

rak ifade edilmektedir.

Bu doğrultuda, soruşturma evrakı savcının elinde bulunan bir firarinin hakkında yakalama kararı olmaksızın kolluk kuvvetlerince yakalanabilmesi mümkündür. Zira savcıdan ya da kolluk amirinden emir alınana kadar firari şahsın kaçması söz konusudur. Bu durum ise YGİY md. 4'te tanımlanan *gecikmesinde sakınca bulunan hal* tanımına uymaktadır<sup>26</sup>.

## C. Yakalamanın Gerçekleştirilmesi

### 1. Genel Kurallar

Yakalama ile kişinin hareket özgürlüğü ortadan kaldırılmaktadır. Yakalama sonrasında öncelikle, şayet yakalananın üzerinde mevcut ise kişinin silahlardan arındırılması amacıyla *kaba üst araması*<sup>27</sup> yapılır (YGİY md. 6/2). Yakalananın kaçmasını ve suç delillerinin kaybolmasını önleyici gerekli tedbirler alınır (YGİY md. 6/2, 3). Gerekli tedbirler alındıktan sonra<sup>28</sup> yakalananın kanuni hakları bildirilir (CMK md. 90/4). Yakalananın kanuni haklarının neler olduğu CMK kapsamında düzenlenmemiştir. YGİY md. 6/4'e göre "*Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin **yakalama sebebi** ve **hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.***"

Bununla birlikte, maddede sözü geçen *diğer kanuni haklar* ifadesinin hangi hakları kapsadığı konusu belirsizdir. Öyle ki CMK kapsamında bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>29</sup>. Diğer taraftan söz konusu belirsizlik, yakalamayı gerçekleştiren kolluk kuvvetlerine bir anlamda takdir yetkisi vermektedir. Bu durum ise kuralın *sübjektif* bir nitelik kazanmasına ve dolayısıyla da *eşitlik ilkesine aykırı* bir uygulamaya neden olabilecektir. Kanaatimizce söz konusu hakların neler olduğu konusunun CMK kapsamında açıkça sayılması, *uygulama birliği* ve *hak ve özgürlüklerin korunması* adına daha makul karşılanabilir.

Yakalanan kişiye yönelik haklarının bildirilmesi, kişinin sahip olduğu hakların mahiyetini anlaması (öğrenmesi) şeklinde düşünülmelidir<sup>30</sup>. Öyle ki bildirim YGİY md. 6/4 kapsamında, *yazılılık* şartına bağlanması kanun koyucunun bu amacı benimsediğinin açık bir göstergesi niteliğindedir. Anlaşılamaz bir biçimde usulen gerçekleştirilen sözde bir bildirim, hakların kullanımı adına faydasız bir prosedürden öteye geçemeyecektir. Yakalananın Türkçe bilmemesi halinde ise mümkün olan en kısa sürede tercümandan

26 ÜNVER/HAKERİ, 2010, s. 322.

27 *Kaba üst araması* kavramı, CMK md. 116'da düzenlenmiş olan arama kavramından farklıdır. Bununla birlikte kullanılan terim yerine arama ile karıştırılma ihtimali daha düşük olan *yoklama* kavramının kullanılması önerilmektedir. Zira *yoklama*, arama boyutuna ulaşmamalıdır. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2014, s. 289.

28 Yakalanan kişinin kaçma ihtimali varsa ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz etmesi halinde zarar verebilme olasılığı mevcut ise belirtilerin varlığı halinde yakalananın kelepçe takılması mümkündür. ÜNVER/HAKERİ, 2010, s. 326.

29 Örneğin, *yakınlara haber verme hakkı* (YGİY md. 8) söz konusu *diğer haklar* arasına konulabilir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2014, s. 290.

30 ÜNVER/HAKERİ, 2010, s. 326.



faydalanarak bildirim gerçekleştirilmesi gerekir<sup>31</sup>.

Yakalama sonrasında durum derhal savcıya bildirilir ve savcının emri doğrultusunda işlem yapılır (CMK md. 90/5). Savcının emri, sonrasında yazılıya dönüştürülmek üzere, sözlü olarak verilebilmesi mümkündür (YGİY md. 6/8). Yakalama sonrasında savcının emri üzerine durum yakalananın yakınlarına bildirilir<sup>32</sup> (CMK md. 95/1). Yakalanan yabancı ise durum yakalananın vatandaşı olduğu devlet büyük elçiliğine ya da konsolosluluğuna bildirilir (CMK md. 95/2). Şikâyete bağlı suçlar bakımından şikâyetten önce bir yakalama gerçekleştirilmişse durum şikâyet hakkına sahip olan kişi/kişilere bildirilir (CMK md. 96)<sup>33</sup>. Diğer taraftan;

**“Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı** açıkça yazılır, bu **tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirtir...** Yönetmeliğe ekli «**Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu**” (EK-A) tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir.” (YGİY md. 6/7).

## 2. Özel Durumlar

Yakalama tedbiri konusunda mevzuatta bir takım kişilere yönelik bazı ayrı durumlara öngörülmüştür. Bunlar; çocuklar, *diplomasi dokunulmazlığından yararlananlar* ve *yasa-ma dokunulmazlığından yararlananlar* olmak üzere üç başlık altında ele alınabilmektedir.

### a. Çocuklar

Çocuklar, yakalama koruma tedbiri açısından ayrı bir usule tabi tutulmaktadırlar. Söz konusu durum Türk Ceza Kanunu (TCK) ve CMK dışından amacı “...korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence

31 ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s. 291; ÜNVER/HAKERİ, **2010**, s. 326.

32 Yakınlarına bildirmenin mahiyeti YGİY md. 8’ de şu şekilde düzenlenmiştir. “Yakalanan kişinin;

a) Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,

b) Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikâmet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile,

c) Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,

d) Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle, yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir...”.

33 CMK md. 96 birden fazla şikâyet hakkına sahip olan kişinin bulunması halinde, bu kimselerden en azından birine bildirim öngörülmektedir. Kanaatimizce şikâyet hakkına sahip olan tüm kişilerin yakalama durumunu öğrenme hakkı mevcuttur. Mağdurlar açısından son derece önemli olan bu düzenlemenin adres ve kimlikleri tespit edilebilen tüm mağdurlar şeklinde değiştirilmesi yönündeki görüşe katılmaktayız. Bkz. ÜNVER/HAKERİ, **2010**, s. 330.

*altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemek...*" olan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) kapsamında düzenlenmektedir. Böylelikle yasa koyucu, çocukların ceza muhakemesi sürecinde ayrıca korunması gerektiğini vurgulamaktadır.

Suçta konu fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar ile on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler yalnızca kimlik ve kendi işledikleri suçun tespiti maksadıyla yakalanabilir ve işlemden sonra derhal serbest bırakılır (YGİY md. 19/a-2). Bunlar suç nedeniyle yakalanamaz ve suç tespitinde kullanılamazlar (YGİY md. 19/a-1). Diğer taraftan on iki yaşını doldurmuş olmakla birlikte on sekiz yaşını doldurmamış olan çocukların suç nedeniyle yakalanmaları mümkündür (YGİY md. 19/b). Ancak yakalama hariç diğer tüm işlemler bizzat savcılık tarafından müdafî nezaretinde gerçekleştirilir (YGİY md. 19/b ve ÇKK md. 15). Çocuk yakalandığında durum veli ya da vasiye bildirilir (YGİY md. 19/b-1). Yakalanan çocuğa talep olmasa dahi (zorunlu) müdafî atanır ve ifade müdafî eşliğinde alınabilir (YGİY md. 19/b-2, 3). Çocuk aleyhine bir durum oluşturmamak kaydıyla ifade alınırken veli ya da vasiinin bulunabilmesi mümkündür (YGİY md. 19/b-4). Yetişkinlerden ayrı yerde tutulur ve yetişkinlerin bulunduğu bir olay mevcut ise çocuğun soruşturma ve kovuşturması ayrı yürütülür (YGİY md. 19/b-5, 6 ve ÇKK md. 16, 17). Çocuğun kimlik ve eylemleri gizli tutulur (YGİY md. 19/b-7). Mağdurun çocuk olması halinde şikâyet şartı aranmaz (YGİY md. 19/b-8). İşlemler mümkün olduğu ölçüde sivil kıyafetli memurlarca gerçekleştirilir (YGİY md. 19/b-9). Çocukların yakalanması halinde kelepçe kullanımı yasaklanmıştır (YGİY md. 19/b-10 ve ÇKK md. 18). Ancak gerekliyse çocuğun kaçmasının önlenmesi, kendisinin ya da başkalarının vücut bütünlüğünün korunması amacıyla kolluk tarafından gerekli tedbirler alınır (YGİY md. 19/b-10)<sup>34</sup>.

## **b. Diploması Dokunulmazlığından Yararlananlar**

1961 tarihli Viyana Sözleşmesi md. 29 uyarınca: *"Diplomatik ajanın şahsi dokunulmazlığı vardır. Hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Kabul eden Devlet diplomatik ajana gereken saygıyı gösterecek ve şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için uygun tüm önlemleri alacaktır."*<sup>35</sup>. Bakanlar Kurulunun 12.09.1931 tarihli kararname kapsamında bağıışıklıktan yararlanabilecek olanlar belirtilmektedir.

*"Buna göre, büyükelçi, elçiler, maslahatgüzar, elçilik müsteşarı, elçilik kâtipleri, elçilik ataşeleri, askerî ataşeleri ve bunların yardımcıları birinci sınıfı oluşturmaktadırlar. Bu sınıf mensuplarının eşleri ve beraber oturan çocukları ve diğer aile efradı ise, ikinci sınıfı oluşturmakta ve bunlar da diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıktan tam olarak yararlanmaktadırlar. Üçüncü sınıf personel ise, elçiliğin idarî ve teknik personelinden oluşmaktadır. Bunlar; elçilik doktoru, elçilik hukuk müşavirleri, kançılara memurları olup, mensup oldukları "Gönderen Devlet" uyuğundan memur*

34 ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, ss. 292-293; ÜNVER/HAKERİ, **2010**, s. 331; ŞAHİN, **2003**, ss. 163-167.

35 Ayrıca bkz. ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s.293.

*sıfatıyla bu göreve atanmaları, tek ve asıl görevlerinin de sefaret hizmeti olması gerekmektedir. Bu memurların eşleri, birlikte oturdukları çocukları ve diğer aile mensupları ise dördüncü sınıfı oluşturmaktadır. Diğer elçilik mensupları ve kabul eden Devlet (Türkiye) vatandaşı olup, elçiliklerde kavas, bahçıvan, ahçı, garson, şoför gibi çalışanlar diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan istifade edememektedirler.”<sup>36</sup>.*

Diplomatik bağışıklıkların kötüye kullanılabilmesi mümkündür. Bu nedenle söz konusu bağışıklıklar, amaçlarından uzaklaştırılarak, bağışıklık sahibinin hukukun üzerine çıkarılması neticesine varmamalıdır. Bu maksatla, bahsi geçen bağışıklıkların kötüye kullanılmasına yol açan uluslararası düzenlemelerde gereken değişikliklere gidilmesi, başta hukukun işlevselliği bakımından önerilebilmektedir<sup>37</sup>.

### c. Yasama Dokunulmazlığından Yararlananlar

Anayasa md. 83/2'ye göre “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz”. Söz konusu bağışıklığın istisnası aynı hükmün devamında şu şekilde düzenlenmektedir: “Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmalarına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.”. Söz konusu bağışıklık yasama dokunulmazlığı olarak anılmaktadır. Yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerinin görevleri esnasında keyfi ya da asılsız cezai işlemlerden korunması suretiyle etkin bir biçimde görev icra edebilmelerinin sağlanmasıdır<sup>38</sup>.

“Ağır cezayı gerektiren suç” nitelemesi, ağır ceza mahkemesinin görevini işaret etmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun md. 12'ye göre ağır ceza mahkemesinin görevi şu şekilde düzenlenmektedir.

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş,

36 Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 01.03.2008 tarih ve 72/1 numaralı Genelge, md. 11, (www.adalet.gov.tr), (E.T. 20.11.2014).

37 GÖZLÜGÖL, Said Vakkas. “Diplomatik Dokunulmazlıkların ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2013, C. 19, S. 1, (ss. 99-127), s. 124.

38 Yasama dokunulmazlığı konusunda bkz. TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, ss. 396-404; ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, ss. 279-283; GÖREN, Zafer. **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, ss. 223-226; GÖZLER, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014, ss. 204-210; ERDOĞAN, Mustafa. **Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, ss. 268-269.

Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”

Anayasa'nın 14. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasını düzenlemektedir<sup>39</sup>. Söz konusu düzenleme ile işaret edilen eylemlerin, TCK' da düzenlenen hangi suçları kapsamına aldığı konusunun *belirsiz* oluşu öğretilmektedir<sup>40</sup>.

*Teziç'e* göre ise söz konusu düzenleme ile *devletin bütünlüğüne yönelik eylemler* anlaşılmalıdır<sup>41</sup>. İfade bu şekilde anlaşılrsa dahi hangi suç tiplerinin devletin bütünlüğüne yönelik eylemlerden sayılacağı konusu tartışmalı niteliğini sürdürmektedir. Devlete yönelik suçlar kapsamında, TCK'nın dördüncü kısmının üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci bölümünde düzenlenen çok sayıda suç tipi mevcuttur. Bu suçlar özellikle karşılık cezalar bakımından farklılık arz etmektedir. Örnek vermek gerekirse, *Cumhurbaşkanına hakaret* suçuna karşılık bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası (TCK md. 299); *devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak* suçuna karşılık olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmektedir (TCK md. 302). Her iki suç tipi de devlete karşı fiiller olsa da karşılık cezalar bakımından son derece farklıdırlar. Dolayısıyla söz konusu suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında ele alınıp alınamayacağı konusu kişiye göre farklı değerlendirilebilecektir.

Özbudun'a göre ağır ceza gerektiren suçüstü halinde, *isnadın ciddiyeti konusunda kuvvetli bir karinenin varlığı* kabul edilirken; Anayasa'nın 14. maddesi bakımından ise aynı durum söz konusu değildir. Bu nedenle de anılan düzenleme, dokunulmazlık müessesesi ile bağdaşmamaktadır. Diğer bir ifadeyle yazar, ağır ceza gerektiren suçüstü hali istisnasını uygun bulmaktayken; Anayasa'nın 14. maddesi istisnasını ise isnadın ciddiyetini gösteren bir karine olmamasından dolayı dokunulmazlık ile bağdaştırılamamaktadır. Zira suçun ağırlığı, isnadın da ciddi olduğuna dair bir karine sayılamayacaktır<sup>42</sup>.

Kanaatimizce Özbudun tarafından ileri sürülen düşünce dokunulmazlık kurumunun

39 Anayasa md. 14: “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”.

40 ERDOĞAN, 2011, s. 269.

41 TEZİÇ, 2009, s. 400.

42 ÖZBUDUN, 2002, ss. 279-280.

varlık amacı çerçevesinde son derece yerinde bir değerlendirmedir. Gerçekten de dokunulmazlığın milletvekillerine yönelik asılsız suçlamalara karşı bir koruma oluşturduğundan bahisle, istisnanın ancak suçüstü hali gibi fiilin işlendiği konusunda tartışmasız bir olgunun varlığına bağlanması gayet makuldür<sup>43</sup>. Aksi yönde bir yaklaşım, başta dokunulmazlık zırhının kolayca delinebilmesi gibi bir sonuca neden olabilecektir ki bu durum, dokunulmazlık kurumunun işlevsiz kalması anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle, Anayasa md. 83/2 kapsamında düzenlenen Anayasa'nın 14. maddesi istisnasının kaldırılması dokunulmazlık kurumunun işlevselliği bakımından yerinde bir değişiklik olacaktır. Kaldı ki ağır cezayı gerektiren suçüstü hali istisnası tek başına, devlete karşı olan suçlar bakımından da *etkin, belirgin ve yeterli* bir istisna niteliği taşımaktadır.

Diğer taraftan söz konusu dokunulmazlık *nisbî ve geçicidir*. Nisbî niteliği, dokunulmazlığın TBMM tarafından kaldırılabilmesi anlamına gelir<sup>44</sup>. Geçici oluşu ise dokunulmazlığın milletvekilliği/bakanlık süresince bir koruma sağlamasıdır<sup>45</sup>. Bu nitelikler ise dokunulmazlık kurumunun sahibi tarafından suiistimal edilmesinin önündeki güvenceler olarak kabul edilebilir.

### 3. Yakalama Sonrası Gerçekleştirilen İşlemler

#### a. Serbest Bırakma, Gözaltı ve Gözaltı Süresinin Uzatılması Kararı

Yakalama sonrasında derhal savcılığa gönderilen kişi hakkında serbest bırakma kararı verilebilir. Şayet serbest bırakma kararı verilmez ise savcılık soruşturmanın tamamlanabilmesi amacıyla kanuni şartların mevcut olması halinde gözaltı kararı verebilir (CMK md. 91/1). Gözaltı kararı verilebilmesi kanun koyucu tarafından iki şarta bağlanmıştır: 1) gözaltı kararı soruşturma bakımından zorunlu olmalıdır, 2) kişinin suçu işlediği yönünde *somut delillerin varlığı* gerekmektedir (CMK md. 91/2).

Serbest bırakma ya da gözaltı kararı savcı tarafından verilir. Kararların savcı tarafından *sözlü olarak* verilebilmesi mümkündür. Diğer taraftan savcı tarafından serbest bırakma kararı verilmemesi hali, gözaltı kararı verilmesi anlamına gelmektedir<sup>46</sup>.

Kural olarak gözaltı süresi yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Bu süreye kişinin en yakın hâkim önüne gönderilmesi (yol) süresi dâhil değildir. Yol süresi ise azami on iki saattir (CMK md.91/1 ve YGİY md. 13/2). Diğer taraftan toplu işlenen suçlarda; başta şüpheli sayısının çokluğundan kaynaklanan delil toplama süresinin uzaması durumu, gözaltı süresinin her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılabilmesine imkân tanımaktadır. Ancak bu halde savcının uzatma kararını yazılı olarak vermesi gerekmektedir (CMK md. 91/3 ve YGİY md. 14/1). Sürelerin bitmesiyle birlikte gözaltı durumu da ortadan kalkmaktadır. Bu noktada artık kişi hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz (YGİY md. 14/1). Kişi aleyhine yeni ve yeterli bir takım

43 Kaldı ki birçok anayasada dokunulmazlığın istisnası olarak *ağır cezalı meşhut suçlar* olarak belirlenmektedir. Çünkü bu durumda cezai işlemin asılsızlığı ya da siyasi nitelikli olduğu konusunda herhangi bir sav ileri sürülememektedir. TEZİÇ, **2009**, s. 399.

44 Dokunulmazlığın kaldırılması usulü TBMM İçtüzüğü md. 131-134 arasında düzenlenmektedir.

45 TEZİÇ, **2009**, ss. 396-402; ÖZBUDUN, **2002**, ss. 279-280; GÖREN, **2011**, ss. 225; GÖZLER, **2014**, s. 209.

46 ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, s. 296.

deliller olmaksızın kişinin aynı nedenle gözaltına alınabilmesi de mümkün değildir (CMK md. 91/5 ve YGİY md. 18). Sürelerin dolmasına rağmen kişinin salınmaması durumunda kişinin derhal sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılması gerekir. Sulh ceza hâkimi kişinin serbest bırakılmasına, tutuklanmasına ya da adli kontrole tabi tutulmasına karar verebilecektir (CMK md. 91/6 ve YGİY md. 16).

### b. Kararlara Karşı İtiraz Usulü ve Tazminat Talebi

Yakalamaya, gözaltı ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin savcılık kararlarına karşı itiraz, *sulh ceza hâkimine* yapılabilir. İtiraz; *yakalanan kişi, müdafii, kanuni temsilcisi, eşi* ya da *birinci* ve ya *ikinci derecede kan hısımları* tarafından öne sürülebilmektedir (CMK md. 91/1 ve YGİY md. 15). Sulh ceza hâkimi itirazı en geç yirmi dört saat içerisinde sonuçlandırmalıdır. Hâkim inceleme neticesinde itirazı haklı bulmazsa itirazın reddine ve kişinin savcılık huzurunda hazır bulunmasına karar verir (CMK md. 91/4). İtirazın kabulü halinde ise yakalanan derhal serbest bırakılır (YGİY md. 17/5). Bu durumda kişi aleyhine yeni ve yeterli deliller bulunmadıkça kişiye aynı nedenle savcı tarafından yakalama yapılabilmesi mümkün değildir (CMK md. 91/5 ve YGİY md. 18). Kişinin ıslah ya da tedavi altına alınması gereken kişilerden olması durumunda ise kişi derhal ilgili kuruma teslim edilir (YGİY md. 17/2)<sup>47</sup>.

Herkes tarafından yapılan yakalamalar hariç olmak üzere, kanuna aykırı yakalama ve kanuni gözaltı süresi içerisinde hâkim önüne çıkarılmama hallerinde devletin *tazminat sorumluluğu* doğmaktadır<sup>48</sup>. Tazminat haksızlığa uğrayan kişinin uğradığı *maddi ve manevi zararları* kapsamaktadır (CMK md 141). "*Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.*" (CMK md. 142). Tazminat talebi ağır ceza mahkemesine yapılır (CMK md. 142/2). "*Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu eder.*" (CMK md. 141/4). Haksız gözaltı, iftiradan ya da yalan tanıklıktan ileri gelmişse devlet, tazminat miktarının ifası amacıyla, iftira atana rücu eder (CMK md. 143/3).

Anayasa md. 148/3 kapsamında öngörülen *bireysel başvuru* usulüne göre "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*". Bu kapsamda haksız yakalama ve gözaltı işlemlerinin bireysel başvuruya konu edilebilmesi de mümkündür<sup>49</sup>.

6332 sayılı Kanun ile kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK), kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğine sahip bir kurum olarak, insan haklarının

47 ÖZBEK ve diğerleri, **2014**, ss. 299-300.

48 ÜNVER/HAKERİ, **2010**, s. 473.

49 Bireysel başvuru hakkının kullanılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEYİ, Nazmiye. **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 53-147.

korunması amacıyla polis hakkındaki işkence ve kötü muamele konusunda şikâyetleri değerlendirmektedir. 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu md. 4 uyarınca Kurumun görevleri şunlardır:

“(1) Kurum, insan haklarının korunmasına, geliştirilmesine ve ihlallerin önlenmesine yönelik çalışmalar yapmak; işkence ve kötü muamele ile mücadele etmek; şikâyet ve başvuruları incelemek ve bunların sonuçlarını takip etmek; sorunların çözüme kavuşturulması doğrultusunda girişimlerde bulunmak; bu amaçla eğitim faaliyetlerini yürütmek; insan hakları alanındaki gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek amacıyla araştırma ve incelemeler yapmakla görevli ve yetkilidir.

(2) Kurum, bu Kanun ve diğer mevzuatla Kuruma verilen inceleme, araştırma, ziyaret ve başvuruları inceleme görevi esnasında bir suçun işlendiğini öğrenmesi hâlinde, genel hükümlere göre işlem yapılabilmesi için gerekli gördüğünde ihbar veya şikâyette bulunabilir.”

Dolayısıyla TİHK insan hakları ihlali konusunda inceleme yapma ve inceleme neticesinde suç işlendiği konusunda kanaat oluşması halinde ise durumu ilgili makama bildirmekle yetkilendirmiştir. Bu itibarla polis tarafından gerçekleştirilen haksız yakalama ve sair hukuka aykırı işlemlere karşı TİHK'na başvurabilmek de mümkündür.

## II. İngiliz Hukuku'nda Yakalama

### A. Genel Olarak İngiliz Hukuk Sistemi

#### 1. Teamül ve Nasfet (Hakkaniyet)

İngiliz Hukuk Sistemi<sup>50</sup>, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nden farklı olarak *common law* olarak adlandırılan ve ağırlıklı olarak mahkeme içtihatlarına dayanan bir hukuk geleneği olarak tanımlanabilir. *Common law* kelimesi Türkçe'de; teamül ya da içtihat hukuku, örf ve adet hukuku, müşterek hukuk veya Anglo-Sakson Hukuku şeklinde karşılık bulabilmektedir. Diğer bir anlamıyla (geniş anlamıyla) *common law*; Parlamento tarafından gerçekleştirilen yasamanın dışında yer alan ve *nasfet hukuku* (*the law of equity*) da dâhil olmak üzere mahkemeler tarafından oluşturulan hukuk anlamına gelmektedir. *Nasfet* (*equity*) her ne kadar geniş anlamda *teamül hukuku* (*common law*) ile aynı niteliğe sahip olsa da aslında ortaya çıkış ve gelişim süreci bakımından iki hukuk türü farklıdır. Öncelikle *nasfet*, teamül hukukunun katılığına karşılık olarak geliştirilmiştir. Kanun yollarındaki adletsizliğe karşı, Kralın vicdan/adaletinin koruyucusu olup Kral adına karar veren nasfet yoluna (Court of Chancery/yüksek mahkemeye) başvurmak mümkündür. Teamül hukuku ile nasfet (hakkaniyet) olmak üzere iki farklı usulün varlığı sistemin karmaşık ve yavaş işlemesine neden olmaktadır. Öyle ki her iki sistemin ayrı mahkemeleri mevcuttu. Neticede 1873-75 reformlarıyla eski teamül hukuku mahkemeleri (*common law courts*) ile Nasfet

50 *Birleşik Krallık Hukuk Sistemi* içerisinde; İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda Hukuk sistemleri yer almaktadır. Çalışma kapsamında bahsi geçen İngiliz Hukuk Sistemi, İngiltere ve Galler için geçerli olan sistemi ifade etmektedir.

Mahkemesi (Court of Chancery) yerine hem hukuk hem de hakkaniyeti birlikte ele alabilen High Court (Yüksek Mahkeme) kurulmuştur. Böylelikle sistemde birlik sağlanabilmiştir<sup>51</sup>.

## 2. Mahkemeler

Mevcut durumda İngiltere'deki mahkemeleri, *alt derece mahkemeleri (inferior courts)* ve *yüksek mahkemeler (superior courts)* olmak üzere ikili bir sınıflandırma çerçevesinde ele almak mümkündür. Buna göre alt derece mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasındaki en belirgin farklılık; mahkeme kararına uymama durumunda mahkemenin sahip olduğu yetki ile ilk derece mahkemelerinin bir yüksek mahkemenin denetimine tabi olması hususları olarak gösterilebilir. Söz konusu sistemde mevcut alt derece mahkemeleri, *Magistrates' Courts* ve *County Courts*; yüksek mahkemeler ise *Supreme Court*, *Court of Appeal*, *High Court*, *Crown Court*, *Privy Council* ve *Employment Appeal Tribunal* adı altında faaliyet göstermektedir<sup>52</sup>.

İngiliz mahkeme sisteminin yapısı bin yıldan uzun bir süreçte oluşması nedeniyle son derece karmaşıktır. Farklı türden davalar çeşitli mahkemelerde görülebilmektedir. Örneğin kural olarak her ceza davası *Magistrates' Court*'ta görülmesine rağmen bazı dosyalar taşıdığı önem nedeniyle *Crown Court*'ta görülebilmektedir. Hukuk davaları ise bazen *Magistrates' Court*'ta bazense *County Court*'ta görülebilmektedir<sup>53</sup>. Bu itibarla İngiliz sisteminde mahkemeleri, *ceza davaları-hukuk davaları* ayrımı çerçevesinde ele almamak gerekir.

2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu doğrultusunda 1 Ekim 2009 tarihi itibarıyla *Appellate Committee of House of Lords* yerine *Supreme Court of the United Kingdom (Birleşik Krallığın Yüksek Mahkemesi)* getirilmiştir. Böylelikle temyiz mercii açıkça parlamento ve hükümetten ayrılmıştır. Mahkeme, Birleşik Krallık'ta yer alan İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda açısından hem hukuk hem ceza davalarına; İskoçya açısından ise yalnızca hukuk davalarına bakmaktadır<sup>54</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin parlamentoda kabul edilmesine kadar Birleşik Krallık'ta kişilerin sözleşme korumasını ulusal mahkemelerde ileri sürebilmeleri mümkün olmadığı için ihlal mağduru kişiler doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvuruda bulunmaktaydılar. Parlamentoda 1998 yılında kabul edilen yasanın 2 Ekim 2000 tarihi itibarıyla yürürlük kazanması ile birlikte kişiler, Birleşik Krallık sınırlarında AİHS ile korunan hak ve özgürlüklere yönelik taleplerini, ulusal mahkemelerde (Birleşik Krallık Mahkemeleri'nde) öne sürebilme imkânına kavuşmuştur. İkincilik *ilkesi* gereği kişilerin AİHM'ne gitmelerinden önce iç hukuk yollarını tüketmeleri gerekmektedir.

51 WILSON, Steve/ MITCHELL, Rebecca/ STOREY, Tony/ WORTLEY, Natalie. **English Legal System**, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 2011, ss. 6-8.

52 WILSON ve diğerleri, 2011, s. 16; Ayrıca bkz. BARNETT, Hilaire. **Britain Unwrapped Government and Constitution Explained**, Penguin Books, London, 2002, ss. 416-422.

53 **Courts and Tribunals Judiciary**, "Structure of the Court System", (<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/>), (25.11.2014).

54 The Supreme Court, **The Supreme Court**, (<https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>), (26.11.2014).



Diğer taraftan yürürlükte olan tüm mevzuatın AİHS ile uyumlu olup olmadığı yönünde yorumda bulunmak, Birleşik Krallık'ta mevcut tüm mahkemelerin ortak görevi olarak kabul edilmektedir. Mahkemenin gerçekleştireceği yorum neticesinde mevzuat hükmünün AİHS ile bağdaşmadığı kanaati oluşursa mahkeme, *uyumsuzluk bildirisi (declaration of incompatibility)* yayımlar. Söz konusu *uyumsuzluk bildirisi* parlamentoya yasal bir yükümlülük getirmez ya da uyumsuz bulunan düzenlemenin iptaline sebep olmaz. Bununla birlikte bildiri, yasamaya gerekli değişikliğin yapılması yönünde açık bir mesaj niteliği taşır. AİHS'nin etkisi AİHM içtihatlarının da Birleşik Krallık mahkemelerince gözetilmesi sonucuna neden olmaktadır<sup>55</sup>. Bu nedenle de Birleşik Krallık'ta bulunan hiçbir ulusal mahkeme "...güçlü bir gerekçe olmaksızın Strazburg içtihatlarının etkisini hafifletemez ya da zayıflatamaz."<sup>56</sup>.

### 3. Kaynaklar

İngiliz Hukuk Sistemi, *parlamento ve mahkemeler* olmak üzere iki temel kaynaktan oluşmaktadır. Parlamento açısından, *Avam Kamarası* ve *Lordlar Kamarası* tarafından kabul edilen tasarı, Kraliyet onayını aldığı anda kanunlaşmaktadır. Mahkemelerin yasayı yorumlama ya da teamül oluşturdukları kararları da yine hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Başta teamül hukuku en önemli hukuk kaynağı olarak kabul edilirken, yasa koyucu olarak Parlamento'nun nüfuzunu arttırması neticesinde, yasama temel hukuk kaynağı niteliğine bürünmüştür<sup>57</sup>.

Diğer taraftan İngiltere'nin Avrupa Birliği'ne katılmasından bu yana Avrupa Birliği Hukuku da İngiliz Hukuk Sistemi'nin bir kaynağı olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda İngiliz Hukuku ile Avrupa Birliği Hukuku büyük ölçüde örtüşmektedir. Öyle ki İngiliz Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku'nun yeniden ifade edilmiş şekli olarak tanımlanabilmektedir<sup>58</sup>.

## B. Polis Gücü ve Yakalama

### 1. Polis Gücü

İngiliz Hukuku'nda *polis gücü*, Anayasa Hukuku'nun bir konusu olarak kabul edilmekte ve çoğu Anayasa Hukuku kitabında ayrıca ele alınmaktadır<sup>59</sup>. Polis gücü konusundaki

55 The Supreme Court, **The Supreme Court and European Court of Human Rights**, (<https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>), (26.11.2014).

56 Lordlar Kamarası, 17 Haziran 2004 tarihli Ullah, R (on the Application of) v. Special Adjudicator Kararı içerisinde **Lord Bingham of Cornhill**, 20. Paragraf, (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/26.html>), (26.11.2014).

57 WILSON ve diğerleri, 2011, s. 3

58 SLAPPER, Gary/ KELLY, David. **The English Legal System**, Ninth Edition, Routledge-Cavendish, Oxon, 2009, s. 67.

59 Bkz. PARPORTH, Neil. **Constitutional & Administrative Law**, 7th Edition, Oxford University Press, Hampshire, 2012, ss. 448-483; BRADLEY, A. W./ EWING, K. D. **Constitutional & Administrative Law**, 15th Edition, Pearson Education Limited, Malaysia, 2011, ss. 447-475; BARNETT, Hilaire. **Constitutional & Administrative Law**, Fourth Edition, Cavendish Publishing, London, 2002, ss. 716-747; LOVELAND, Ian. **Constitutional, Administrative Law and Human Rights: A Critical Introduction**, Sixth Edition, Oxford University Press, Croydon, 2012, ss. 709-743; ALDER, John. **General Principles of Constitutional and**

temel düzenlemelerden biri olarak kabul edilen 1984 tarihli *Police and Criminal Evidence Act (Polis ve Kriminal Delil Yasası) (PACE)* polise geniş yetki tanımaktadır. Söz konusu yetki, neticede polis memurunun takdir kullanımını da zorunlu kılmaktadır. Davranış biçiminin şartlara uygun olmadığı kanaatine vardığında kişiyi durdurma, arama ya da yakalama yapabilmesi polise tanınan geniş takdir yetkisine örnek olarak gösterilebilmektedir. Bununla birlikte söz konusu geniş yetki, başta yargısal denetime tabi olmasından dolayı tümüyle sınırsız değildir. Polis yetkisini aştığı takdirde mahkemeler duruma müdahale edecektir<sup>60</sup>.

1996 tarihli *Police Act (Polis Yasası)* kapsamında Galler ve İngiltere üç farklı polis bölgesine bölünmektedir. Bunlar: *The Metropolitan Police (Büyükşehir Polisi)* bölgesi, *The City of London Police (Londra Polisi)* ve *Yasaya ekli 1 numaralı çizelgede* belirtilen polis bölgeleridir<sup>61</sup>. *The Metropolitan Police (Büyükşehir Polisi)*; 1829 yılında, ilk modern İngiliz gücü olarak, doğrudan İçişleri Bakanlığı'na bağlı bir yapı olarak kurulmuştur. Mevcut mevzuat kapsamında *Büyükşehir Polisi*, İçişleri Bakanlığı'na değil, *The Metropolitan Police Authority (Büyükşehir Polis Otoritesi)*'ne bağlı bulunmaktadır. *Büyükşehir Polis Şefi*, *Büyükşehir Polis Otoritesi* ve *Londra Valisi'nin görüşünü alan İçişleri Bakanlığı'nın* teklifi ile *Taç* tarafından atanmaktadır. *Londra Polisi* ayrı bir güçtür. *Londra Polis Şefi ve Komiseri*, *The Court of Common Council (Şehir Meclisi Divanı)* tarafından, İçişlerinin onayı ile atanmaktadır. Londra dışında ise 1 numaralı çizelgede 41 polis bölgesi mevcuttur<sup>62</sup>.

## 2. Yakalama ve Türleri

*Yakalama*, polise münhasır bir yetki olmasa dahi yakalamaların büyük çoğunluğu polis tarafından gerçekleştirilmektedir. Yakalamanın önemi, yakalama ile birlikte yakalanan kişinin özgürlüğünü kaybetmiş olmasıdır ki şayet yakalama meşru ise devamında meşru bir tutma (gözaltı) haline dönüşecektir. İngiliz Hukuku'nda yakalama, Türk Hukuku'nda olduğu gibi *müzekkereli yakalama (arrest with a warrant)* ve *müzekkeresiz yakalama (arrest without a warrant)* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>63</sup>.

*Müzekkere*<sup>64</sup>, yeminle kanıtlanmış yazılı bir başvuru (açıklama) sonrasında hâkim (magistrate) tarafından verilmektedir. Müzekkerenin polis memuru tarafından; İngiltere, Galler ve son olarak 1994 tarihli *Criminal Justice and Public Order Act*<sup>65</sup> ile *İskoçya'* da yerine getirilebilmesi mümkündür. Müzekkere polisin yanında olmasa dahi suçlanan kişi

---

**Administrative Law**, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Ebbw Vale, 2002, ss. 344-358.

60 PARP WORTH, 2012, s. 448.

61 1996 tarihli *Police Act* ve *Schedule 1* (1 numaralı çizelge) için bkz. *Legislation, Police Act 1996*, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/16/introduction>), (27.11.2014).

62 BRADLEY/EWING, 2011, s. 447.

63 BRADLEY/EWING, 2011, s. 451.

64 Müzekkereli yakalama konusunda *Magistrates' Court Act 1980 (MCA)* önemli bir yere sahiptir. Yasa için bkz. *Legislation, Magistrates' Court Act 1980*, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/43>), (27.11.2014).

65 *Legislation, Criminal Justice and Public Order Act 1994*, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>), (27.11.2014).

polis tarafından yakalanabilmektedir. Ancak böyle bir durumda, yakalamanın akabinde mümkün olan en kısa sürede müzekkerenin yakalanana gösterilmesi gerekmektedir<sup>66</sup>. Diğer taraftan müzekkereyi düzenleyen hâkim yetkisiz dahi olsa, müzekkerenin geçerli olduğu konusunda kanaat oluşturup yakalamayı gerçekleştiren *iyiniyetli* polis memuru, *Constables' Protection Act 1750*<sup>67</sup> uyarınca, yakalamadan kaynaklı sorumluluktan kurtulmaktadır. Polisin söz konusu korumadan faydalanabilmesi için *müzekkerede yakalanması istenen kişiye yönelik* gerçekleştirilmiş bir yakalama var olmalıdır<sup>68</sup>. Aksi durumda, hukuka aykırı yakalamadan dolayı yakalamayı gerçekleştiren polisin sorumluluğu doğacaktır. Bununla birlikte yakalama müzekkeresi sayesinde polis, mülke girme ve arama yapma hakkına kavuşur. Şayet yakalama için gerekliyse polis, *makul ölçüde* güç kullanabilmektedir<sup>69</sup>.

*Müzekkeresiz yakalama*, *Serious Organised Crime and Police Act 2005*<sup>70</sup> ile yeniden düzenlenmiştir. Buna göre yeni düzenleme, *yakalamanın mümkün olduğu suçlar ile yakalamanın mümkün olmadığı suçlar* şeklindeki ayrımı ortadan kaldırmıştır. Mevcut düzenlemeye göre müzekkeresiz yakalama polis tarafından dört halde gerçekleştirilebilmektedir. Bahsi geçen haller şunlardır: **a)** suç işlemek üzere olan kişiye yönelik yakalama, **b)** suç işlemekte olan kişiye yönelik yakalama, **c)** suç işlemek üzere olduğuna dair *haklı gerekçe (reasonable grounds)* bulunan kişiye yönelik yakalama ve **d)** suç işlemekte olduğuna dair *haklı gerekçe (reasonable grounds)* bulunan kişiye yönelik yakalama<sup>71</sup>. Bir polis memuru yalnızca kendisinden daha kıdemli bir memur tarafından yakalama talimatı verilmesini haklı gerekçe olarak öne süremez. Diğer taraftan polis memuru; güvenilir ya da değil siviller tarafından verilen bilgilere ya da başka memurların bilgilenmelerine dayalı olarak haklı gerekçenin varlığını öne sürebilmektedir<sup>72</sup>.

*Müzekkeresiz yakalama* belirli şartlar dâhilinde polis dışındaki diğer kişilerin de yakalama yapabilmesine imkân tanımaktadır (PACE md. 24A). Buna göre takibi şikâyete bağlı olmayan bir suç işleniyorken ve kişinin suç işlediği konusunda haklı gerekçenin varlığı durumunda polis dışındaki üçüncü kişiler de müzekkeresiz yakalama gerçekleştirebilmektedir. Bunun yanında, takibi şikâyete bağlı olmayan bir suçun işlendiği yerde, suça konu eylemi gerçekleştiren kişinin ya da suçtan sorumlu olduğu konusunda haklı gerekçenin varlığı halinde şüpheli bir kişinin yakalanması da mümkündür. Herkes tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olan bu tür bir yakalama konusunda benimsenen suç

66 Magistrates' Court Act 1980, Statement 125D/2.

67 Legislation, **Constables' Protection Act 1750**, (<http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo2/24/44>), (27.11.2014).

68 BRADLEY/EWING, 2011, ss. 451-452.

69 Legislation, **Police and Criminal Evidence Act 1984**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>), (27.11.2014); Bradley/Ewing, s. 452.

70 Legislation, **Serious Organised Crime and Police Act 2005**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/15/contents>), (27.11.2014).

71 BRADLEY/EWING, 2011, s. 452.

72 Court of Appeal, 2009 tarihli, **Buckley & Ors v. Thames Valley Chief Officer Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/356.html>), (27.11.2014).

türü sınırlaması önemli olmakla birlikte, polis dışındaki üçüncü kişilerin, yakalamaya dayanak suçun şikâyete bağlı olup olmadığını sağlıklı bir şekilde değerlendirmelerini beklemek çok gerçekçi olmayacaktır. Diğer taraftan herkes tarafından gerçekleştirilebilen yakalama konusunda fazla kullanışlı olmayan başkaca sınırlamalar da yine PACE md. 24A kapsamında yer almaktadır. Buna göre polis dışındaki bir kişinin yakalama yapabilmesi için md. 24A-4<sup>73</sup> kapsamında sayılan nedenlerden biri/birkaçı dâhilinde yer alan haklı bir sebebe sahip olmalıdır. Tüm bu ayrıntılı düzenlemelerle sınırlandırılmış yetki kullanımı, uygulamada vatandaşlardan çok memurlara (polislere) tanınmış olan bir yetki olarak nitelendirilebilmektedir. PACE dışında *içtihat hukukunda* da müzekkeresiz yakalama yer almaktadır<sup>74</sup>. Buna göre bir polis memuru *asayiş bozan* kişiyi yakalama yetkisine sahiptir. Acil bir durumla başa çıkma amacı doğrultusunda söz konusu yetki polis kadar normal vatandaşların da sahip olduğu bir yetkidir<sup>75</sup>. *Regina v. Howell* kararına göre asayiş bozan eyleme dayanan yakalama şu hallerde gerçekleştirilebilir: **a)** asayiş bozucu eylem gerçekleştiği sırada, **b)** yakalama gerçekleştirilmediği takdirde yakın bir zamanda asayiş bozucu eylemin gerçekleştirilmesine yönelik *makul bir inancın* bulunması durumunda, **c)** ya da asayiş bozucu eylemin gerçekleştirilmesiyle birlikte söz konusu eylemin sürdürülmesi/uzatılması konusundaki tehdide ilişkin *makul bir inancın* varlığı halinde. Bununla birlikte aynı içtihat kapsamında *asayiş bozma* da tanımlanmaktadır. Buna göre: bir kişiye ya da kişinin mülküne yönelen ya da yöneleceği yönünde tehdit oluşturan bir davranış ve ya bu gibi bir zararın oluşacağı yönünde kimseye korku salan bir davranış *asayiş bozma* olarak nitelendirilebilecektir<sup>76</sup>. Söz konusu asayiş bozma durumu, özel mülkte de gerçekleşebilmektedir<sup>77</sup>.

### 3. Yakalamada Usul

Usulüne uygun bir yakalamada öncelikle yakalamanın hukuken yetkili kimse tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte söz konusu koşul tek başına yeterli değildir. Yakalamanın usule uygun olması için yakalama durumunun ve yakalama sebebinin yakalanana izah edilmesi gerekmektedir (PACE md. 28/1). Aksi halde yakalama hukuka aykırı olacaktır (PACE md. 28/3)<sup>78</sup>. Yakalama memur eliyle gerçekleştirildiğinde yakala-

73 **PACE md. 24A/4:** "Kişinin engellenmesi için söz konusu sebepler- a) kişinin kendine ya da başkalarına fiziksel zarar verme ihtimalinin bulunması, b) kişinin fiziksel acı çekiyor olması, c) kişinin mala zarara ya da mal kaybına sebep olması, d) polis memurunun kişinin sorumluluğunu üzerine alana kadar kişinin kaçma ihtimalinin olması."

74 BRADLEY/EWING, 2011, s. 453.

75 Court of Appeal, 2002 tarihli, **Chief Constable of Humberside Police v. Mc Quade Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1330.html>), (28.11.2014).

76 Court of Appeal, 1982 tarihli, **Regina v. Howell Kararı**, ([http://www.hrcc.org/safrica/arrested\\_rights/Regina\\_Howell.htm](http://www.hrcc.org/safrica/arrested_rights/Regina_Howell.htm)), (28.11.2014).

77 Asayiş bozma eyleminden etkilenmesi muhtemel tüm insanlar özel mülk içerisindeyseler ve davranış dışarıda bulunan başkaca kimseyi kapsamıyorsa söz konusu davranış asayiş bozmanın özel mülkte gerçekleştiği kabul edilmektedir. Court of Appeal, 1990 tarihli, **Mc Connel v. Chief Constable of Greater Manchester Kararı**, ([http://www.freebeagles.org/caselaw/CL\\_bp\\_McConnell\\_full.html](http://www.freebeagles.org/caselaw/CL_bp_McConnell_full.html)), (28.11.2014).

78 Mümkün olmasına karşın polis bilgilendirme ödevine riayet etmediği takdirde; bilgilendirmenin mümkün

ma durumu ve sebebi her ne kadar açık olursa olsun izah yükümlülüğü yine de derhal yerine getirilmelidir (PACE md. 28/2, 4). Söz konusu bildirim yakalamanın gerçekleşmesinden sonra *mümkün olan en kısa süre içerisinde* gerçekleştirilmelidir (PACE md. 28/1, 3). Bildirimin yakalanana teknik bir dille değil yakalananın anlayacağı şekilde işin esasını aydınlatır biçimde yapılması gerekmektedir<sup>79</sup>. Bildirim yükümlülüğü yakalanana, hakkında tutulan dosya içeriğindeki tüm ayrıntıların izahı anlamına da gelmez<sup>80</sup>. Durdurma ve aramanın aksine, yakalama yapan polisin üniformasız dahi olsa kimliğini ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>81</sup>.

#### 4. Yakalama Sonrası Gerçekleştirilen İşlemler

Yakalanan kişinin kendisine ya da başkalarına yönelik tehlike oluşturduğuna dair *haklı gerekçe* var ise polis memuru yakalanan üzerinde arama yapabilir. Yakalamaya neden olan eylem takibi şikâyete bağlı olmayan bir suçla karşılık gelmekte ise polis yakalananın yakalama esnasında ya da yakalamadan evvel bulunduğu özel mülkte de *haklı gerekçe* mevcut ise arama yapabilir. Aramanın suça ilişkin delillere yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kişinin üst araması yapılırken kamuya açık bir alanda tümüyle soyunması istenemez. Polis ancak kişiden kaban, ceket ve gözlük çıkarmasını isteyebilir. Diğer taraftan ağız içi aramasının yapılabilmesi de mümkündür. Arama neticesinde yakalananın fiziksel zarar maksadıyla faydalanabileceği konusunda haklı gerekçenin var olduğu eşyalara polis tarafından el konularak bu eşyalar muhafaza altına alınabilmektedir<sup>82</sup>.

Yakalama sonrasında yakalanan, mümkün olan en kısa süre zarfında polis merkezine götürülür (PACE md. 30/1A). Kişinin (yakalananın) soruşturma açısından başka bir yerde bulunması gerekiyorsa polis merkezine götürülmesi ertelenebilir (PACE md. 30/10, 10A). PACE md. 30A kapsamında ise yakalananın polis merkezine götürülmesinden evvel *kefaletle serbest bırakılması* konusu düzenlenmektedir. Bahsi geçen kefaletle salıverme durumu, *street bail (sokak kefaleti)* olarak da adlandırılmaktadır. Gözaltı işleminin gerçekleştirildiği polis merkezinde, *gözaltı memuru/yetkilisi (custody officer)* olarak görev yapan (asgari komiser yardımcısı rütbeli) bir polisin bulunması gerekmektedir. *Gözaltı memuru* gözaltı işlemlerinin mevzuata<sup>83</sup> uygun olarak gerçekleştirilmesinden

---

olduğu andan önce yapılmış olan işlemler hukuka aykırı değildir. Aynı şekilde polisin imkânı olmasına rağmen yakalama nedenini söylememesi de tüm işlemleri hukuka aykırı hale getirmez. BRADLEY/EWING, 2011, s. 455.

79 House of Lords, 1947 tarihli, **Christie v. Leachinsky Kararı**, (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1947/2.html>), (29.11.2014).

80 Court of Appeal, 2004 tarihli, **Taylor v. Chief Constable of Thames Valley Police Kararı**, (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Civ/2004/858.html&query=THAMES+and+VALLEY+and+TAYLOR&method=boolean>), (29.11.2014).

81 BRADLEY/EWING, 2011, s. 454.

82 Söz konusu hükümlerin tamamı, *Yakalama üzerine arama* başlıklı PACE md. 82 kapsamında düzenlenmektedir.

83 İlgili mevzuat olarak: PACE, the Home Office Code of Practice on the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers sayılabilmektedir.

sorumludur<sup>84</sup>.

## 5. Yakalananın Hakları

PACE md. 41 uyarınca polis yakalanan kişiyi yirmi dört saate kadar gözaltında tutabilmektedir. Takibi şikâyetle bağlı olmayan suçlarda ise müfettiş/başkomiser rütbesine sahip olan polis memuru tarafından bu süre otuz altı saate kadar çıkarılabilmektedir. Söz konusu otuz altı saatlik süre polisin mahkemeye<sup>85</sup> başvurması üzerine mahkemeden alınacak bir karar ile toplamda doksan altı saate kadar uzatılabilmektedir.

Gözaltı işlemlerine ilişkin olan ayrıntılı düzenleme ise kısaca *Code C* olarak adlandırılan ve PACE'nin uygulamasını gösteren düzenlemedir. Buna göre gözaltı süresince gerçekleştirilen işlemler kayıt altına alınır ve gerektiğinde yakalanan kişi ya da müdafii tarafından bu kayıtlardan faydalanılabilir (*Code C* md. 2). Yakalanan kişi polis merkezine getirildiğinde gecikmeksizin *gözaltı memuru* huzuruna çıkarılır. Gözaltı memuru kişiye sahip olduğu; ücretsiz olarak avukattan ve hukuki danışmanlıktan faydalanma hakkı, yakalanmayı haber verme hakkı, ilgili mevzuatı inceleme hakkı, tercümandan faydalanma hakkı ve şayet yabancı ise elçilik ya da konsolosluk ile iletişime geçme hakkına sahip olduğunu hatırlatır. Gözaltı memuru aynı zamanda yakalama ve gözaltı işleminin dayanağı konusunda yakalananı bilgilendirir (*Code C* 3.1). Yakalanan kişiye *yazılı olarak bildirilmesi gereken hususlar* ise *Code C* md. 3.2 kapsamında şu şekilde sayılmaktadır: kişinin sahip olduğu yasal hakları, hukuki destek konusundaki yasal düzenlemeler, gözaltı tutanaklarından kopya edinme hakkı, susma hakkı, savunmasında kullanabileceği her türlü bilgi ve belgeye erişim hakkı, azami gözaltı süresi hakkında bilgi, tıbbi destekten faydalanma hakkı, kovuşturmaya başlanmış ise duruşmadan önce delillere erişim hakkı (*Code C* 3.2/a).

*Code C* kapsamında bazı kişi gruplarına karşı uygulanacak olan özel *gözaltı usulü* ayrıca düzenlenmiştir. *Code C* md. 3/b kapsamında, özel duruma sahip olan kişi ve gruplar: **1)** İngilizce konuşamayan ve anlayamayan kişiler ile duyma ya da konuşma engelli kişiler, **2)** Yabancı ülke vatandaşları, **3)** Çocuklar, **4)** Zihinsel rahatsızlığı olanlar, **5)** Görme engelliler olarak gruplandırılabilir. Düzenlemeye göre, yakalanan kişi İngilizce konuşamıyorsa ya da anlayamıyorsa kendisine derhal bir tercüman atanır (md. 3.12). Kişi duyma veya konuşma engelli ise yine kendisine derhal bir tercüman atanır. Yabancı ülke vatandaşlarının normal kişilerin sahip oldukları haklarına ek olarak ayrıca konsolos ve büyükelçilik ile iletişime geçme hakları kendilerine ayrıca hatırlatılır ve söz konusu hak yakalananına verilecek olan yazılı bildirimde de yer almak zorundadır (md. 3.12A). Yakalananın çocuk olması durumunda ise yakalama derhal yakalanan çocuğa yasal olarak bakmakla yükümlü olan kişiye bildirilir (md. 3.13). Yakalanan kişinin zihinsel engelli olması halinde yakalama kendisine bakmakla yükümlü olan kişiye bildirilir (md. 3.15) ve

84 BRADLEY/EWING, 2011, ss. 455-456.

85 Bu kararı verecek olan magistrates' court adlı mahkeme iki ya da daha fazla hâkimden oluşan bir mahkemedir. Söz konusu mahkemede jüri yoktur. Bkz. GOV.UK. **Criminal Courts**, (<https://www.gov.uk/courts/magistrates-courts>), (30.11.2014).

kişiyi *Mental Health Act 1983* (136. paragraf)<sup>86</sup> kapsamında işlem yapılır. Bu bağlamda gerekirse polis bir uzmandan da yardım alabilir. Söz konusu müdahaleye yasal olarak kişiyi bakmakla yükümlü kimsenin karışması yasaktır (md. 3.16). Yakalama görme engelini sahip bir kişiye karşı gerçekleştirilmiş ise belge kontrolü ve imza konularında yasal temsilcisi, müdafii ya da yakınından yardım alınabilmesi mümkündür (md. 3.20). Bunların dışında parlamenterlerin, *yalnızca hukuk davaları kapsamındaki yakalamalara karşı* muafiyeti bulunmaktadır. Söz konusu dokunulmazlık *cezai nitelikteki yakalamaya* engel olmaz. Diğer taraftan parlamenterlerin *Mental Health Act 1983* kapsamında yakalanabilmeleri ve tutulabilmeleri de mümkündür<sup>87</sup>.

## 6. Haksız Yakalamaya Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler

Haksız yakalamaya maruz kaldığını düşünen kişi, uğradığı zararın tazmini talebi ile haksız yakalamayı gerçekleştiren polis memurlarından sorumlu emniyet müdürüne karşı dava açabilir<sup>88</sup>. Yasal bir yakalama sonrasında gözaltı sürecine ilişkin de polisin kişisel sorumluluğu doğabilmektedir. Polis, gözaltına aldığı kişiyi gözetmekle yükümlüdür. Bu kapsamda mahkeme kişinin gözaltındayken intihar etmesinden dolayı emniyet müdürünün ihmali nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermektedir<sup>89</sup>. Diğer taraftan yakalanan kişinin polisten kaçarken yaralanması halinde polisin gözetim yükümlülüğünden söz edilemez. Zira artık polisin kişi üzerinde hâkimiyeti bulunmamaktadır<sup>90</sup>. Bununla birlikte polise haksız yakalama ve gözaltından dolayı yöneltilen suçlamalar henüz mahkemeye intikal etmeden polis tarafından tazminatın ödenmesi ile çözümlenebilmektedir.

1997 yılında bir kararında<sup>91</sup> *Court of Appeal* tarafından jüriye, polislerin kötü davranışlarından kaynaklanan davalarda yüksek tazminat verilebileceğini gösteren bir tavsiye yer almıştır. Bahsi geçen karar sonrasında polisin kötü muamelesinden kaynaklanan davalarda yüksek tazminatlara hükmedilmiştir. Tazminat davası yanında polise karşı ceza davası da açılabilmeyle birlikte hukuka aykırı eylem nedeniyle polis memurunun şahsından ziyade bağlı bulunduğu birim suçlu bulunmaktadır<sup>92</sup>.

*Bağımsız Polis Şikâyeti Komisyonu (Independent Police Complaints Commissions),*

86 Legislation, **Mental Health Act 1983**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/section/136>), (30.11.2014).

87 HM Government, ss. 77-78; Ayrıca parlamenter dokunulmazlığı konusunda bkz. PARP WORTH, **2012**, ss. 129-134; BRADLEY/EWING, **2011**, ss. 213-232.

88 Police Act 1996 md. 88.

89 Court of Appeal, 1990 tarihli, **Kirkham v. Chief Constable of Greater Manchester Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1989/3.html>), (30.11.2014).

90 Court of Appeal, 2001 tarihli, **Vellino v. Chief Constable of Manchester Kararı**, (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1249.html&query=VELLINO&method=boolean>), (30.11.2014).

91 Court of Appeal, 1997 tarihli, **Thompson v. Metropolitan Police Commissioner Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html>), (30.11.2014).

92 2005 yılında bir kişi terörist zannedilerek vurulmuş ve hayatını kaybetmiştir. Olay sonrası soruşturma açılmış ve kişinin ölümüne neden olan eylemi gerçekleştiren polis memuru değil polisin görev yaptığı *Metropolitan Police Kurumu* suçlu bulunmuştur. BRADLEY/EWING, **2011**, s. 467.

2002 tarihli *Police Reform Act* (md. 9) ile eski *Polis Şikâyeti Otoritesi (Police Complaints Authority)* yerine getirilmiştir. Yeni komisyon eskisine oranla çok daha geniş bir denetim yetkisine sahiptir<sup>93</sup>. 1 Nisan 2004 tarihinden itibaren faaliyetine başlayan Komisyon, AİHM'nin eski kurum hakkında sahip olduğu çekincelere bir cevap olarak oluşturulmuştur<sup>94</sup>. Komisyonun asıl amacı toplumda polis gücüne yönelik şikâyet mekanizmasına karşı olan güvenin arttırılmasıdır. Komisyon başkanı Taç tarafından atanırken sayıları on kişiden az olamayacak olan diğer üyeler ise İçişleri Bakanı tarafından atanır (md. 9/2). Üyelerin polisten ve Taç'tan bağımsız olmaları gerekmektedir (md. 9/3, 4 ve 5). Komisyon soruşturmaları, bünyesinde görevli dedektif, avukat ve basın sözcüleri eliyle gerçekleştirilmektedir. Soruşturma yetkili bir komisyon üyesinin denetiminde gerçekleştirilir. Komisyon üyesi soruşturmayı yönlendirir, ayrıntıyla tetkik eder ve kritik kararlar alır. Bu itibarla soruşturmanın tüm sorumluluğu kendisine aittir. Soruşturma kapsamında; delil toplama, tanık ifadesi alma, polis memurları ve diğer polis personeli ile görüşmelerde bulunma, uzman yardımı alma ve hukuki değerlendirmelerde bulunma gibi faaliyetler yer almaktadır. Soruşturma neticesinde, dosya kapsamında görevi kötüye kullanma ya da yetersiz performans olup olmadığı konusunun ortaya konulduğu bir rapor düzenlenir. Söz konusu rapor polise ve şikâyetçiye gönderilir. Şayet dosya kapsamında bir polis memuru yahut başka bir polis çalışanı tarafından bir suç işlendiğine kanaat getirilirse rapor, *the Crown Prosecution Service*<sup>95</sup> (CPS)'e gönderilir. CPS suç işlediği düşünülen memurun soruşturulup soruşturulmayacağı konusunda karar verir<sup>96</sup>.

### III. İki Sistemin Karşılaştırılması

Türk Hukuku ile İngiliz Hukuku kapsamında yakalama konusunda verilen bilgiler ışığında iki sistemin belirli başlıklar altında ana hatları ile karşılaştırılabilmesi mümkündür. Şöyle ki:

#### A. Hukuk Sistemleri Bakımından

Türk Hukuk Sistemi başta Kara Avrupası Sistemi'nde yer almasından dolayı İngiliz Sistemi'nden (ve dolayısıyla Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nden) ayrılmaktadır. İki sistem arasındaki söz konusu farklılık, mevzuat oluşturma yöntemi konusundaki ayrışmayı da beraberinde getirmektedir. İçtihatlar ve yasama meclisi tarafından şekillenen İngiliz Hukuku mevzuatı son yıllarda AİHS ile ahenk kazanması adına daha çok yasama işlemleri ile geliştirilmektedir. Diğer taraftan söz konusu değişim, İngiliz Sistemi'nde içtihatların sahip olduğu değerini önemini azaltmış da değildir. Yukarıda bahsedildiği üzere AİHS ile uyumlu bir içtihat oluşturma noktasında görev yine büyük ölçüde mahkemelere verilmiştir. İngiliz Hukuk Sistemi 1000 yılı aşkın bir süredir yaşanan sosyo-kültürel ve fikirselle

93 IPCC, History, (<https://www.ipcc.gov.uk/page/history>), (01.12.2014).

94 BRADLEY/EWING, 2011, s. 468.

95 *The Crown Prosecution Service*, 1986 yılında, *Prosecution of Offences 1985* ile kurulmuş olup, İngiltere ve Galler'de esas cezai soruşturma makamıdır. Bkz. The Crown Prosecution Service, **Introduction**, (<http://www.cps.gov.uk/about/index.html>), 02.12.2014).

96 IPCC, **A Guide to IPCC Independent Investigations**, ([https://www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/investigation\\_commissioner\\_reports/guide\\_to\\_IPCC\\_investigations\\_Nov2013.PDF](https://www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/investigation_commissioner_reports/guide_to_IPCC_investigations_Nov2013.PDF)), (02.12.2014).



gelişmelerin bir ürünü olmasına karşın, Türk Hukuk Sistemi çok daha genç bir sistemdir. Bu itibarla iki sistemde mevcut hukuk kurallarında görülen farklılaşma, hukuk kurallarının uygulanışı açısından da gözlemlenebilmektedir.

*Mevzuat bakımından* bir karşılaştırmaya gidildiğinde; İngiliz Hukuku'nda konunun daha karmaşık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği, bu doğrultuda organik yapılanmanın da karmaşık bir biçimde geliştiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan Türk Hukuku'nda durum daha anlaşılır bir nitelik taşımaktadır. Diğer taraftan her iki sistem de AİHS'ne paralel bir gelişim göstermektedir.

## **B. Yakalama Yetkisi Bakımından**

*Yakalamada yetki* konusunda iki sistem birbirine benzemektedir. Her iki sistem de yakalama konusunda hem polisi hem de belirli şartlar çerçevesinde herkesi yetkili kılmaktadır. *Yakalama türleri* de yine her iki sistemde, *müzekkereli yakalama* ile *müzekkeresiz yakalama* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Söz konusu durum aslında yakalama kurumunun niteliğinden ileri gelmektedir. Zira gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve suçüstü hallerinde yakalamanın derhal uygulanması, kurumun amacına hizmet edebilmesi bakımından gereklidir. Diğer taraftan Türk Hukuku'nda yakalama emri verme konusunda savcı yetkili kılınmışken; İngiliz Hukuku'nda söz konusu yetki hâkimdedir.

*Yakalamada yetkinin kapsamı* konusuna bakıldığında, İngiliz Hukuku'nda polise daha geniş bir yetki alanı tanındığı ve fakat söz konusu geniş yetkinin ciddi bir biçimde yargısal denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Türk Hukuku'nda ise polise tanınan yakalama yetkisi daha sınırlı tutulmakta ve yakalama konusunda baş aktör savcı olarak belirlenmektedir. Diğer taraftan söz konusu yetkinin denetimi konusunda her iki sistem de yargısal denetimi öngörmesine rağmen, İngiliz Hukuku'nda yer alan bağımsız denetim kurumuna karşılık gösterilebilecek bir kurum Türk Hukuku'nda yer almamaktadır.

## **C. Yakalama Sonrası İşlemler Bakımından**

Yakalamanın en önemli sonuçlarından biri olan *gözaltı konusunda* Türk Hukuku'nda asıl yetki savcıya verilirken; İngiliz Hukuku bakımından ise bu yetki polis ve mahkemeler arasında paylaşılır. Buna göre İngiliz Hukuku'nda kural olarak polis azami yirmi dört saate kadar gözaltı kararı verebilirken, müfettiş/komiser rütbesindeki polis söz konusu süreyi otuz altı saate kadar çıkarabilmektedir. Otuz altı saatten fazla süreli gözaltı ise (en fazla doksan altı saate kadar) mahkeme tarafından verilebilmektedir. Süre bakımından iki sistemi karşılaştırmak gerekirse; her iki sistem de kural olarak gözaltı süresini yirmi dört saat olarak belirlemekte, bu sürenin ise azami olarak dört güne kadar çıkarılmasını mümkün kılmaktadır. Diğer taraftan sürenin dört güne kadar uzatılması konusunda karar verme yetkisi İngiliz Hukuku'nda mahkemeye verilirken, Türk Hukuku söz konusu yetkiyi savcıya vermektedir. İngiliz Hukuku'nda mevcut *gözaltı memuru* kurumu ise Türk Hukuku'nda bulunmamaktadır.

## **D. Yakalananın Hakları Bakımından**

İngiliz Hukuku'na göre yakalanan; ücretsiz olarak avukattan ve hukuki danışmanlıktan

faйдalanma hakkı, ilgili mevzuatı inceleme hakkı, yakalanmayı haber verme hakkı, ilgili mevzuatı inceleme hakkı, tercümandan faydalanma hakkı ve şayet yabancı ise elçilik ya da konsolosluk ile iletişime geçme hakkı, gözaltı tutanaklarından kopya edinme hakkı, susma hakkı, savunmasında kullanabileceği her türlü bilgi ve belgeye erişim hakkı, tıbbi destekten faydalanma hakkı ve kovuşturmayaya başlanmış ise duruşmadan önce delillere erişim hakkına sahiptir.

Türk Hukuku'nda mevzuat kapsamında yakalanana; yakalama sebebini ve hakkındaki iddiaları öğrenme hakkı, susma hakkı, müdafiden faydalanma hakkı, yakalamaya karşı mevcut kanun yolları konusunda bilgilendirilme hakkı, yakınlarına haber verme hakkı ve şayet yabancı ise elçilik ya da konsoloslukla iletişim kurma hakkı yer almaktadır. İngiliz Hukuku'nda yakalanana tanınmış olan ilgili mevzuatı inceleme hakkı, tercümandan faydalanma hakkı, delil ve belgelere erişim hakkı ve tıbbi yardımdan faydalanma hakkı Türk Hukuku'nda ilgili mevzuatta açık bir biçimde düzenlenmemektedir. Diğer taraftan İngiliz Hukuku kapsamında yer alan söz konusu hakların neler olduğu konusunda yakalananın bilgilendirilmesi amacıyla çok sayıda yabancı dile çevrilmiş olan bir rehberde de internet üzerinden ulaşılması mümkündür. Böylelikle İngiliz uygulamasında söz konusu hakların tanınması yanında; bahsi geçen hakların uygulanırılık kazanması amacıyla vatandaşların bilinçlendirilmesi de hedeflenmektedir.

## Sonuç

Çalışma kapsamında, yakalama kurumunun iki farklı hukuk düzenindeki görünümü karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Söz konusu iki düzen başta Kara Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemi olmak üzere temelde farklılık göstermekle birlikte; her ikisi de AİHS noktasında birleşmektedir. Diğer taraftan söz konusu (AİHS'ne uyum konusundaki) amaç ortaklığı İngiliz Hukuku ile Türk Hukuku arasındaki farklılığı ortadan kaldırmamaktadır. Mevcut farklılık çalışma kapsamında ortaya konulmaya çalışıldığı üzere polis gücü ve yakalama konusunda da varlığını sürdürmektedir.

Her toplumun sosyolojik gereksinimleri farklılık arz etmektedir. Bahsi geçen olgu ise hukuk düzenlerinin ulusal boyutta farklılaşması neticesine yol açmaktadır. Bu bağlamda, İngiliz Hukuku ile Türk Hukuku arasındaki farklılaşma gayet doğal bir durum olarak karşılanabilmektedir. Diğer taraftan çalışmada zikredildiği üzere, İngiliz Hukuk Sistemi'nin bin yılı aşkın kadim geçmişine oranla Türk Hukuk Sistemi'nin temeli, henüz yakın bir geçmiş olarak nitelendirilebilmektedir. Söz konusu nitelik farklılığı ise *hukuki birikimin oluşumu* bakımından büyük öneme sahiptir. Bu itibarla, İngiliz Hukuku'nun sahip olduğu derin hukuki birikim, mevzuat, uygulama ve organik oluşum boyutlarıyla tüm sisteme müspet bir biçimde sirayet ederek hak ve özgürlüklerin gelişimine yadsınamayacak ölçüde katkı sağlamaktadır.

İngiliz Hukuku yakın zamanda özellikle AİHS'ne uyum süreciyle, yakalama konusunda polis gücünün sıkı bir hukukilik denetimine tabi tutulabildiği sağlam bir sistem ortaya koyabilmiştir. Bu doğrultuda gerçekleştirilen değişim sürecinde *mahkemeler* ile *parlamentonun* ahenkli bir biçimde, *kuvvetler ayrılığına bağlı kalarak* işletilmesinin

rolü büyüktür. Diğer taraftan söz konusu reform kapsamında, polisin denetimiyle görevlendirilen *bağımsız bir kurum* oluşturulması yöntemi de yine son derece verimli bir tercih olarak nitelendirilebilmektedir. Yakalama konusunda İngiliz mevzuatı kapsamında mevcut ayrıntılı düzenlemelerin varlığı, hak ve özgürlüklerin önemli bir garantisini oluşturmaktadır. Ayrıntılı düzenlemelerle takdir yetkisinin dar tutulması uygulamanın objektiflikten uzaklaşmasına rahatça engel olabilmektedir. Tüm bunlarla birlikte, sağlıklı bir hukuk düzeninin temelinde, *mevzuat* ve *organik yapılanma* kadar *hukuk ve demokrasi kültürünün* de yer aldığı unutulmamalıdır. Söz konusu kültür ise *eğitim* ve *bilgiye erişim imkânı* ile oluşturulabilecek bir birikimdir. Bu noktada İngiliz Sistemi'nin söz konusu amaç doğrultusunda, bireylerin hak ve özgürlükler konusundaki gelişiminde teknolojik imkânları son derece etkin bir biçimde kullanabildiği söylenebilmektedir.

---

**KAYNAKÇA**


---

- Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, **01.03.2008 tarih ve 72/1 numaralı Genelge**, md. 11, ([www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr)), (E.T. 20.11.2014).
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin. "Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, (ss. 1215-1254).
- ALDER, John. **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Ebbw Vale, 2002.
- BARNETT, Hilaire. **Britain Unwrapped Government and Constitution Explained**, Penguin Books, London, 2002, (Britain).
- BARNETT, Hilaire. **Constitutional & Administrative Law**, Fourth Edition, Cavendish Publishing, London, 2002, (Constitutional).
- BRADLEY, A. W./ EWING, K. D. **Constitutional & Administrative Law**, 15th Edition, Pearson Education Limited, Malaysia, 2011.
- CENDEL, Nur. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, İstanbul 1992.
- COURTS AND TRIBUNALS JUDICIARY, "Structure of the Court System", (<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/>), (25.11.2014).
- ERDOĞAN, Mustafa. **Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011.
- IPCC, **A Guide to IPCC Independent Investigations**, ([https://www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/investigation\\_commissioner\\_reports/guide\\_to\\_IPCC\\_investigations\\_Nov2013.PDF](https://www.ipcc.gov.uk/sites/default/files/Documents/investigation_commissioner_reports/guide_to_IPCC_investigations_Nov2013.PDF)), (02.12.2014).
- IPCC, **History**, (<https://www.ipcc.gov.uk/page/history>), (01.12.2014).
- KUNTER, Nurullah. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, 1989.
- KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, 2000.
- KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, 2006.
- LORD BINGHAM OF CORNHILL, **Lordlar Kamarası, 17 Haziran 2004 tarihli Ullah, R (on the Application of) v. Special Adjudicator Kararı** içerisinde, 20. Paragraf, (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/26.html>), (26.11.2014).
- LOVELAND, Ian. **Constitutional, Administrative Law and Human Rights: A Critical Introduction**, Sixth Edition, Oxford University Press, Croydon, 2012.
- GOV.UK. **Criminal Courts**, (<https://www.gov.uk/courts/magistrates-courts>), (30.11.2014).
- ÖREN, Zafer. **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.
- GÖZLÜGÖL, Said Vakkas. "Diplomatik Dokunulmazlıkların ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması", **Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2013, C. 19, S. 1, ss. 99-127.
- GÜVEYİ, Nazmiye. **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- HM Government, **Parliamentary Privilege**, The Stationery Office Limited, UK, 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihat/ DOĞAN, Koray/ BACAĞSIZ, Pınar/ TEPE, İlker. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi**, 5. Baskı, Ankara, 2000.
- PARP WORTH, Neil. **Constitutional & Administrative Law**, 7th Edition, Oxford University Press, Hampshire, 2012.

- SLAPPER, Gary/ KELLY, David. **The English Legal System**, Ninth Edition, Routledge-Cavendish, Oxon, 2009.
- SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ŞAHİN, İlyas. **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- TEZCAN, Durmuş. **Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama**, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989.
- TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- THE CROWN PROSECUTION SERVICE, **Introduction**, (<http://www.cps.gov.uk/about/index.html>), 02.12.2014)
- THE SUPREME COURT, **The Supreme Court**, (<https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>), (26.11.2014).
- TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- WILSON, Steve/ MITCHELL, Rebecca/ STOREY, Tony/ WORTLEY, Natalie. **English Legal System**, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 2011.

---

### Faydalanılan İçtihatlar ve Yasal Düzenlemeler

---

- COURT OF APPEAL, 2009 tarihli, **Buckley & Ors v. Thames Valley Chief Officer Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/356.html>), (27.11.2014).
- COURT OF APPEAL, 2002 tarihli, **Chief Constable of Humberside Police v. Mc Quade Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1330.html>), (28.11.2014).
- COURT OF APPEAL, 1990 tarihli, **Mc Connel v. Chief Constable of Greater Manchester Kararı**, ([http://www.freebeagles.org/caselaw/CL\\_bp\\_McConnell\\_full.html](http://www.freebeagles.org/caselaw/CL_bp_McConnell_full.html)), (28.11.2014).
- COURT OF APPEAL, 1990 tarihli, **Kirkham v. Chief Constable of Greater Manchester Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1989/3.html>), (30.11.2014).
- COURT OF APPEAL, 1997 tarihli, **Thompson v. Metropolitan Police Commissioner Kararı**, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html>), (30.11.2014).
- COURT OF APPEAL, 2004 tarihli, **Taylor v. Chief Constable of Thames Valley Police Kararı**, (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/858.html&query=THAMES+and+VALLEY+and+TAYLOR&method=boolean>), (29.11.2014).
- COURT OF APPEAL, 2001 tarihli, **Vellino v. Chief Constable of Manchester Kararı**, (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1249.html&query=VELLINO&method=boolean>), (30.11.2014).
- HOUSE OF LORDS, 1947 tarihli, **Christie v. Leachinsky Kararı**, (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1947/2.html>), (29.11.2014).
- LEGISLATION, **Constables' Protection Act 1750**, (<http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo2/24/44>), (27.11.2014).
- LEGISLATION, **Criminal Justice and Public Order Act 1994**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>), (27.11.2014).
- LEGISLATION, **Magistrates' Court Act 1980**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/43>), (27.11.2014).
- LEGISLATION, **Mental Health Act 1983**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/20/section/136>), (30.11.2014).
- LEGISLATION, **Police Act 1996**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/16/introduction>), (27.11.2014).
- LEGISLATION, **Police and Criminal Evidence Act 1984**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>), (27.11.2014).
- LEGISLATION, **Serious Organised Crime and Police Act 2005**, (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/15/contents>), (27.11.2014).

# İnşaat Kazalarından Doğan Hukukî Sorumluluk

Hakemli Makale

**Alper UYUMAZ<sup>1</sup>, Kemal ERDOĞAN<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Yrd. Doç.Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı,

Assist. Prof. Dr. Selçuk University Faculty of Law Department of Civil Law

<sup>2</sup>Arş. Gör. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı,

Res. Assist. Selçuk University Faculty of Law Department of Civil Law

---

## İÇİNDEKİLER

---

Giriş . . . . .	41
I. İnşaat Kavramı ve İnşaat Kavramının Hukukî Niteliği . . . . .	42
A. İnşaat Kavramı . . . . .	42
B. Hukukî Niteliği . . . . .	42
II. İnşaat Kazasından Doğan Hukukî Sorumluluk . . . . .	44
A. İnşaat Kazası Sonucunda Başvurulabilecek Sorumluluk Türleri . . . . .	44
B. Sorumlu Olacak Kişi . . . . .	61
C. Sorumluluğun Şartları . . . . .	64
III. İnşaat Kazasından Doğan Sorumluluğun Sonuçları . . . . .	67
A. Genel Olarak . . . . .	67
B. Maddî Tazminat . . . . .	67
C. Manevî Tazminat . . . . .	72
D. Tazminat Davalarında Yetkili Ve Görevli Mahkeme . . . . .	74
E. Tazminat Davalarının Açılabilceği Süre . . . . .	75
Sonuç . . . . .	75
Kaynakça . . . . .	78
Kısaltmalar cetveli . . . . .	80

---

## ÖZET

---

Teknolojinin gelişmesi, inşaatların şekli ve büyüklüğünü etkilemiştir. Bu sayede, insanlar eskiden yapamadıkları yapıları yapar hâle gelmiştir. Ne yazık ki, bu değişim, inşaat kazalarının şekli değişirmiş ve meydana gelme sıklığını arttırmıştır. Diğer taraftan, yaşanan bir inşaat kazasında zarara uğrayan kişiler, çok farklı kişiler olabilmektedir. Bu kişiler, iş yerinde çalışan bir işçi olabileceği gibi, inşaatın yapıldığı araziye komşu olan taşınmazın maliki veya inşaat ile hiç ilgisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilmektedir. Bu durum, inşaat kazaları sonucunda ortaya çıkacak sorumluluk türlerinin değişmesine neden olmaktadır. Bu çalışmada, inşaat kazasından doğan hukukî sorumluluk ve zarara uğrayan kişilerin başvurabilecekleri hukukî yollar incelenmeye çalışılmıştır. Bu sebeple, işverenin, yapı malikinin ve taşınmaz malikinin sorumlulukları, bu sorumluluk türlerinin şartları farklı görüşler dikkate alınarak incelenmiştir. Bu sorumluluk türleri arasında, işverenin sorumluluğunun hukukî niteliği konusundaki tartışmalara yer verilmiştir. Sorumluluğun şartları açıklandıktan sonra, oluşan zararlar miktarının nasıl tespit edileceği ve davanın açılabilmesi için izlenecek hukukî prosedür açıklanmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan, bir şeyin “yapı eseri” sayılabilmesi için inşaatın tamamlanmasının gerekip gerekmediği konusunda öğretideki farklı görüşlere yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

İnşaat kazası, İnşaat Kazasından Dolayı İşverenin Sorumluluğu, Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Yapı Malikinin Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk.

---

## ABSTRACT

---

### Legal Liability For Construction Accidents

The development of technology has affected the form and size of construction. By this means, the humanity has been able to build constructions that they could not build in the days of old. Unfortunately, this alteration has changed the type of construction accidents and increased the prevalence. Besides, people suffering in an encountered construction accident may change. These people can be an employee working in a workplace, the owner of a property that is neighbor on another property on which construction has been made or a stranger that is not related to the construction. This situation cause to change the type of responsibility that can be referred to because of construction accidents. In this study, the legal actions that can be taken by people suffering due to a construction accident are tried to be examined. Among these types of responsibilities, discussions about the legal character of employers' liability are also stated in this article. After the conditions of liability are explained, how the content of damage is determined and legal actions may be taken to claim rights are tried to be clarified. On the other hand, different opinions brought forward in legal doctrine about the importance of completion of construction so as to be called as “building production” are given a place in this study.

### Keywords

Construction Accident, The Responsibility of Employer because of Construction Accidents, The Responsibility of Owner of Property, The Responsibility of Owner of Building Production, Strict Liability.



## Giriş

On dokuzuncu yüzyılın ortalarına doğru başlayan sanayi devrimi, yeni buluşların ve makineleşmenin artmasına neden olmuştur. Makineleşme sayesinde, artık insan gücüne dayanan birçok iş, makineler tarafından kısa süre içerisinde yapılmaya başlanmıştır. Bunun bir sonucu olarak, yeni iş yerleri açılmış ve üretim faaliyetleri çeşitlenmeye başlamıştır. Buna karşılık, yeni ve ağır tehlikeler de makineleşme ile insan hayatını tehdit etmektedir. Bu durum karşısında, kusur sorumluluğu ilkesi, zarar görenleri koruma bakımından tek başına yetersiz kalmış ve kanunlara kusursuz sorumluluk hükümlerinin konulması zorunluluğu hissedilmiştir.

Ülkelerin gelişmesinde büyük bir önemi haiz olan ve birçok sektör ile etkileşim içerisinde bulunan inşaat sektörü de sanayi devrimi ile yeni bir boyut kazanmıştır. Önceki mimarî kural ve şartlara göre, yapılması mümkün olmayan yeni inşaatlar yapılmaya, yeni inşaatların yapımı sırasında da teknoloji kullanılmaya başlanmıştır.

Teknoloji ile gelişen ve çeşitlenen inşaat sektörü, toplumun refahını yükseltmekte ve ülkenin ekonomik gelişimine büyük katkılar sağlamaktadır. Gelişmekte olan ülkelerin birçokunun ekonomisinde inşaat sektörünün büyük bir paya sahip olduğu görülmektedir.

Yaşanan tüm bu gelişmeler karşısında, teknoloji, inşaat sektöründe önceden görülmeyen ağır ve büyük tehlikelerle karşılaşılmasına neden olmuştur. Böylece, içerisinde tehlikelilik esasını en çok barındıran sektörlerden biri hâline gelen inşaat sektöründe inşaat kazası sayılarında büyük bir artış gerçekleşmiştir. Yaşanan kazaların insan hayatını tehdidi de eskiye nazaran ciddî bir boyuta ulaşmıştır.

İş kazası ve doğal olarak inşaat kazaları nedeniyle işverenin sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konuda bir görüş<sup>1</sup>, işverenin hukukî sorumluluğunun kusur sorumluluğuna dayandığını iddia ederken; diğer bir görüş ise<sup>2</sup>, kusursuz sorumluluğa dayandığını iddia etmektedir.

Ortaya çıkan zararın giderilmesi için gerekli şartlarının oluşması hâlinde birden fazla hukukî müesseseye başvurabilmek mümkündür. Ancak bundan önce, "inşaat" teriminin anlamlandırılması, inşaatın hukukî niteliğinin ve bir kazanın inşaat kazası olarak değerlendirilebilmesi için gereken şartların tespit edilmesi ve her somut olayın hangi hukukî sorumluluk alanlarına girdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, somut olay hangi hukukî müesseseye dayandırılıyorsa, o müessesenin şartlarının neler olduğu ve somut olayda bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti de büyük bir öneme sahiptir.

1 **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 81; **Oğuzman**, Kemal, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIV, S. 14, 1969, s. 322 vd.; **Akin**, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001, s. 97 vd.; **Eyrenci**, Ömer/ **Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 282.

2 **Ulusan**, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 1990, s. 119; **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 150; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 995.

## I. İnşaat Kavramı ve İnşaat Kavramının Hukukî Niteliği

### A. İnşaat Kavramı

İnsanoğlu, geçmişten günümüze kadar hayatın her anında ve alanında korunma ihtiyacı hissetmiştir. Bu ihtiyacı giderebilmek için birçok yapı insan hayatının ayrılmaz bir parçası olmuştur. Göçebe yaşayan insan topluluklarının yerleşik hayata geçmeye başlaması ile barınmaya olan ihtiyaç daha da artmıştır. Bu ihtiyacı giderebilmek için insanoğlu bir takım girişimlerde bulunmuştur. Bu girişimlerden birisi de insanların ekip biçtikleri tarlaların yakınlarına, yaşayacakları yapıları inşa etmeleridir. Böylece, inşaat kavramı ortaya çıkmıştır.

İnşaat, kelime anlamı olarak, yapma işi ve yapımı süren bina anlamlarına gelmektedir<sup>3</sup>. Bir mimarlık terimi olarak ise inşaat, belirli bir bölgedeki bina, altyapı, havaalanı, baraj gibi geniş anlamda yapı veya çevresinin oluşturulması aşamasıdır<sup>4</sup>. İnşaat kavramının içerisine sadece bina girmemektedir. Bina, inşaatın sadece bir alt başlığını oluşturmaktadır. Bu anlamda, bireylerin yaşama ihtiyacının dışında diğer pek çok gündelik ihtiyaçlarını karşılayan ve toplumun yaşam standartlarını arttıran birçok tesis de inşaat kavramının kapsamında yer almaktadır. Meselâ, barajlar, su kanalları, kaldırımlar, altyapı tesisleri, karayolları, demiryolları, havaalanları, meydanlar, parklar toplumsal refahı arttırmak için inşa edilen yapılar da inşaat kavramına dâhildir<sup>5</sup>.

### B. Hukukî Niteliği

İnşaat, her şeyden önce, medenî hukuk anlamında taşınmaz bir eşyadır<sup>6</sup>. Dolayısıyla inşaata malik olan kimse, inşaat üzerinde mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkileri dilediği gibi kullanmakta serbesttir. Ancak, inşaata malik olan kimse bu hakkını kullanırken, eşya hukuku kısıtlamalarına uygun davranmak zorundadır<sup>7</sup>.

Borçlar hukuku bakımından, inşaatın yapı eseri kavramına girip girmediği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>8</sup>, inşaat tamamlanmadan yapı eseri değil, yapı eseri inşaatı söz konusudur. Bu yüzden, inşaatı yapı eseri olarak görmek mümkün değildir. Dolayısıyla, inşaat kazası sonucu zarara uğrayan üçüncü kişi, inşaat sahibine, BK.m.69-70

3 Bkz., [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.543e38f0a9eae4.86817954](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.543e38f0a9eae4.86817954) (Erişim tarihi:15.10.2014).

4 **Kuban**, Doğan, Mimarlık Kavramları (Tarihsel Perspektif İçinde Mimarlığın Kuramsal Sözlüğüne Giriş), İstanbul 1998, s. 11, 12.

5 Bkz., <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0n%C5%9Faat>, (Erişim tarihi:15.10.2014).

6 Bir şeyin eşya olabilmesi için taşıması gereken unsurlar için bkz., **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, C. I, 5. Baskı, Konya 2013, s. 15, 16; **Oğuzman**, Kemal M./ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2012, s. 4-10; **Akipek**, Jale G./ **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 26-31; **Gürsoy**, Kemal Tahir/ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 20-29; **Esener**, Turhan/ **Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 37, 38; **Erman**, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 2013, s. 3, 4.

7 **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, C. II, 5. Baskı, Konya 2013, s. 303; **Esener/ Güven**, 2008, s. 235; **Akipek/ Akıntürk**, 2009, s. 544.

8 **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s.652; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku, C. II, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 173.

hükümlerine göre başvuramayacaktır. Diğer bir görüşe göre ise<sup>9</sup>, bir şeyin yapı eseri sayılması için inşaatın tamamlanmasına gerek yoktur. İnşaat halinde bulunan ve yapı eseri tanımındaki unsurları bünyesinde barındıran inşaatlar da yapı eseri sayılabilecektir.

BK.m.69/l, doğrudan yapı eseri kavramını kullanmamakta, bunun yerine yapı eserinin iki alt başlığı olan “bina” ve “diğer yapı eseri” kavramlarını kullanmaktadır. Hükme göre, inşaat kazalarından doğan bir zararın inşaat malikinden, intifa ve oturma hakkı sahibinden hatta üst hakkı sahibinden<sup>10</sup> talep edebilmek için inşaatın yapı eseri sıfatını taşıması gerekmektedir.

Bina, canlıların barınması veya cansızların saklanması gibi ihtiyaçlar için insan tarafından yapılan etrafı ve üstü az çok kapalı olan araziye bağlı inşa eseri olarak tanımlanabilir<sup>11</sup>. Meselâ, apartman, ev, garaj, ahır, samanlık, kümes, depo, spor salonu ve benzerleri bina kapsamına girmektedir. Bina kavramına girmeyen yeryüzüne bağlı, insanlar tarafından yapılmış inşa eserleri de diğer yapı eseri olarak nitelendirilmektedir. Barajlar, yollar, köprüler, elektrik direkleri, stadyumlar, hava meydanları, inşaat iskelesi, kanalizasyon gibi birçok yapı da “diğer yapı eseri” kavramına girmektedir<sup>12</sup>.

Bir şeye yapı eseri sıfatı verilebilmesi için “toprağa bağlılık” ve “yapaylık” olmak üzere iki unsura ihtiyaç vardır<sup>13</sup>. Dolayısıyla, bir inşaatın yapı eseri sayılabilmesi için bu iki unsuru bünyesinde taşıması gerekmektedir.

Toprağa bağlılık ilkesi yönünden, bağlantı tarzı ve bağlantının sürekli olmasının önem taşımamaktadır. Bu açıdan, bağlantının doğrudan veya dolaylı olmasının, yapı eserinin dışarıdan görülebilir olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur. Aynı şekilde, arazi ile bağlantısı sürekli olmayan ve belli bir süre sonra kaldırılacak olan şeyler de yapı

9 **Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2006, s. 173; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976, s. 583; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Halûk/ **Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 518. “Henüz tamamlanmış olup olmaması bina kavramını etkilemez; yalnız yapılış eksikliği şartı bakımından önem taşır; yani bitmiş bir bina için eksiklik sayılabilecek bir husus henüz bitmemiş bina için eksiklik sayılmayabilir; yoksa EBK.m.58 (BK.m.69)’in bitmemiş inşaatlara da uygulanmasına engel yoktur” (bkz., naklen **Tandoğan**, Haluk, Kusura Davanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 170). Aynı yönde bkz., **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013, s. 348. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Baş**, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011, s. 85-90.

10 BK.m.69’un bitmemiş yapılar hakkında da uygulama alanı bulabileceği düşünülürse, aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen intifa ve oturma hakkı sahiplerinin binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malik ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını söylemek imkânsızdır. Zira, bitmemiş bir yapı üzerinde intifa veya oturma hakkı kurulamaz. Buna karşılık, her ne kadar madde metninde düzenlenmemiş de olsa üst hakkı sahibinden inşaat kazası nedeniyle uğranılan zararlar talep edilebilir.

11 **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 246; **Baş**, 2011, s. 73; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 518; **Eren**, 2013, s. 649; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 172; **Tunçomağ**, 1976, s. 583; **Tandoğan**, 1981, s. 169; **Reisoğlu**, 2006, s. 172; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 348.

12 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 172; **Ayan**, 2012, s. 246; **Eren**, 2013, s. 650.

13 **Eren**, 2013, s. 649; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 169; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 518; **Tunçomağ**, 1976, s. 588; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 348; **Tandoğan**, 1981, s. 170; **Baş**, 2011, s. 76-85; **Kurt**, Ekrem, Yapı Malikinin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 171-192.

eseri olarak değerlendirilmektedir<sup>14</sup>. Buna karşılık, araziye bağıllığı olmayan otomobil<sup>15</sup>, mobilya ve diğer taşınır eşyalar yapı eseri olarak değerlendirilemezler.

İnsan tarafından yapılmayan, diğer bir ifade ile yapay olmayan kayalar, mağaralar, mer'alar, çayırlar, ağaçlar, göller, tepeler ve dağlar gibi varlıklar yapı eseri sayılmazlar. Bununla birlikte, söz konusu tabiat varlıkları insan eliyle düzenlenmişse bunların yapı eseri olarak kabul edilebileceği öğretide ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Meselâ, taş veya toprak gibi yapay olmayan varlıklar tünel yapılarak geçide elverişli hâle getirilmişse yapı eseri sayılır.

Her ne kadar bir şeyin yapı eseri olabilmesi için ona ilişkin inşaatın tamamlanması gerekirse de; "yapaylık" ve "toprağa bağıllılık" unsurlarını haiz olan inşaatın tamamlanmadan önce de yapı eseri olduğu ifade edilebilir. Birleşik bir eşya olarak değerlendirilebilen inşaatta, bütünleyici parçalar, inşa eserine bağlı ise BK.m.69 kapsamına girer. Meselâ, merdiven, balkon, çatı bu anlamda yapı eseri kavramına dâhildir. Dolayısıyla, inşaatın bütünleyici parçalarındaki yapım bozukluğundan dolayı da malike başvurulabilmelidir<sup>17</sup>.

## II. İnşaat Kazasından Doğan Hukukî Sorumluluk

### A. İnşaat Kazası Sonucunda Başvurulabilecek Sorumluluk Türleri

#### 1) Genel Olarak

İnşaat kazaları sonucunda, yaşanan somut olayın özelliğine göre, farklı sıfatlara sahip bulunan kişilerin zarar görebilmesi mümkündür. Meselâ, bir inşaatta, işçilerin üst katlara rahat bir şekilde ulaşmaları ve malzemeleri taşımaları için binanın dışına geçici olarak bir asansör sabitlenmişse, işçilerden birisinin asansörü kullanması sırasında, her nasılsa bina ile bağlantısı kopan asansör yola ve karşıdaki komşu taşınmazın üzerine devrilmiş, bu sırada yoldan geçmekte olan bir kişi ile asansörün içerisindeki işçi ölmüş ve komşunun arazisinde bulunan meyve bahçesi harap olmuştur. Görüldüğü üzere, bu olayda hem işçi, hem yoldan geçmekte olan üçüncü kişi hem de komşu taşınmaz maliki zarar görmüştür. Söz konusu inşaat kazasının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından inşaat kazası olduğu tespit edilirse, işçiye, uğradığı zararların tazmini için sosyal yardım

14 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 172; **Tunçomağ**, 1976, s. 588; **Tandoğan**, 1981, s. 171, 172; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 348, 349.

15 **Tunçomağ**'a göre, otomobil, otobüs, tramvay ve tren gibi motorlu taşıtlar hareket hâlinde bulunmadıkları sürece, inşa eseri sayılırlar. Buna karşılık, bunlar hareket hâlinde ise, BK.m.69 uygulanmaz (bkz., **Tunçomağ**, 1976, s. 589). **Baş**'a göre, Karayolları Trafik Kanununun 85 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, işletme hâlinde olmayan motorlu araçlar için de bir sorumluluk öngörülmüştür. Ayrıca, duran motorlu araçlar için sabitlik unsurundan söz edilebilirse de, toprağa bağıllılık unsurundan söz edilemez. Dolayısıyla, duran motorlu araçlar için BK.m.69 uygulama alanı bulmaz (bkz., age., s. 83). **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**'a göre de, toprağa bağıllılık unsuru üzerinde direnmek doğru değildir. Lokomotif, tramvayı ve hatta otomobili yapı eseri sayan Yargıtay kararları vardır. Bu görüş ihtiyaçlara da uygundur. Bu görüş sayesinde, gemilerin ve hattâ uçakların yapı eseri sayılmaları mümkün olabilir (bkz., **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 519).

16 **Eren**, 2013, s. 651; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 173; **Kurt**, 2008, s. 174; **Tunçomağ**, 1976, s. 588; **Tandoğan**, 1981, s. 173; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 349.

17 **Eren**, 2013, s. 650; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 173; **Baş**, 2011, s. 91, 92. **Tandoğan**'a göre, bütünleyici parçaların veya eklentilerin kendileri bir yapı eseri olarak kabul edilebilecekleri gibi; bunlardaki ayıbın asıl eşyadaki bir ayıp olarak sayılması da mümkündür (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 174).

sağlanacaktır. Fakat işçiye sağlanan bu yardım, işçinin zararlarını tam olarak karşılamıyorsa, karşılanmayan zararların tazmini için genel hükümler çerçevesinde işverene başvurabileceği ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

İşverenin bu sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında öğretide bir fikir birliği bulunmamaktadır. İnşaat kazası sonucunda komşu taşınmaz malikinin uğradığı zararların tazmini açısından iş hukuku hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı; bu zararların genel hükümlere göre (BK.m.49 vd.; özellikle BK.m.69 ve MK.m.730) tazmin edileceği açıktır. Zira, komşu taşınmaz maliki, söz konusu zararlarının tazmini bakımından taşınmazını taşkın kullanan malike MK.m.730 uyarınca başvurabilecektir<sup>19</sup>. Yoldan geçmekte olan üçüncü kişi ise, BK.m.49 uyarınca söz konusu kazanın gerçekleşmesine kusuru ile sebep olan çalışanlara veya BK.m.66 uyarınca ise işverene başvurabilecektir. Ancak, çalışanların kusurunun bulunmaması veya işverenin BK.m.66'da düzenlenen karineleleri çürütmesi durumunda zararlarını gidermesi çok zor görünmektedir. Bu yüzden, inşaat kazası nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişi, yapı malikine de BK.m.69 uyarınca başvurma hakkına sahiptir<sup>20</sup>. Ayrıca, BK.m.69'da yapı malikine, kurtuluş kanıtı getirme imkânı da tanınmamıştır. Diğer taraftan, tehlikeli bir işletme sayılabilecek olan inşaat ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması hâlinde tehlike sorumluluğu da gündeme gelebilir.

## 2) İşverenin İşçiye Karşı Sorumluluğu

İşçi-işveren arasındaki hukukî ilişkide, ekonomik ve sosyal açıdan güçlü işverenin karşısında güçsüz işçi yer almaktadır. Ayrıca, işçinin hayatının ve vücut bütünlüğünün işin görülmesi sırasında ortaya çıkabilecek tehlikelere açık olması nedeniyle işçinin korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu yüzden, kanunî düzenlemelerde işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Anayasa'nın 2., 12., 17., 50. ve 60. maddeleri, Medeni Kanununun kişiliğin korunmasına yönelik 23 üncü maddesi, Borçlar Kanununun kişilik haklarına aykırı sözleşmelere kesin hükümsüzlük yaptırımını bağlayan 27 inci maddesi, bu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

İş sözleşmesi gereğince, işçinin sadakat borcuna karşılık, işverenin işçiyi gözetme

18 **Altiner**, Fatma Zeynep, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 3-4, 2009, s. 265-289, s. 269.

19 **Tandoğan**, BK.m.69 ile MK.m.730'un şartlarının aynı olay içinde gerçekleşebileceğini belirtmiş ve şöyle bir örnek vermiştir: "Yapısında bozukluk olan damın bir parçası koparak komşu taşınmaza uçar ve orada zarara yol açarsa her iki hükmün de (TBK.m.69 ve MK.m.730) uygulanması kabildir; ancak bu hükümlerden birine dayanarak tazminata hükmolununca, aynı zarar için ikinci bir tazminat davası açılmaz. Bu örnekte, uçan damın parçası, komşu taşınmazın yerine, yoldan geçecek herhangi bir üçüncü kişinin kafasına düşecek olursa, EMK.m.656 (MK.m.730)'a değil, BK.m.58 (TBK.m.69)'a dayanmak gerekir" (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 206). Dolayısıyla, komşu taşınmaz maliki, yukarıdaki somut olayda isterse MK.m.730 hükmüne isterse de BK.m.69 hükmüne (inşası bitmemiş olan yapılar hakkında da BK.m.69 hükmüne gidilebileceğini kabul eden yazarlara göre) başvurabilecektir.

20 **Ulusan**, işverenin gerekli önlemleri almayarak iş kazasına neden olmasının EBK.m.58 (BK.m.69) ile yarışabileceğini ifade etmiştir (bkz., 1990, s. 129).

borcu<sup>21</sup> bulunmaktadır. İşveren işçiyi gözetme borcunun bir sonucu olarak iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü<sup>22</sup> BK.m.417/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, “işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdür”. Ayrıca, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun<sup>23</sup> 4 üncü maddesine göre, işverenler, meslekî risklerin önlenmesi için *her türlü tedbiri almakla*<sup>24</sup> yükümlü tutulmuşlardır.

İşçi ile işveren arasındaki sözleşme ilişkisi gereği, işveren işçiye yardımcı olmak ve gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür<sup>25</sup>. Buna karşılık, işçinin de iş sağlığı ve güvenliği hakkındaki usul ve şartlara uyması

21 İşverenin işçiyi gözetme borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 529-535; **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, 2006, s. 147; **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 24. Baskı, İstanbul 2011, s. 168-180; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 312-361; **Ulusan**, 1990, s. 1-19. 21.HD. 19.02.2013, E. 2012/100014 K.2013/2860, “...Gerçekten işçi, işverenin işi ve işyeri ile ilgili çıkarlarını korumak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, buna karşı işveren de işçinin kişiliğine saygı göstermek, işçiyi korumak, işyeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarlarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür...” (**Akın**, Levent, İş Kazalarından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, C. 27, S. 6, Kasım 2013, s. 36-48.). İşverenle iş sözleşmesi dışında diğer hukukî ilişkiler aracılığıyla işyeri ile temasta olan kişiler de korunma kapsamına dâhil bulunmaktadır. Bu kişiler, işverenin kendi işçileri olabileceği gibi, işverenle aralarında iş sözleşmesi olmayan ama bu işyerinde çalışan alt işveren işçileri, ödünç alınan işçiler de olabilir. İşte bu kişilere karşı işveren bu davranış yükümlülüğü ile sorumludur. Dolayısıyla, bu kişiler normun koruma amacı teorisinden yararlanabileceklerdir. Bkz., **Aydınlı**, İbrahim, İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım, Kamu İş, C. 8, S. 1, 2005, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf>, (Erişim Tarihi: 4.1.2015), s. 7. İşverenin işçiyi gözetme borcunun sınırlarının belirlenmesi oldukça güç bir iştir. İşçiyi gözetme borcunun sınırları belirlenirken yasal düzenlemelerin yanı sıra MK.m.2'nin de dikkate alınması gerekmektedir. Bkz., **Akdeniz**, Ayşe Ledün, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlarından Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 3-30; **Güneren**, Ali, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2010, s. 522; **Süzek**, Sarper, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu (tebliğ), Galatasaray Üniversitesi İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s. 18. *Tehlikeli ve zarara yatkın işlerde işçinin sorumluluğu* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Akman**, Sermet, Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 432.

22 İnşaat sektörü açısından Türkiye ve gelişmiş ülkelerin iş sağlığı ve güvenliği bakımından kıyaslanması hakkında bkz., **Baradan**, Selim, Türkiye İnşaat Sektöründe İş Güvenliğinin Yeri ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Fen ve Mühendislik Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 87-100. Amerika'da 1970 yılında “İş Sağlığı ve Güvenliği İdaresi” (OSHA - Occupational Safety and Health Administration) kurulmuştur. Bu kurumun amacı, ülkede çalışan tüm işçiler için güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları sağlamaktır. Bkz., **Miceli**, Thomas J., The Economic Approach to Law, Second Edition, Stanford-California 2009, s. 74.

23 RG. 30.6.2012, S. 28339.

24 İşverenin alması gereken teknik tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Eren**, 1974, s. 48-63.

25 Koruma yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Aydınlı**, 2005, s. 7; **Ulusan**, 1990, s. 20-29. **Akdeniz'e** göre, işverenin alması gereken önlemler sadece mevzuatta yer alan önlemlerden ibaret değildir. İşverenin bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri alması gerektiği öğretide ve Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir. Ayrıca, İsviçre Borçlar Kanununun 328 inci maddesinde “işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün sınırı teknik olarak mümkün olan ve işverenden ekonomik açıdan beklenebilen önlemler ile çizilmiştir” (bkz., **Akdeniz**, 2014, s. 6). İşçinin kişiliğinin korunması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., **Centel**, Tankut, Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 24, 2011, s.

gerekmektedir. İşçinin uyması gereken bu kurallar, kamu düzenine ilişkin emredici nitelikte kamu hukuku kuralları olarak işverenlerin mutlaka uyması gereken kurallardır<sup>26</sup>.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı vardır. İşçinin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işverene aynen ifa davası açması öğretide mümkün görülmemektedir<sup>27</sup>. Buna karşılık, işçinin işvereni yetkili mercilere ihbar ve şikâyet hakkı vardır. İş sağlığı ve güvenliği kurulu tarafından işçinin acil ve hayatî bir tehlikeyle karşı karşıya olduğu yönünde karar vermesi hâlinde işçi, gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecektir<sup>28</sup>.

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması sonucunda ortaya çıkabilecek zararların tazminin hangi esaslara tâbi olacağı BK.m.417/III'de düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâlüne bağlı zararlarının tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine<sup>29</sup> tâbi olacaktır. Ancak, söz konusu düzenleme olmasaydı bile işverenin işçiyi gözetme borcunun iş sözleşmesinden doğan bir borç olması sebebiyle yine sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulabilirdi. Diğer taraftan, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranışları nedeniyle işçinin ölümü veya vücut bütünlüğünün zedelenmesi sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği kadar haksız fiil sorumluluğunun unsurlarını da içermektedir. Dolayısıyla, işçi bu durumda hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabilecektir. Bu durumda sözleşmeye dayanan sorumluluk ile haksız fiile dayanan sorumluluğun yarıştığı söylenebilir. Ancak, sözleşmeye dayanan sorumluluk türüne gitmek daha avantajlıdır. Zira, sözleşmeye aykırılık hükümlerine gidilmesi ispat ve zamanaşımı bakımından işçinin daha lehine düzenlemeler içermektedir. Gerçekten, sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanan işçi, işverenin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda kalmayacak; aksine, işveren kusursuz olduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Aynı şekilde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta on yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (BK.m.146). Buna karşılık, haksız fiiller bakımından tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıllık ve her hâlde haksız fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır<sup>30</sup>.

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması sonucu doğabilecek tazminat taleplerinin BK.m.417/III'de sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılmasının işverenin

13-18; **Sevimli**, K. Ahmet, Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 107-148.

26 **Akdeniz**, 2014, s. 5.

27 **Aydınlı**, 2005, s. 3. "Koruma yükümlülükleri ifa davasına konu olamazlar; buna karşılık, tazminat davasına konu olabilirler. Kanımızca koruma yükümlülüklerinin bu özelliği, onların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü korunması gereken menfaat bir defa ihlal edildiğinde, artık onun aynen ifası imkânsız hale gelir; bu nedenle de ifa davası açılmaz" (bkz., naklen **Aydınlı**, 2005, s. 3).

28 **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 972.

29 *İşverenin sözleşmeden doğan sorumluluğunun benzer sorumluluk hâlleri ile karşılaştırılması* için bkz., **Uluslan**, 1990, s. 127-130; **Akdeniz**, 2014, s. 24.

30 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 286.

inşaat kazasından doğacak sorumluluğunun belirlenmesinde yol gösterici olmadığı ifade edilebilir. Gerçekten, BK.m.114/II uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine uygulanması mümkündür. Aynı şekilde, işverenin inşaat kazasından doğan zararlardan sorumlu olması, meydana gelen inşaat kazasının sosyal güvenlik hukuku anlamında bir iş kazası niteliği taşımasına da bağlı değildir<sup>31</sup>.

Her ne kadar, işverenin inşaat kazalarından sorumlu olabilmesi için kazanın iş kazası niteliği taşımasının bir önemi yoktur. Ancak, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası kavramına ve işverenin sorumlu olduğu miktarın tespiti açısından iş kazası sonrası sosyal sigortaca hak sahiplerine yapılan yardımlara değinmek gerekmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun<sup>32</sup> 13 üncü maddesine göre, "İş kazası;

- a) Sigortalının işyerinde<sup>33</sup> bulunduğu sırada,
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda<sup>34</sup>,
- d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla<sup>35</sup> işin yapıldığı yere gidiş gelişini

31 **Akdeniz**, 2014, s. 8. **Oğuzman/ Öz'e** göre, meydana gelen inşaat kazası, sosyal güvenlik hukuku bağlamında iş kazası olarak tespit edilmemiş olabilir. Buna karşılık, inşaat kazası ile işçinin zararı arasında nedensellik bağıının bulunmasının gerekmektedir (bkz., **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 245). HGK. 03.02.2010, E.2010/21- 36 K.2010/67, "...Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir iş kazasından işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmâl göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. ...". Buna karşılık, bireysel iş hukuku anlamında gerçekleşen bir iş kazasından işverenin sorumlu tutulmasını sağlayan, kazanın işverenin işiyle olan ilgisidir. Buna göre, iş kazası sonucu ortaya çıkan zararın işverenin yürüttüğü işle uygun nedensellik bağı içinde bulunması halinde işveren, işçinin uğradığı zararı karşılamak zorundadır (**Akın**, Levent, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı, Çimento İşveren, S. 2, C. 25, Mart 2011, s. 26-39, s. 33). Söz konusu kararın bir diğer incelemesi için bkz., **Saraç**, Coşkun, İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk - İş Verenin Önlem Alma Yükümlülüğü - Uygun İliyet Bağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 5, S. 18, 2010, s. 202-213.

32 RG. 16.6.2006, S.26200.

33 İş yerine bağlı bulunan yerler ile eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (SSGSSK.m.11/I). İşyerinde meydana gelen kazanın iş kazası sayılabilmesi için işin görülmesi sırasında veya işverenin otoritesi altında olması aranmamaktadır. İşçi, işyerine ayak bastığı andan, terk edeceği ana kadar korunmaktadır (bkz., **Taşkent**, Savaş, İş Kazası Kavramı, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1951-1966, s. 1956). 10.HD. 23.3.1992, E. 1991/12579 K.1992/3624, "...sigortalının işyerinde çalışırken ve işverenin işini yaparken öldüğü sabit olduğuna göre, ölümün iş kazası sonucu meydana geldiğinin kabulü yerine, işyerinde sarhoş çalışırken öldüğünü göz önüne alıp olayın iş kazası sayılmayacağına karar verilmesi yerinde değildir. ..." (**Taşkent**, 2001, s. 1957).

34 10.HD. 2.6.1983, E.2601 K.3002, "...sigortalıyı görevle ayırdığı işyerinden aynı işyerine dönünceye kadar normal yaşantı içerisinde kalmak koşuluyla boş zamanlar da dahil olmak üzere tüm risklere karşı sigortalı saymak, sosyal sigorta hukukunun ilkelerine uygun düşeceği su götürmez..." (**Taşkent**, 2001, s. 1960).

35 **Taşkent'e** göre, burada ifade edilen taşıt, işyerinin mal ve hizmet üretiminde doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan bir taşıt değildir. Çünkü bu taşıtlar esasen işyerinden sayılacağından SSGSSK.m.13/a uygulama alanı



rasında<sup>36</sup>, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır”.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda yer alan bu düzenleme, inşaat kazasının sosyal sigorta hukuku kapsamında bir iş kazası sayılıp sayılmayacağıının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Kanunun düzenlemesine göre, iş kazası, birdenbire veya hiç değilse kısa bir zaman parçası içinde ortaya çıkan, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 üncü maddesinde belirtilen durumlarda meydana gelen<sup>37</sup> ve sigortalıyı bedenen veya ruhen zarara uğratan olaydır<sup>38</sup>. Meselâ, işçinin iş yerinde bulunduğu sırada gerçekleşen inşaat kazası sosyal sigorta hukuku bakımından bir iş kazası sayılacaktır.

Gerçekleşen bir inşaat kazasının sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası<sup>39</sup> sayılabilmesi için bir takım unsurların mevcut olması gerekmektedir<sup>40</sup>:

- Kazaya uğrayanın 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu anlamında sigortalı olması gerekmektedir. Kazaya uğrayan sigortalı değilse iş kazasından da söz edilemeyecektir. Kanunun dördüncü maddesinde belirlenen kişiler<sup>41</sup> kendiliğinden sigortalı sayılacağından, işverenin Sosyal Sigorta

bulur. Burada kastedilen taşıt, sosyal yardım amacıyla kullanılan taşıtlardır (bkz., **Taşkent**, 2001, s. 1963).

36 Yargıtay bir kararında, sigortalının servis aracı beklerken uğradığı kazayı iş kazası saymıştır. Bkz., 21.HD. 14.05.1996, E.1996/2674 K.1996/2738 (www.kazanci.com). Söz konusu karar, öğretilerde kanunun açık ifadesine aykırı olduğu için eleştirilmiştir (bkz., **Sümer**, Haluk Hadi, Sigortalının Servis Aracı Beklerken Uğradığı Kaza İş Kazası mıdır? Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.11, S.4, Temmuz 1997, s. 6-13).

37 **Taşkent**'e göre, kanun, iş kazasının varlığı için olayın maddede sayılan durumlardan birinde meydana gelmesini yeterli görmüştür. Buna karşılık, yapılan iş ile zarar verici olay arasında uygun illiyet bağı ancak işverenin hukukî sorumluluğunun doğabilmesi bakımından aranacaktır. Meselâ, maddede geçen hâllerden birinde gerçekleşen her olay iş kazası sayılarak işçiye sosyal sigorta yardımı yapılacak; ancak işverenin sigortaca karşılanmayan zararlardan sorumlu olabilmesi için illiyet bağı aranacaktır (bkz., **Taşkent**, 2001, s. 1955).

38 **Bostancı**, Yalçın, Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu-İş; C.8, S. 1, 2005, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>, (Erişim Tarihi: 4.1.2015); **Taşkent**, 2001, s. 1953. İş kazasının tanımı hakkında öğretilerde dört farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre, “iş yapılırken veya işin yapılması dolayısıyla meydana gelen kaza iş kazasıdır”; ikinci görüşe göre, “işçinin, iş sözleşmesinin yerine getirilmesi amacıyla günlük yaşantısı içinde bulunduğu sırada meydana gelen kazaların tümü iş kazasıdır”; üçüncü görüşe göre, “işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu süre içinde meydana gelen kazalar iş kazasıdır”; son görüşe göre, “işin yarattığı rizikoların neden olduğu tüm kazalar iş kazasıdır” (bkz., **Bostancı**, 2005, s. 3). Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yayınlanan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Ansiklopedisi'nde iş kazası, “belirli zarara ya da yaralanmaya neden olan beklenmeyen ve önceden planlanmamış bir olay” olarak tanımlanmıştır (bkz., **Turan**, Güngör, Bağ-Kur Kanunu Açısından İş Kazası Kavramı ve Hukukî Sorunlar, Kamu-İş, C. 3, S. 4, Temmuz 1994, s.113-129, s. 117).

39 İsviçre hukukunda “iş kazası” terimi yerine “işletme kazası” terimi kullanılmaktadır. Buna karşılık, Alman ve Türk hukuklarında “iş kazası” terimi kullanılmaktadır (bkz., **Turan**, 1994, s. 118). *Bağ-Kur Kanunu açısından iş kazası kavramı ve hukukî sorunları* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Turan**, 1994, s. 121.

40 **Ulusan**, 1990, s. 70-80; **Bostancı**, 2005, s. 3-35; **Eren**, 1974, s. 5-22.

41 SSGSSK.m.4'e göre “Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; a) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, b) Köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ise, 1) Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, 2) Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, 3) Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş

Kurumuna bildirim yapmamış olması bunların sigortalı olma özelliğini ortadan kaldırmaz.

- Sigortalı, kazaya uğramış olmalıdır. Söz konusu kazanın dıştan gelen bir olay neticesinde gerçekleşmiş olmasının gerekli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kazanın vücut bütünlüğüne yabancı bir etkenden dolayı meydana gelmiş olması gerekirken; diğer bir görüşe göre, kaza, "sigortalıyı bedence ve ruhça arızaya uğratan her olaydır" (SSGSSK.m.12)<sup>42</sup>. Bu konuda, sigortalının kendi kusuru sonucu uğradığı kaza da iş kazası sayılabilecektir<sup>43</sup>.
- Uğranılan kazanın kanunda iş kazası olarak kabul edilen durumlarda meydana gelmesi gerekmektedir.
- Sigortalının bu kaza sonucunda bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekmektedir.
- Kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir<sup>44</sup>.

İşçilerin iş kazasından doğan zararlarının karşılanması için ülkemizde sosyal sigorta sistemi kabul edilmiştir. İşçiler işe başlaması ile kendiliğinden 5510 sayılı SSGSSK'ya tabi olurlar. SSGSSK.m.87'ye göre de, sigorta primlerinin işverence ödenmesi gerekmektedir. Böylece, iş kazası ve işçinin bu yüzden uğradığı zararlar arasından uygun illiyet bağının kurulması durumunda işçinin iş kazasına uğraması sebebiyle doğan zararlarının sosyal sigorta tarafından ödenmesi amaçlanmıştır.

İnşaat kazasına uğrayan işçi, sosyal sigorta anlamında sağlık yardımlarına ve parasal yardıma hak kazanmaktadır. Sağlık yardımı genel sağlık sigortasından, parasal yardımlar ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanmaktadır. Bu yardımlar sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir ve işverenin inşaat kazasından doğan sorumluluğu ile bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>45</sup>.

*komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları, 4) Tarımsal faaliyette bulunanlar, c) Kamu idarelerinde; 1) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar, 2) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atanalar, sigortalı sayılırlar. ..."*

42 **Taşkent**'e göre, "iş kazasından söz edebilmek için, her şeyden önce zarar verici olayın dıştan gelen ani bir etkenden kaynaklanması ve ayrıca dıştan gelen ani olayın sigortalı tarafından istenilmemiş olması gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Belirtilen hususlar maddede öngörülmemiştir. Kaza olgusunun borçlar hukukundaki tanımı sosyal sigorta uygulamasına örnek olmaz" (bkz., **Taşkent**, 2001, s. 1954). *Genel anlamda kazadan bahsedebilmek için gereken unsurlar için bkz., Turan, 1994, s. 115.*

43 **Taşkent**, 2001, s. 1955.

44 Sosyal sigorta hukuku anlamında iş kazasının varlığı için, kaza ile zarar arasında nedensellik bağlantısı bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, işle kaza arasında nedensellik bağlantısının gerekmediği ileri sürülmektedir. Gerçekten, Yargıtay bir kararında (10.HD. 30.4.1947, E.1972/38091 K.1973/14209) işçinin işyerinde ölç alma kastıyla öldürülmesini sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası saymıştır (bkz., **Akın**, 2011, s.32; **Taşkent**, 2001, s. 1966). Amerikan tazminat hukukunda, işçinin zararları ile iş arasında illiyet bağının bulunması gerektiğini ispat etmesi, öğretiden tarafından eleştirilmiştir. Çünkü, sebebi birden fazla olan kanser gibi hastalıklarda işçinin yükü ağırlaşmış olacaktır (bkz., **Miceli**, 2009, s. 74).

45 Hattâ işçinin priminin Kurum'a bildirilmiş olması veya belli bir sigortalılık süresini doldurmasına gerek bu-

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 16 ncı maddesinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından<sup>46</sup> sağlanan haklar sayılmıştır. Buna göre:

“İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar şunlardır:

a) Sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince günlük **geçici iş göremezlik ödeneği** verilmesi.

b) Sigortalıya **sürekli iş göremezlik geliri** bağlanması.

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen **sigortalının hak sahiplerine, gelir** bağlanması<sup>47</sup>.

d) Gelir bağlanmış olan **kız çocuklarına evlenme ödeneği** verilmesi.

e) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için **cenaze ödeneği** verilmesi.

Hastalık ve analık sigortasından sigortalıya hastalık veya analık hallerine bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince, günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilir.”

Sigortalının prime esas günlük kazancı, hem işveren tarafından ödenecek prim miktarının tespitinde hem de inşaat kazasının gerçekleşmesi hâlinde Kurum tarafından sağlanacak olan ödenek ve gelirlerin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Buna karşılık, Kurum tarafından sağlanacak ödenek ve gelirlerin tespitinde inşaat kazasının büyüklüğü önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, Kurum tarafından sağlanan ödenek ve gelirlere her zaman işçinin zararlarını karşılayamayabilir<sup>48</sup>.

SSGSSK.m.21'e göre, işçi karşılanmayan bakiye zararı için kastı veya kusuru bulunan işverene başvuru edilebilir. Aynı şekilde, Kurum da bu hâlde işçiye sağladığı yardımlar için kastı bulunan veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı davranışta bulunan işverene rücu edebilecektir. Buna karşılık, işverenin inşaat kazasının meydana gelmesinde hiçbir kusuru yoksa Kurum işverene rücu edemeyecektir. Kurum tarafından işçiye sağlanan yardımlar işçinin uğradığı zararları gidermeye yetmiyorsa, işverenin bu zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağına tespit edilmesi gerekmektedir<sup>49</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen tazminat, her zaman işçinin uğradığı zararın tamamını karşılamamaktadır. Bu durumda, işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararlarından işverenin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. İşveren, inşaat kazasından doğan maddî ve manevî zararları tazminle yükümlüdür. Bununla birlikte, işçinin talebini, genel hükümlere göre kusur

lanmamaktadır (bkz., **Akdeniz**, 2014, s. 10).

46 İş kazası ve meslek hastalığı sigortasının sağladığı ödenek ve gelirlerin tamamı işverenlerin ödediği primlerle sağlanmaktadır. Gerçekten, SSGSSK.m.81/1, c'de iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primlerinin tamamını işverenin ödeyeceği düzenlenmiştir.

47 İnşaat kazası sonucunda hak sahiplerine dul ve yetim aylığı bağlanabilmesi için, ölen sigortalının; a) Üç tam yıl sigorta primini ödemiş olması veya b) Üç tam yıl prim ödemiş, toptan ödeme talep etmiş, fakat henüz alamamış olması, c) Malûllük veya yaşlılık aylığı bağlanmış veya aylığa hak kazanmış olması veya d) Malûllük veya yaşlılık aylığı, çalışmaya başlaması dolayısıyla kesilmemiş olması veya e) Ölümün sigortalının geçirdiği iş kazası sonucu olması gerekir (bkz., **Turan**, 1994, s. 125).

48 **Akdeniz**, 2014, s. 10.

49 Kurum işçinin uğradığı manevî zararları da karşılamamaktadır. Dolayısıyla, işverenin Kurum tarafından karşılanmayan zararlardan dolayı sorumluluğu, manevî zararların giderilmesi bakımından da önem taşımaktadır (bkz., **Akdeniz**, 2014, s. 11).

sorumluluğu çerçevesinde mi talep edeceği yoksa kusursuz sorumluluk esasına mı dayandıracağı konusu öğretide tartışmalıdır<sup>50</sup>.

Bir görüşe göre<sup>51</sup>, işverenin inşaat kazasından doğan sorumluluğu bir kusur sorumluluğu hâlidir<sup>52</sup>. Bu görüşte olan yazarlar, sorumluluk hukukunda kusur sorumluluğunun asıl, kusursuz sorumluluğun ise fer'i olduğunu, yani kusursuz sorumluluğun mutlaka bir kanun hükmüne dayandırılması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>53</sup>. Bu yazarlara göre, hâkimin MK.m.1 hükmüne dayanarak yeni bir kusursuz sorumluluk türü üretmesi isabetli değildir. İşverenin sorumluluğu sadece hakkaniyet gereği kendinden beklenebilecek

50 **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 922; **Altın**, 2009, s. 270; **Akdeniz**, 2014, s. 17. *Karşılaştırmalı hukuktaki durum* için bkz., **Gürsoy**, Kemal Tahir, İşverenin Sorumluluğu (BK.m.332, İş K.m.73), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1-4, 1974, s. 188-191; **Ulusan**, İlhan, Fransız, Alman ve İsviçre Hukuklarında İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşveren Sorumluluğunun Düzenlenmesi, C. 13, S. 16, 1979-80-81, s. 77-88. Ayrıca bkz., **Ulusan**, 1990, s. 85-94.

51 **Eren**, 1974, s. 81; **Oğuzman**, 1969, s. 322 vd.; **Akın**, 2001, s. 97 vd.; **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, 2006, s. 282. "Kusurun objektifleştirilmesi kriterinin yanı sıra, BK.md.417/2'nin, Anayasa kuralları ve İSGK.md.4 ışığında yorumlanması da işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmiştir. Bu nedenle kazalanan işçi ve hak sahiplerinin zarar görmesini önleme kaygısıyla hukuk sistemimizde yer almayan kusursuz sorumluluğu yaratmaya çalışmak doğru olmaz. Onun yerine, kusur sorumluluğu prensipleriyle zararı tazmin etmek daha isabetli olacaktır" (bkz., naklen **Akın**, 2013, s. 48).

52 Yargıtay son dönemdeki bazı kararlarında, işverenin sorumluluğunun işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan doğan kusura dayalı bir sorumluluk olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık, Fransız hukukunda kusur sorumluluğu ilkesinden kusursuz sorumluluk ilkesine doğru bir içtihat değişikliği gözlenmektedir. Buna karşılık, Yargıtay'ın bu tutumu, mevzuatımızın gelişimi, çağın gerekleri neticesinde işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcunu giderek daha geniş algılama zorunluluğuna ters düşmekte ve Yargıtay'ın adeta klasik kusur sorumluluğu esasına geri dönüşü, isabetsiz kabul edilmektedir. Bu konuda, Yargıtay'ın yerleşmiş kusursuz sorumluluk içtihadını sürdürmesi iş sağlığı ve güvenliği alanındaki modern gelişmelere uygun olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Güzel**, Ali / **Uğan Çatalkaya**, Deniz, İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 3, S. 34, 2012, s. 157-188, s. 176-186. Amerikan hukukunda ihmâlin belirlenmesi için "Hand Rule" adı verilen bir formül kullanılmaktadır. Bu formül, ilk defa, 1947 yılında Learned Hand isimli bir yargıç tarafından kullanılmış ve ABD hukukunda bu yargıcın ismi ile bilinir hâle gelmiştir. Hand formülünün ilk defa kullanıldığı karara konu olan olayda, New York Limanı'nda bağlı olan Connors Denizcilik şirketine ait mavnâ (Anna C.), römorkörün (Caroll) bazı eylemleri sebebiyle serbest kalmış ve bir tankere çarparak yükü ile birlikte batmıştır. Bunun üzerine, yük ilgisiz olan Federal Devlet, mavnânın maliki ve chartereri, mavnânın serbest kalmasına neden olan Carroll taşımacılık şirketine haksız fiil esasına dayanan tazminat davası açmışlardır. Yargıç Learned Hand, "rıhtıma bağlı olan mavnâda gemici bulundurma" şeklinde bir özen yükümlülüğünün olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Hand, bu sebeple, geminin halatları koparak serbest kalma olasılığının (O), bunun yol açtığı zararın (Z) ve bu sonucu ortadan kaldırmak için alınacak tedbirlerin külfetinin (ÖM) bilinmesi gerektiğini ifade etmiştir. Hand'a göre, eğer mavnânın serbest kalarak bu türden bir zarar verme olasılığı ile zarar çarpımı sonucunda bulunan değer (risk değeri), bu riski ortadan kaldırmak için alınması mümkün olan önleyici tedbirlerin maliyetinden fazla ise, kişinin tedbir almak için bir özen yükümlülüğü vardır. Eğer tedbir alınmamışsa kişinin kusurlu olduğu kabul edilir. Buna karşılık, tedbirin maliyeti risk değerinden fazla ise tedbirin alınmaması özensiz davranıldığı anlamına gelmemektedir. Formül olarak: Eğer ÖM>OxZ ise kişi kusurludur. Buna karşılık, ÖM>OxZ ise kişi kusursuzdur. Yargıç bu formülü ifade ettikten sonra, Connors şirketini özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle sorumlu tutmuştur. Fakat, formül bu olaya açıkça uygulanmamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Miceli**, 2009, s. 25 vd. Ayrıca bkz., **Sanlı**, Kerem Cem, İhmâlin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: "Hand Formülü", Marmara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 99-131.

53 İsviçre, Alman, Avusturya ve Fransız Hukuklarında kural olarak kusur sorumluluğu temel alınmıştır (bkz., **Antalya**, Gökhan, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 63-83, s. 68).

önlemleri almamasından kaynaklanan sorumluluktur. Bu durumda, işçinin BK.m.112 vd. maddelere dayanması gerekmektedir.

Bu görüşü savunan yazarlar, inşaat kazaları sebebiyle işverenin kusurlu sorumluluk esasına göre sorumlu olması ve inşaat kazalarının önlenmesi arasında bir ilişki kurmaktadır. Kusursuz sorumluluğun benimsenmesi ile kusuru olan işveren ile kusuru olmayan işverenin aynı esasa göre sorumlu tutulacağı, bu durumun da işverenlerin gereken önlemleri almakta ihmalkâr davranabilmesine sebep olabileceği ifade edilmektedir<sup>54</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise<sup>55</sup>, işverenin inşaat kazasından doğan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Bu görüşte olan yazarlar, kusursuz sorumluluğun dayanağını hakkında farklı düşüncelere sahiptirler:

Bir görüşe göre<sup>56</sup>, bu konuda bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu konuda hâkim, kendisine MK.m.1 ile verilen yetkiye dayanarak kanunkoyucu gibi davranıp yeni bir sorumluluk nedeni meydana getirmeye yetkilidir. Gerçekten, Yargıtay da bu yetkiyi kullanarak işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hâli olduğuna hükmetmiştir<sup>57</sup>.

Diğer bir görüşe göre<sup>58</sup>, BK.m.417'deki kusur ilkesine dayanan sorumluluk hükmünde gerçek olmayan bir boşluk söz konusu olduğunu ve bu boşluğun hâkim tarafından İş K.m.77<sup>59</sup> ile tamamlanması gerektiğini, bu sonucun çağdaş teknik gelişmelere de uygun

54 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 247.

55 Amerika Birleşik Devletleri'nde üreticinin sorumluluğuna ilişkin yazılan bir makalede üründen kaynaklanan zararlarda büyük bir artış olduğu ifade edildikten sonra şöyle denilmektedir: "Üründen doğan sorumluluk hakkında en baskın görüş kusur sorumluluğudur. Bu sorumluluk türünde, üreticinin aynı şartlar altında olan orta zekâlı bir kişinin göstermesi gereken dikkati göstermesi gerekmektedir. Buna karşılık, son otuz yılda giderek benimsenen diğer bir görüşe göre ise, üreticilerin ürün kaynaklı her zarardan kusurları dikkate alınmaksızın sorumlu olması gerekmektedir". Bkz., **Viscui**, W. Kip, Product and Occupational Liability, Law and Economics (A Collection of Essays and Cases), United States of America 1998, s. 267. Ülkemizde de, inşaat kazalarından kaynaklanan zararlar giderek artmaktadır. Bu nedenle, işverenin kusursuz sorumlu olacağını kabul edip, kusursuzluk nedeniyle ödenecek tazminatta hakkaniyet indirimi yapmak doğru bir çözüm yolu olabilecektir. Gerçekten, **Miceli**, "common law"ın işyeri kazaları bakımından yetersiz kaldığını, bu nedenle de, bütün eyaletlerin işverenin sorumluluğunu arttıran düzenlemeler yaptığını ifade etmektedir. Yeni düzenlemelere göre, artık işverenin kusurunun sorumluluktan kurtulmak için herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Yazar, işverenin bu sorumluluğu ile üründen kaynaklanan sorumluluk arasında benzerlik olduğunu ifade etmektedir (bkz., **Miceli**, 2009, s. 73).

56 **Eren**, 1974, s. 89 vd.; **Gürsoy**, 1974, s. 195.

57 HGK. 26.6.1981, E.1980/9-1949 K. 1981/535, "...Davacıların (maddi ve manevi) tazminat istekleri, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 73. ve Borçlar Kanunu'nun 45, 47, 55, 322. maddelerine dayanır. Davacılar, davalı işverenin kusursuz sorumluluğundan söz ederek tazminat istemektedirler. Gerçekten, 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı ve 22.6.1966 gün, 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında da açıklandığı gibi, iş kazası sonucu meydana gelen zararı işverenin tazmin borcu kusursuz sorumluluğa dayanır. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise, kusur, sorumluluğu oluşturan bir unsur olmadığından, tazminat borcunun doğabilmesi bakımından işverenin kusuru aranmaz. Ne var ki kusursuz sorumlulukta da işverenin tazmin yükümlülüğü için illiyet (nedensellik) bağıntısının gerçekleşmesi zorunludur. ..." (www.kazanci.com).

58 **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 995.

59 Söz konusu madde, 30.6.2012 tarih ve 28339 sayılı RG.'de yayımlanan 20.6.2012 tarih ve 6331 sayılı RG.'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun'un 37/ç. maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İş Kanunu m. 77'nin yansımaları sayılabilecek maddeler örneğin İSGK.m.4

olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda, BK.m.71’de düzenlenen tehlike sorumluluğu hükümünün uygulanması gerektiği de ifade edilebilir.

Bir başka görüşe göre ise<sup>60</sup>, işverenin sorumluluğu, BK.m.417’de düzenlenen hakka-niyet esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk hâlidir.

Nihayet, son bir görüşe göre ise<sup>61</sup>, işverenin sorumluluğu tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk türüdür.

Kusursuz sorumluluğu savunan yazarlara göre, kusursuz sorumluluk ilkesinin kabulü, işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu’nun yaptığı yardımın kapsamına girmeyen veya bu yardımın kapsamına giren fakat zamanında Kurum’a başvurusu yapılmayan zararlarının giderilmesi bakımından gereklidir. Aynı şekilde, işverenin işçinin manevî zararlarından kusuru olmasa da sorumlu olması söz konusu ilkenin kabulünü gerektiren sebeplerden biridir. Gerçekten, maddî zararlar bakımından kusur sorumluluğunun kabulü, manevî zararlar bakımından da kusursuz sorumluluğunun kabulü bir çelişki arz etmektedir<sup>62</sup>.

Yargıtay da işçinin iş kazalarından doğan zararlarının giderilmesi için işverenin sorumlu olacağı esas bakımından farklı kararlar vermiştir. Yargıtay, önceleri işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu yönünde kararlar vermektedir. Ancak, 1967 yılından sonra, birçok Yargıtay kararında işverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilmiştir<sup>63</sup>. Son zamanlarda verilen bazı Yargıtay kararlarında ise işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayandırılmıştır<sup>64</sup>.

---

bulunmaktadır.

60 **Hatemi/ Gökyayla**, 2012, s. 150.

61 **Ulusan**, 1990, s. 119; **Gürsoy**, 1974, s. 193. BK.m.71 ile inşaat kazalarından doğan sorumluluğu hakkındaki tartışmaların önemini kaybettiği hakkında bkz., **Altınar**, 2009, s. 271. 21.HD. 5.4.2012, E.2012/4196 K.2012/5289, "...işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmuyorsa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez..." (**Demircioğlu**, A. Murat / **Kalyon Şen**, Arzu, İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 33-50.).

62 **Akdeniz**, 2014, s. 19.

63 21.HD. 5.4.2012, E.2012/4196 K.2012/5289, "...Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. ..." (www.kazanci.com).

64 HGK. 20.3.2013, E.2012/21-1121 K.2013/386, "...olay tarihinde yürürlükte bulunan Türk Hukuk Sistemi uyarınca, özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Bu durumda, işverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğundan söz edilemez. ..." (www.kazanci.com); HGK. 3.2.2010, E.2010/21-36 K.2010/67, "...İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi'nde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez. ... (www.kazanci.com).

İş kazasından doğan zararlar sebebiyle işverenin sorumluluğunun tartışıldığı Yargıtay kararlarında, "kaçınılmazlık" terimi<sup>65</sup> sıklıkla kullanılmaktadır. Kaçınılmazlık ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin<sup>66</sup> 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, "kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez". Yargı kararlarında, zararlı sonucun meydana gelmesinde kaçınılmazlık söz konusu ise zararın hakkaniyet gereği taraflar arasında paylaşılması ifade edilmiştir.

Aynı şekilde, Yargıtay, işverenin sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk türü olduğunu ifade ettiği kararlarında, kusurlu işveren ile kusursuz işveren arasında adletsizliği önlemek için "hakkaniyet indirimine" gitmektedir<sup>67</sup>. Bu husus ise, öğretilde eleştirilmektedir<sup>68</sup>.

### 3) Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu

Yapı eseri malikinin sorumluluğu<sup>69</sup> 818 sayılı Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde

65 9HD. 18.2.1977, E.1977/5967 K.1977/1155, "...Kaçınılmazlık, bir anlamda fennen önlenmesi olanaksız sonuçları kapsar. Bir ölçüde kaçınılmaz malûliyetin söz konusu olduğu işyeri işverenin "uygun neden-sonuç" bağlantısını kesen müterafik kusur olmadığı takdirde, kaçınılmazlığa düşen zarardan büyük ölçüde sorumlu tutulması, insan varlığının kutsallığı ve kâr amacının karşılıklı değerlendirilmesinin doğal sonucudur. ..." (Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986, s. 1009); 10.HD. 4.2.1977, E.1977/5618 K.1977/733, "...mahkemece yapılacak iş, kaçınılmazlığa ilişkin zararın BK.m.43 ve MK.m.4 gereğince hakkaniyet kuralları göz önünde bulundurulurken taraflar arasında bölüştürmekten ibarettir. ..." (Çenberci, 1986, s. 1009); HGK. 12.11.2003, E.2003/21-673 K.2003/641, "...Kaçınılmazlık ise hukuksal ve teknik anlamda; fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade eder. Zararlandırıcı olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesini gözönünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden % 50'şer sorumluluğun paylaşılması ilk bakışta uygun görünebilirse de, işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde; işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi; sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. ..." (www.kazanci.com).

66 RG. 12.5.2010, S. 27579.

67 10.HD. 21.6.2011, E.2011/1711 K.2011/9103, "...İşverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır. Buna göre işveren, zararlandırıcı sigorta olayında hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişini süresinde Kuruma bildirilmemişse, Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarından %100 oranında kusurlu sayılarak sorumlu tutulması gerekir. Ancak bu durumda hakkaniyet indirimine gidilmesi uygun olacaktır. ..." (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz., 10.HD. 3.10.2011, E.2011/5411 K.2011/12916, (www.kazanci.com); 10.HD. 20.11.2006, E.2006/8078 K.2011/14899, (www.kazanci.com).

68 Akdeniz, 2014, s. 16.

69 Bir görüşe göre, yapı eseri malikinin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğudur. Yapı maliki bu sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getiremez. Malikin sorumlu tutulabilmesi için zilyet de olması gerekmektedir (bkz., Kurt, 2008, s. 174; Tunçomağ, 1976, s. 582; Reisoğlu, 2006, s. 171). Diğer bir görüşe göre ise, yapı eseri malikinin sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğünün ihlali esasına dayanmaktadır (bkz., Öztaş, İlker, Bina ve Diğer Yapıların Yapılışındaki Bozukluklardan veya Bakımındaki Eksikliklerden Dolayı Paydaşların Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 351-365, s. 353). Sorumluluğun dayandığı temel hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Baş, 2011, s. 45-57. 4708 sayılı "Yapı Denetimi Hakkında Kanun" ile Türk Borçlar Kanundaki yapı malikinin sorumluluğu hükümlerinin karşılaştırılması için bkz., Kurt, 2008,

düzenlenmişti. O dönemde, maddede geçen “imal olunan herhangi bir şey” teriminin doğru bir çeviri olmadığı, burada kastedilenin “inşa eseri” olduğu öğretide ifade ediliyordu. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinde bu ifade yerine “bina ve diğer yapı eseri” ifadesi kullanılmak suretiyle hüküm daha açık hâle getirilmiştir<sup>70</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, inşaatın bir yapı eseri olup olmadığı tartışmalıdır. İnşaatın yapı eseri olarak sayılıp sayılmayacağına ilişkin bu tartışma, inşaatteki yapım bozukluğu ve bakım eksikliği nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin başvurabileceği hükümlerin tespitinde de kendini göstermektedir.

Bir şeyin yapı eseri kavramına dâhil edilebilmesi için inşaatın tamamlanması gerektiğini<sup>71</sup> ifade eden yazarlara göre, inşaatteki yapım bozukluğu ve bakım eksikliği nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin BK.m.69 hükmü çerçevesinde zararının tazmini için yapı eseri malikine başvurması mümkün değildir. Buna karşılık, inşaat süresince meydana gelen zararlar için Türk Borçlar Kanununun diğer hükümlerine başvurabilmek mümkündür<sup>72</sup>. Meselâ, inşaatı yaptırana, BK.m.66 uyarınca başvurulabilir<sup>73</sup>.

Bir şeyin yapı eseri kavramına dâhil olabilmesi için inşaatın tamamlanması gerekmediğini ifade eden yazarlara göre, inşaatteki yapım bozukluğu ve bakım eksikliği nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin BK.m.69 hükmü çerçevesinde zararının tazmini için yapı eseri malikine başvurabilmesi mümkündür<sup>74</sup>.

---

s. 186; **Baş**, 2011, s. 68-70; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 355-358. *Karşılaştırmalı hukukta bina ve yapı eserinden doğan sorumluluk* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baş**, s.5-29.

70 **Hatemi/ Gökyayla**, 2012, s. 148; **Baş**, 2011, s. 74; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 346. **Oğuzman/ Öz**'e göre, EBK zamanında kanundaki “imal olunan herhangi bir şey” ifadesinden yola çıkarak imalatçıların kusursuz sorumlu olduğunu kabul eden bir görüş bulunmakta idi. Ancak, imalatçıların kusursuz sorumlu olacağı kabulü, artık BK.m.69'un sözüne ters düşmektedir (bkz., **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 169). *BK.m.69'un imalatçının sorumluluğundan ayrılması* hakkında bkz., **Baş**, 2011, s. 65-68.

71 Bu görüşte olan yazarlara göre, inşaatı tamamlanmış bina veya diğer yapı eseri tamire veya restorasyona alınır, tamir veya restorasyon döneminde de BK.m.69 uygulanmaz. Buna karşılık, inşaatı henüz bitmemiş bir bina veya diğer yapı eseri kullanılmaya başlanmışsa, yapılaşma bozukluğu veya bakım eksikliği sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişi zararlarının tazmini için BK.m.69'a başvurabilecektir. Çünkü bu durumda bina işlevi gören bir yapı eseri vardır (bkz., **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 173). Yapının inşa veya tamir hâlinde bulunduğu sırada meydana gelen zararlardan dolayı inşaatı veya tamirini yapan kişiler BK.m.49 hükmüne göre sorumlu olacaklardır (bkz., **Kurt**, 2008, s. 178).

72 **Ayan**, 2012, s. 247; **Tunçomağ**, 1976, s. 591, 592.

73 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 173. “Yapı eseri yapıldığı, değiştirildiği ve tamir edildiği sırada başkasına zarar verilmişse, bundan BK.m.49'a göre sorumluluk söz konusu olur” (bkz., naklen **Eren**, 2013, s. 652). *Bina ve yapı eseri malikinin diğer sorumluluklarla yarışması* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baş**, 2011, s. 161-168.

74 **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, 2012, s. 597, dn. 1396; **Ayan**, 2013, II, s. 311. Ayrıca bkz., 7.HD.14.3.2006, E.2006/284 K.2006/721, “...Taşınmaz malikleri, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Binanın fena yapılması sonucu meydana gelen zarardan taşınmaz maliki sorumludur. ...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 738. maddesi hükmüne göre taşınmaz malikleri kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimsenin aynı kanunun 730. maddesi hükmüne göre durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava etme hakkı bulunduğu gibi B.K.'nin 58. maddesi hükmü ile de bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı meydana gelecek zararlardan



#### 4) Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

Mülkiyet hakkı, hukuken bir engel bulunmadıkça, sahibine dilediği şekilde tasarruf yetkisi veren ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir mutlak bir haktır. Taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini başkalarına zarar vermeme gerekçesiyle sınırlanması, kural olarak bütün hukuk sistemlerinde farklı şekillerde de olsa mevcuttur<sup>75</sup>. O hâlde, taşınmaz bir eşya olan inşaatın maliki de, inşaat üzerindeki mülkiyet hakkını dilediği gibi kullanamayacak, özellikle komşuluk hukukunun gerektirdiği bir takım kısıtlamalara uymak zorunda kalacaktır.

Taşınmaz mülkiyetinin sınırlamaları, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerinden bir bölümünün üçüncü kişiler veya toplum yararına daraltılmasını veya geçici olarak ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Bu sınırlamalar “*iradî sınırlamalar*” veya “*kanunî sınırlamalar*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kanunî sınırlamaların bir kısmı komşu taşınmaz maliki için getirilmiştir. Bu kısıtlamalardan birisi, MK.m.737’de düzenlenen “*mülkiyet hakkını aşırı kullanmama*” ödevidir. Buna göre, “*herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını<sup>76</sup> olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıklardan kaçınmakla yükümlüdür*”. Bu sebeple, inşaat maliki komşularını zarara uğratacak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bu maddeye aykırı davranan taşınmaz maliki aleyhine MK.m.730’a dayanan bir dava açılacaktır<sup>77</sup>.

Bu sınırlamalardan bir diğeri de MK.m.738/1’de düzenlenen komşu taşınmazlara zarar verici yapı yapmama ödevidir. Buna göre, “*malik, kazı veya yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermektan kaçınmak zorundadır*”. Maddede ifade edilen yapı kavramının içine bina dışındaki diğer inşaat ve tesisatın da girmektedir. Böylece, inşaat kazası sonucunda inşaat maliki, komşu taşınmaz üzerindeki tesislere zarar vermişse zarar verici yapı yapmama ödevine aykırı davranmış olacaktır.

Zarar verici yapı yapmama ödevine aykırı hareket eden malik aleyhine MK.m.683 uyarınca elatmanın önlenmesi davası veya MK.m.730 uyarınca dava açılabilirliği ifade edilmektedir. Hattâ somut olayın özelliklerine göre, BK.m.69’a başvurmanın mümkün olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Aynı şekilde, haksız fiilden dolayı da tazminat istenebilecektir. Buna karşılık, komşu taşınmazla taşma söz konusu ise MK.m.725 uygulanacaktır<sup>78</sup>.

---

sorumlu tutulmuştur. ...” (www.kazanci.com).

75 *İslam hukukunda taşınmaz malikinin sorumluluğu* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Kahveci**, Nuri, İslam Hukukuna Göre Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Yıl: 6, S. 12, s. 1-20.

76 Bu anlamda, taşınmazda yapılacak faaliyetin etki alanı içinde bulunan herkeştir. Dolayısıyla, inşaat kazasının etki alanı içinde bulunan kimseler komşu sayılacaktır (bkz., **Ayan**, 2013, II, s. 306; **Tandoğan**, 1981, s. 202; **Akipek/ Akıntürk**, 2009, s. 557, 558; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, 2012, s. 599, 600). Buna karşılık, ziyaretçiler, taşınmazın yanından geçenler, gezici satıcılar vb. kişiler MK.m.730 hükmünden yararlanamazlar (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 203).

77 **Ayan**, 2013, II, s. 309; **Eren**, 2013, s. 655; **Esener/ Güven**, 2008, s. 237. **Tunçomağ**’a göre, taşınmaz malikinin sorumluluğunun Medenî Kanunda düzenlenmiş olması bir yanlışlığın sonucudur. Çünkü hem MK.m.730 hem de BK.m.69 zararın tazmini ile ilgilidir (bkz., **Tunçomağ**, 1976, s. 583).

78 Ayrıntılı bilgi için bkz., **Ayan**, 2013, II, 311; **Esener/ Güven**, 2008, s. 237.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu<sup>79</sup> Medenî Kanununun 730 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse<sup>80</sup>, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir”.

Medenî Kanununun bu maddesinin düzenleniş sebebi, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını taşkın kullanmasından dolayı doğabilecek zararlara karşı komşuları korumaktır<sup>81</sup>. Dolayısıyla bu sorumluluğun doğabilmesi için “taşkın kullanma” kavramının kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan, taşınmaz bir eşyaya malik olan inşaat maliki, mülkiyet hakkını kullanırken hukuk düzeni tarafından kendisine yüklenen ödevlere aykırı hareket edip bunları ihlâl ederse, mülkiyet hakkının aşılması, yani taşkın kullanılması söz konusu olur<sup>82</sup>. Malik, mülkiyet hakkını kullanırken sadece özel hukuktan doğan ödevlere değil, aynı zamanda kamu hukukundan doğan ödevlere de<sup>83</sup> uygun davranmalıdır. Meselâ, imar kanununun belirli bir yükseklikten fazla inşaat yapmama yükümlülüğüne aykırı davranmamalıdır. Aynı şekilde, olası inşaat kazalarında üçüncü kişilerin ve komşuların zarar görmemesi için alınması gereken önlemleri almalıdır. İnşaat malikinin mülkiyet hakkını yasal kısıtlamalara aykırı kullanması sonucunda meydana gelen zararlardan sorumlu olması gerekmektedir<sup>84</sup>.

MK.m.730'un kapsamına, inşaat malikinin taşınmaz üzerindeki fiilî yetkilerinin kullanılmasındaki taşkınlıklar girmektedir. İnşaat maliki, mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkilerden fiilî nitelikte olanları kullanırken, uymak zorunda olduğu ödevlere aykırı hareket etmemelidir. Meselâ, malik arazisinde inşaatta bulunurken, komşu taşınmazdaki binanın yıkılmasına, temellerinin kaymasına veya çatlamasına sebep olacak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Aksi hâlde, mülkiyet hakkını taşkın kullanmış olacaktır<sup>85</sup>.

79 Taşınmaz malikinin sorumluluğunun dayanağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taşınmaz malikinin sorumluluğu olağan sebep sorumluluğudur (bkz., **Reisoğlu**, 2006, s. 176). Diğer bir görüşe göre ise tehlike sorumluluğudur (bkz., **Badur**, Emel, Gayrimenkul Malikinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/3, s. 835-880, s. 841). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, 1978, s. 669, 610.

80 MK.m.730'a göre, kimler davacı olabilir? Bir görüşe göre, MK.m.730 sadece komşular arasındaki ilişkilerde uygulanır. Diğer bir görüşe göre ise, MK.m.730, malikin komşuluk ilişkisini ihlâl etmesinden zarar gören veya görme tehlikesine maruz kalan herkes MK.m.730'a dayanarak dava açabilir (bkz., **Esener/ Güven**, 2008, s. 251).

81 Burada “bir fiilden, bir davranıştan değil, bir şeyden doğan sorumluluğun söz konusu olduğu” ifade edilmektedir. Bkz., **Eren**, 2013, s. 655. **Tandoğan**'a göre, malikin davranışı ile taşınmazın kullanılması ve işletilmesi arasında bir bağıllık olmalıdır. Meselâ, malikin kendi taşınmazından komşu taşınmazda taş veya silah atarak komşu taşınmaz malikini yaralaması, arsasının ayıkladığı taşları komşu taşınmazdaki sebelerin üzerine dökmesi gibi davranışların taşınmazın kullanılmasını ile ilişkisi yoktur (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 200).

82 **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, 1978, s. 693.

83 **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, 1978, s. 693, 694. Kamu hukukundan doğan ödevlere aykırı hareket edilmesi hâlinde MK.m.730'a göre dava açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, kamu hukukundan kaynaklanan ödevler özel kişilerin de menfaatini korumayı amaçlıyorsa MK.m.730'a göre dava açılabilir (bkz., **Badur**, 2001, s. 854).

84 **Eren**, 2013, s. 655.

85 **Eren**, 2013, s. 663. Mülkiyet hakkının malike sağladığı yetkilerden fiilî olanlar, kullanma ve yararlanma yetkileridir. Tasarruf yetkisi ise, fiilî nitelikte bir yetki değildir. Bu sebeple, malik, tasarruf yetkisini kullanması

Taşkınlık, taşınmaz malın sınırlarını aşarak, etkilerini başka bir taşınmaz üzerinde göstermelidir<sup>86</sup>. Bu sebeple, inşaat kazası, sadece taşınmaz malın sınırları içerisinde etki göstermiş, buna karşılık komşu taşınmazda herhangi bir zararın doğmasına neden olmamış ise, mülkiyet hakkının taşkın kullanılmasından söz edilemez.

Taşkınlık, bir insan davranışı veya bu davranışla ilgili olmalıdır. Bu anlamda, inşaat kazasının salt tabiat olayları nedeniyle meydana gelmesi hâlinde, malikin mülkiyet hakkını taşkın kullanması söz konusu değildir. Ancak, bu hâlde de malik, olağan tabiat olaylarının zarar verici sonuçlarını önleyici tedbirler almak zorundadır<sup>87</sup>.

Uygulamada, bazı taşkınlıkların kaçınılmaz nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Özellikle inşaat faaliyetleri sırasında kaçınılmaz taşkınlıklar söz konusu olmaktadır. Meselâ, inşaat süresince toz çıkartmak veya gürültü yapmak kaçınılmaz nitelikteki faaliyetlerdendir. Bu gibi faaliyetlerde geçici nitelik taşıyan taşkınlıklara zarar gören katlanmak zorundadır. Bu hâlde de mağdur hukuka aykırılık niteliği taşımayan taşkınlığa son verilmesini isteyemese de, zararının MK.m.730/II'ye göre tazmin edilmesini talep edebilir. Burada, fedakârlıkların denkleştirilmesi söz konusudur<sup>88</sup>.

Malikin sorumluluğunu doğuran davranış, genellikle yapılmaması gereken şeyi yapma biçiminde kendini göstermektedir. Böylece, malikin bizzat kendisinin veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin yapılmaması gereken davranışı yapmasıyla sorumluluk gerçekleşmiş olmaktadır. Buna karşılık, malikin yapmama davranışı ise kural olarak sorumluluk doğurmamaktadır<sup>89</sup>. Ancak, hukuk düzeninin malike yüklediği yapma ödevinin yapılmaması nedeniyle meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Meselâ, taşınmaz maliki, inşaatın devamı boyunca komşu taşınmaza moloz dökülmemesi için güvenlik önlemleri almak zorundadır. Malikin veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin gerekli güvenlik önlemlerini almamaları nedeniyle komşu taşınmazda birtakım zararların meydana gelmesi durumunda, taşkın bir kullanma söz konusu olmaktadır<sup>90</sup>.

Malikin zarar verici davranışı süreklilik arz edeceği gibi, bir defalık da olabilir<sup>91</sup>. Buna göre, MK.m.730'a başvurabilmek için, taşkınlığın süreklilik arz etmesi şart değildir. Taşkınlığın bir defa gerçekleşmesi hâlinde de sorumluluk söz konusu olabilir.

Kaçınılmaz taşkınlıklara, zarar görenin katlanması gerekmektedir. Ancak, inşaat faaliyetlerinde geçici nitelik taşıyan taşkınlıklar sonucunda da olsa meydana gelen zararın MK.m.730'a göre tazmin edilmesi gerekmektedir. Burada, daha önce ifade edildiği gibi, "*fedakârlığın denkleştirilmesi*" söz konusu olur<sup>92</sup>. Meselâ, komşu taşınmazdaki inşaat ne-

dolayısıyla MK.m.730'a göre sorumlu olmaz (bkz., **Eren**, 2013, s. 663). Ayrıca bkz., **Badur**, 2001, s. 837, 852.

86 **Badur**, 2001, s. 855.

87 **Eren**, 2013, s. 664; **Badur**, 2001, s. 853; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, 1978, s. 696.

88 **Ayan**, 2013, II, s. 382.

89 **Badur**'a göre, zarar verici davranışın olumlu (müspet) veya olumsuz (menfî) olması arasında fark yoktur (bkz., **Badur**, 2001, s. 854).

90 **Eren**, 2013, s. 666.

91 **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, 1978, s. 697.

92 **Eren**, 2013, s. 666. Yazar'a göre, bu hükmün sürekli kaçınılmaz nitelik taşıyan taşkınlıklarda da uygulanması gerekmektedir (bkz., **Eren**, 2013, s. 666).

deniyle meydana gelen geçici nitelik taşıyan gürültü, ses, toz, duman gibi taşkınlıklara komşu taşınmaz maliki katlanmak zorundadır. Buna karşılık, inşaattaki iskelenin komşu arazideki ağaçların üzerine yıkılması, molozların komşu arazideki hayvanların üzerine dökülmesi gibi taşkınlıklar kaçınılmazlık niteliğini taşımamaktadır. Tam tersine, gerekli önlemlerin alınması ile bunların önüne geçilebilir.

Bu sorumluluğa, özel mülkiyete ait inşaatlar bakımından gidilebileceği gibi hazinenin özel mülkiyetine tâbi inşaatlar için de gidilebilir. Buna karşılık, kamu malı niteliğindeki inşaatlar bakımından idare hukuku çerçevesinde sorumluluğun belirlenmesi gerekmektedir<sup>93</sup>.

Bu noktada, inşaat malikinin, yapı maliki sıfatıyla sahip olduğu sorumluluğu ile taşınmaz maliki sıfatıyla sahip olduğu sorumluluğu arasındaki sınırın da açığa kavuşturulması gerekmektedir<sup>94</sup>. İnşaat malikinin olumlu bir davranışından doğan, yani mülkiyet hakkını taşkın kullanmasından doğan zararlar için Medenî Kanununun 730 uncu maddesine; buna karşılık, inşaat malikinin olumsuz bir davranışından, yani inşaatın yapım bozukluğu ve bakımındaki bir eksiklikten doğan zararlar için ise Borçlar Kanununun 69 uncu maddesine başvurulabileceği ifade edilebilir.

### 5) Tehlike Sorumluluğu

Eski Borçlar Kanununda salt tehlike sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm mevcut değilken; sanayinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkmasının bir sonucu olarak<sup>95</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 71 inci mad-

93 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 174. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, özel mülkiyetinde bulunan yapıların yapım bozukluğu nedeniyle neden olduğu zararlardan dolayı BK.m.69'a göre sorumludurlar. Buna karşılık, hizmet malları ve toplumun kullanımına açık yapı eserindeki yapım bozukluğundan doğan inşaat kazalarının sebep oldukları destek kaybı ve bedensel zararlar dışındaki tazminat talepleri idare hukuku kurallarına tabidir. Bu talepler tam yargı davası ile talep edilir (bkz., **Eren**, 2013, s.649; **Kurt**, 2008, s.177). Ayrıca bkz., **Badur**, 2001, s. 849, 850; **Tandoğan**, 1981, s. 183-188; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 352. Buna karşılık, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin, yalnız özel mülkiyetinde bulunan bina ve yapı eserlerinden değil; kamusal alana giren bina ve yapı eserlerinden de BK.m.69 uyarınca sorumlu olacağını ifade eden bir görüş de mevcuttur (bkz., **Baş**, 2011, s. 146).

94 *BK.m.69 ile MK.m.730 arasındaki benzerlikler ve farklar* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, 1978, s. 705-707; **Tandoğan**, 1981, s. 204-206; **Reisoğlu**, 2006, s. 177; **Baş**, 2011, s. 58-64; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 361; **Esener/ Güven**, 2008, s. 253.

95 21.HD. 5.4.2012, E.2012/4196 K.2012/5289, "...İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Sanayinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramına ortaya çıkarmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunular işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması

desinde tehlike sorumluluğu genel esaslarıyla düzenlemiştir. Anılan maddede önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetlerinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bunun yanısıra, hangi işletmelerin önemli ölçüde tehlike arzeden işletmelerden sayılacağı da maddede hükme bağlanmıştır. Buna göre, *“bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir”* (BK.m.71/II, c. 1). Bu düzenlemeye göre, inşaatın önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilebilir.

### C. Sorumlu Olacak Kişi

İnşaat kazası sonucunda meydana gelen maddî veya manevî zararların tazmin edilmesi için farklı hükümlere dayanmak mümkündür. Bununla beraber, dayanılan hükme göre, sorumluluğun doğması için aranan şartlar ve bu şartların gerçekleşmesi üzerine kendisine başvurulabilecek kişi ve bu kişinin sıfatı farklılaşmaktadır.

İnşaat kazası sonucunda zarar gören işçi, bu kazanın iş kazası sayılması durumunda öncelikle Sosyal Sigorta Kurumu'na zararlarının giderilmesi için başvurabilecektir. Sosyal Sigorta Kurumu tarafından zararlarının giderilmeyen kısmı içinse işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı iş yeri ile ilgili olarak kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur<sup>96</sup>. Böylece, inşaat kazası sonucunda zarara uğrayan alt işverenin işçisine karşı hem asıl işveren hem de alt işveren birlikte sorumlu olacaktır. Hiç kuşkusuz, asıl işveren bakımından bu sorumluluk, alt işverenin işçisinin o işyerindeki çalışması ve bu işyerinde çalıştığı süre ile sınırlıdır.

Bir görüşe göre, inşaat kazası sonucunda ortaya çıkan zararların tazmini için Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinde düzenlenen yapı malikinin sorumluluğuna başvurabilmek mümkündür. Sorumlu, kural olarak, bina ve diğer yapı eserinin zararının meydana geldiği andaki maliktir<sup>97</sup>. Yapı eseri, niteliği itibarıyla taşınmaz bir eşyadır. O hâlde, taşınmaz tapuya kayıtlı ise, tapuda malik olarak gözükene kişi sorumludur. Tapuya kayıtlı olmayan yapı eseri niteliğindeki taşınmazlarda, zilyede, malik sıfatını tanıyarak onu sorumlu tutmak mümkündür. Bu sorumluluğun doğabilmesi için, malikin doğrudan

gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. ...” (www.kazanci.com).

96 Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, 2006, s. 45; Çelik, 2011, s. 50-53.

97 Oğuzman/ Öz, 2013, s. 180; Kurt, 2008, s. 176; Badur, 2001, s. 848; Tandoğan, 1981, s. 164; Baş, 2011, s. 123; Kılıçoğlu, 2013, s. 349. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop'a göre, BK.m.69'daki “malik” ifadesini sıkı sınıya eşya hukuku kurallarına bağlı olarak yorumlamak gerekmektedir (bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 1993, s. 520). Aynı yönde bkz., Öztaş, 2007, s. 353.

doğruya zilyet olması da gerekmemektedir. Bu sebeple, inşaat kazasının gerçekleştiği anda inşaata malik olan kişi, inşaata doğrudan doğruya zilyet olmasa bile mülkiyet hakkının devamı süresince meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır<sup>98</sup>. Meselâ, taşınmaz maliki (A), müteahhit (M) ile bir inşaat sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşme hükümleri gereğince, (M) taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler inşa edecektir. İnşaat boyunca, (A) taşınmazın aslî ve dolaylı zilyedi, (M) ise ferî ve dolaysız zilyedi olacaktır. Bu süre zarfında gerçekleşen inşaat kazasından yapı üzerinde mülkiyet hakkı devam eden fakat dolaylı zilyet bulunan malik (A) sorumlu olacaktır.

İnşaatın devamı süresince, inşaatın malikinin değişmesi mümkündür. Meselâ, inşaat başlarken malik olan (A), sonradan bu inşaatı (B)'ye devredebilir. İnşaat kazası (A) maliklen gerçekleşmişse, gerçekleşmiş zararlardan (B) sorumlu tutulamaz. Buna karşılık, inşaatın yapımında (A)'nın malik olduğu dönemde bir bozukluk söz konusu iken, inşaat kazası (B) inşaata maliklen gerçekleşmişse, meydana gelen zararlardan (B) sorumludur. Zira, zararın meydana geldiği anda inşaata (B) maliktir.

İnşaata malik olanların sayısı birden fazla ise, bunlar meydana gelen zararlardan müteselsilen sorumludurlar. Sorumluluğun doğabilmesi açısından maliklerin taşınmazda paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti rejimi çerçevesinde malik olmaları sonucu değiştirmez<sup>99</sup>.

BK.m.69/II'de yapı eseri üzerinde intifa veya oturma hakkına sahip olan kişiler<sup>100</sup> için özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, "*intifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen*<sup>101</sup> sorumludurlar". Maddeden anlaşılacağı üzere, intifa ve oturma hakkı sahipleri sadece binanın bakımındaki eksikliklerden sorumlu olacaklardır. Buna karşılık, onlar yapıdaki

98 **Ayan**, 2012, s. 247; **Eren**, 2013, s. 647, 648; **Tandoğan**, 1981, s. 164, 165; **Reisoğlu**, 2006, s. 171. **Badur**'a göre, malik, sorumlu olduğu yardımcı şahısların mülkiyet hakkını kullanırken vermiş olduğu zararlardan da sorumludur (bkz., **Badur**, 2001, 849). **Tandoğan**'a göre, eseri maliki ile eserin bağlı olduğu taşınmazın maliki farklı kişiler olabilir. Bu gibi hâllerde, taşınmaz maliki değil, bozukluk taşıyan yapı eserinin maliki sorumlu tutulmalıdır. Meselâ, sürekli kalmak amacı olmadan başkasının arazisine yapılan hafif yapılarda, taşınmaz maliki değil, hafif yapının maliki sorumlu olmalıdır. Aynı şekilde, bir başkasının arsasına tecavüz eden yapılarda, tecavüz eden kısmın üzerinde bulunduğu taşınmaz maliki değil; yapının ana kısmının bulunduğu taşınmaz maliki sorumlu tutulmalıdır (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 165). *Yapı eseri malikinin sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacak olan kişinin belirlenmesinde özellik arz eden bazı durumlar için bkz., **Baş**, 2011, s. 132-149.*

99 **Ayan**, 2012, s. 248; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 179; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altıp**, 1993, s. 522; **Badur**, 2001, s. 848; **Tandoğan**, 1981, s. 168; **Reisoğlu**, 2006, s. 171. Kat mülkiyetinde, ortak yerlerde kat maliklerinin paylı mülkiyeti söz konusudur (KMK.m. 16). Burada da aynı kuralın uygulama alanı bulunduğu ifade edilmektedir (bkz., **Eren**, 2013, s.647; **Tandoğan**, 1981, s. 169; **Reisoğlu**, 2006, s. 171, 172; **Baş**, 2011, s. 143). *BK.m.69 uyarınca paydaşların sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Öztaş**, 2007, s. 359-365.*

100 Eser sahibi yanında, aynı hak yanında kişisel hakka dayanarak eserden yararlanan ve kullananın birlikte sorumluluğuna gidilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz., **Antalya**, 2008, s. 66. Buna karşılık, sadece aynı veya sınırlı aynı hak sahibi kişilerin sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz., **Badur**, 2001, s. 844. Hükümde, üst hakkı sahibi ve uzun süreli kiracıların belirtilmemesi eleştirilmiştir (bkz., **Hatemi/ Gökyayla**, 2012, s. 148). "Üst hakkı sahibi, o binanın maliki sıfatıyla TBK.m.69 kapsamında sorumlu tutulmaktadır" (bkz., naklen **Baş**, 2011, s. 136).

101 *Malik ve intifa veya oturma hakkı sahiplerinin müteselsil sorumluluk gereği birbirlerine rücu etmesi (BK.m.69/II) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baş**, 2011, s. 175.*

bozukluklardan sorumlu olmayacaklardır. Elbette, inşaatın tamamlanmadan önceki safhada kullanılması veya inşaatta oturulması mümkün olmadığından inşaat kazalarında bu hükmün uygulanması mümkün gözükmemektedir.

BK.m.69/III<sup>102</sup> uyarınca sorumlu olan malikin kendine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu etmesi mümkündür. Yapım bozukluğu veya bakım eksikliği nedeniyle malike karşı sorumlu olanların sorumlulukları ya sözleşmesel sorumluluğa ya da haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır. Zamanlaşımı süresi de dayanılan esasa göre değişecektir. Malikin rücu edebileceği kişilere, satıcı önceki malik (BK.m.244), yüklenici (müteahhit) ve mimar (BK.m.475-478) örnek gösterilebilir<sup>103</sup>.

Bir başkasına ait bina veya yapı eseri dolayısıyla zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, hak sahiplerinden bu tehlikenin giderilmesi için güvenlik önlemlerinin<sup>104</sup> alınmasını isteyebilecektir (BK.m.70). Güvenlik önlemlerinin alınmasını isteyebilmek için ilgililerin komşu olması şart değildir. Sürekli olarak oradan gelip geçenler de böyle bir talepte bulunabilirler<sup>105</sup>.

İnşaat kazası sonucunda zarara uğrayan komşu malik<sup>106</sup>, şartları varsa, inşaat malikine<sup>107</sup> MK.m.730 uyarınca da başvurabilecektir. Bu hükme göre, meydana gelen zararlardan komşu taşınmazın maliki sorumlu olacaktır. İnşaat malikinin ayırt etme gücüne sahip olması de gerekmemektedir. Çünkü MK.m.730'da düzenlenen "*taşınmaz malikinin sorumluluğu*", bir kusursuz sorumluluk türüdür<sup>108</sup>.

İnşaat kazası sonucunda zarara uğrayanlar, tehlike sorumluluğu hükümleri çerçevesinde zararlarının tazminini talep edebilirler. Türk Borçlar Kanununun 71 inci maddesinde önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden doğan zararlardan işletme sahibinin ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, inşaat kazalarından doğan zararlardan inşaatın sahibi ve müteahhidin müteselsilen sorumlu olacağı söylenebilir.

102 Bu hâlde, kendisine rücu edilen, BK.m.69/I hükmüne göre sorumlu olmayacaktır. Malik, üçüncü kişilere ya aralarındaki bir sözleşme ilişkisi gereğince ya da haksız fiil hükümleri uyarınca rücu edebilecektir. Malikin üçüncü kişiye rücu edebilmesi için başvurduğu hükümlerde aranan şartlarının oluşması gerekmektedir (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 179, 180; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 523).

103 **Ayan**, 2012, s. 248; **Eren**, 2013, s. 654; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 181; **Reisoğlu**, 2006, s. 175. Bu kişilere ek olarak, malikin, tamirat kendisine düşen veya eksikliği vaktinde kendisine ihbar etmeyen kiracı veya intifa hakkı sahibine; binanın bakımını kendisine bıraktığı yardımcı kişiye ve haksız bir eylemle eşyayı zarar verecek hâle sokan üçüncü kişiye de rücu hakkı vardır (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 170). *Tazminat yükümlüsünün üçüncü kişilere rücu etmesi* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baş**, 2011, s. 168-174.

104 Bina veya yapı eserleri tarafından verilebilecek zararların önlenmesine ilişkin tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Baş**, 2011, s. 177-188.

105 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 182; **Eren**, 2013, s. 655.

106 Komşu malikin taşınmazı üzerinde bir sınırlı ayrı hak (oturma hakkı, üst hakkı, intifa hakkı vb.) veya kişisel hak (kira vb.) sahibi olanlar da komşu taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını aşkın kullandığı gerekçesiyle MK.m.730 hükmüne başvurabileceklerdir (bkz., **Tandoğan**, 1981, s. 203; **Esener/ Güven**, 2008, s. 252).

107 **Erman**'a göre, inşaat maliki dışında, sınırlı ayrı hak sahipleri de yetkilerini aşırı bir şekilde kullandıkları takdirde MK.m.730 gereğince sorumlu olur. Buna karşılık, taşınmaz üzerinde kişisel hakkı olan kişiler ise MK.m.730 uyarınca sorumlu olmazlar (bkz., **Erman**, 2013, s. 110, 111).

108 **Eren**, 2013, s. 656; **Tandoğan**, 1981, s. 191.

## D. Sorumluluğun Şartları

### 1) Genel Olarak

Kusura dayanan sorumluluğun doğabilmesi için, “*hukuka aykırı fiilin olması*”, “*zarar verenin kusurlu olması*”, “*hukuka aykırı fiil sonucunda zararın meydana gelmiş olması*” ve “*hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunması*” gerekmektedir. Buna karşılık, kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunda “kusur” sorumluluğun bir şartı değildir. Bu sorumluluk türünde, zarar verenin hiçbir kusuru olmasa bile, haksız fiilin diğer şartları mevcut olmak şartıyla zarar veren meydana gelen zarardan sorumlu olur<sup>109</sup>.

### 6) Hukuka Aykırı Fiil

Genelde haksız fiilden doğan zararların tazmini, özelde inşaat kazası sonucunda meydana gelen zararların tazmini için hangi sorumluluk türüne dayanılırsa dayanılsın, sorumluluğun doğabilmesi için aranan ilk şart, fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Bu bağlamda, yapı malikinin sorumluluğuna gidebilmek için, binanın veya diğer yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik mevcut olmalıdır. İnşaat yapılırken geçerli teknik kurallara uyulmaması veya kötü malzeme kullanılması yapımda bozukluğa örnek olarak gösterilebilir. İnşaatın devamı süresi içerisinde bu gibi eksiklikler yüzünden inşaat kazasının gerçekleşmesi durumunda BK.m.69 uyarınca yapı malikinin sorumluluğuna gidilebilecektir<sup>110</sup>.

MK.m.730'a başvurabilmek için, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini hukuka aykırı olarak taşkın bir şekilde kullanması gerekmektedir. Malikin mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalarına aykırı davranması bu anlamda taşkınlık sayılmaktadır<sup>111</sup>. Bu anlamda, zarara yol açan taşkın kullanma eyleminin olumlu veya olumsuz ya da maddî veya manevî zarara sebebiyet verecek etkide olması mümkündür. Malikin inşaat kazası sonucu komşu taşınmaz malikine zarar vermesi bu anlamda taşkın bir kullanmadır.

### 7) Zarar

Hem kusursuz sorumluluk hâllerinde hem de kusurlu sorumluluk hâllerinde sorumluluğun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiil neticesinde bir zararın meydana gelmiş olması

109 Oğuzman/ Öz, 2013, s. 11, 12; Eren, 2013, s. 516; Ayan, 2012, s. 206-238.

110 Ayan, 2012, s. 247. Ayrıca bkz., Tandoğan, 1981, s. 174-178; Reisoğlu, 2006, s. 173; Baş, 2011, s. 93-107.

111 HGK. 27.9.2006, E.2006/1-551 K.2006/597, “...yasada nelerin taşkınlık sayılacağı yönünden genel bir kural öngörülmediğinden; hakim her somut olayın özelliğini, taşınmazın durumunu, niteliğini ve yerel adetleri gözетerek komşuların birbirine göstermekle yükümlü oldukları tahammülün sınırını, çıkar çatışmalarını olaya en uygun düşecek şekilde çözümlenmekle yükümlüdür. ...” (YKD., C. 33, S. 2, 2007, s. 220-225); 4.HD. 15.2.2001, E.2000/10596 K.2001/1501, “...Sorun, davalının kendisine ait bulunan evin onarım ve tamiratını yaptırmaması nedeniyle, meydana gelen gürültü ve çalışmalar sonucu, davacının kişilik değerlerinin saldırıya uğramış olup-olmadığıdır. Kural olarak, evin tamiri sonucu, yakın komşularında rahatsız olacağı doğaldır. Bu bakımdan MK.nun 661. maddesinde, taşınmazın kullanma biçim ve amacı ile yerel geleneklerin öngördüğü sınırlar içinde kalan davranışları, komşunun hoş karşılayıp katlanacağı bu sınırı aşan davranışların ise hukukun korunamayacağı belirlenmiştir. Yine aynı madde de, kullanmanın taşkın olmaması da öngörülmüştür. Olayda davalının bu sınırları aştığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumun, davacıya davacının davranışını önleme hakkını tanıdığı açıktır. ...” (www.kazanci.com).



gerekmektedir. Hukuka aykırı fiil neticesinde bir zarar meydana gelmemişse, sorumluluk da doğmaz<sup>112</sup>.

Dar anlamda zarar, sadece maddî zararı kapsarken; geniş anlamda zarar ise, maddî zararlarla birlikte manevî zararı da kapsamaktadır<sup>113</sup>. Zarar kavramının içine hangi kalemlerin gireceği ileride anlatılacağı için burada incelenmeyecektir<sup>114</sup>.

Sorumluluğun ortaya çıkması için mülkiyet hakkının taşkın kullanılması sonucunda komşu taşınmaz maliki bir zarara uğramalıdır. Zira, Medenî Kanununun 730 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, “zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kimse” hukukî koruma yollarına müracaat edebilir. Mülkiyet hakkının aşkın kullanılması sonucunda genellikle eşyaya yönelik maddî zararlar ve beden bütünlüğüne yönelik cismanî zararlar doğmaktadır. Ancak, öğretide haklı olarak, aşkın kullanmanın manevî zarara yol açabileceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır<sup>115</sup>.

### 8) İlliyet (Nedensellik) Bağı

İnşaat kazasından doğan hukukî sorumluluğun şartlarından birisi de illiyet (nedensellik) bağıdır. İlliyet bağı, inşaat kazası ile ortaya çıkan zararlar arasında sebep sonuç ilişkisinin olmasını ifade etmektedir. İnşaat kazasından doğan kusursuz sorumluluk hâllerinde de illiyet bağının bulunması gerekmektedir<sup>116</sup>. O hâlde, gerçekleşen maddî ve manevî zararlar ile yapı eserindeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliği, taşkın kullanma yahut inşaat kazası arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir<sup>117</sup>.

Sorumluluğun doğabilmesi için illiyet bağının bulunması şarttır<sup>118</sup>. Dolayısıyla, in-

112 Oğuzman/ Öz, 2013, s. 38; Eren, 2013, s. 520, 521.

113 Ayan, 2012, s. 229.

114 Bkz., IV, B ve C.

115 Ayan, 2013, II, s. 383; Eren, 2013, s. 658. Bkz., 4.HD. 15.2.2001, E.2000/1501 K.2001/1500, “...Bunun yanında, davacı manevi tazminat da isteyebilecek midir? Dosya içindeki kanıtlara göre davalının bir yılı aşkın süreden bu yana evinde işçiler vasıtasıyla onarım yaptırdığı, işçilerin çıkardığı aşırı gürültü ve toz nedeniyle özellikle bu dairenin altında oturan davacının aşırı ve uzun süre devam eden onarım nedeniyle rahatsızlık ve sıkıntı duyduğu anlaşılmaktadır. Onarımın normal sürenin çok üstünde devam ettiği ve adeta hakkın kötüye kullandığı görülmüştür. Böylece davacının oturduğu evdeki, huzur ve sükununun bozulduğu, sinir sitemindeki dengenin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da davacının kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de bozulmuş olacağı için, kişilik haklarına saldırının varlığı kabul edilmeli ve karar gösterilen ve açıklanan nedenlerle onanmalıdır. ...” (www.kazanci.com).

116 21.HD. 19.02.2013, E. 2012/100014 K.2013/2860, “...Yargıtay illiyet bağına sadece kusur sorumluluğundan değil, kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu kabul etmektedir...” (Akin, 2013, s. 41). Öğretide nedensellik bağına kesen nedenlerin bütün sorumluluk hâlleri için geçerli olduğu vurgulanmaktadır (bkz., Akin, 2011, s. 27).

117 Normun koruma amacı teorisi ile uygun illiyet bağı teorisinin sorumluluk hukukunda beraber uygulanması gerekmektedir. Bu iki teori birbirini tamamlayan kuramlardır. Dolayısıyla, her ne kadar, uygun illiyet bağı bulunsa bile, ortaya çıkan zararlar ihlâl edilen normun önlemek istediği zararlar içine girmiyorsa fail sorumlu tutulamaz (bkz., Aydınli, 2005, s. 6).

118 Sosyal Güvenlik hukuku anlamında, iş kazası nedeniyle işverenin sorumlu olabilmesi için, kaza ile zarar arasındaki nedensellik bağının yanı sıra; kaza ile iş arasında da uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Kazayla nedensellik bağı içinde bulunması gereken unsur, “işçinin işi”, “yapılan iş” ya da “işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ödevine aykırı hareketi” olarak farklı şekillerde ifade edilmektedir (bkz., Akin, 2013, s. 33). İda-

şaat kazası ile illiyet bağı bulunmayan zararların tazmini istenemez. Aynı şekilde, illiyet bağının kesildiği durumlarda da sorumluluk söz konusu olmaz. İlliyet bağı ise ancak “mücbir sebep”, “zarar görenin ağır kusuru” ve “üçüncü kişinin ağır kusuru” ile kesilir<sup>119</sup>.

Mücbir sebep, “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır”<sup>120</sup>. İnşaat kazasının kasırga, savaş, deprem gibi bir mücbir sebep nedeniyle gerçekleşmesi hâlinde kaza ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmektedir. Somut olayda mücbir sebebin varlığı ispatlanırsa sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Zarar görenin ağır kusuru da illiyet bağını kesebilir<sup>121</sup>. Meselâ, bir inşaat kazası sonucunda yaralanan işçi, tedavisinin gereklerini yerine getirmemezse veya intihar ederse illiyet bağı kesilmiş olur. Aynı şekilde, işyeri talimatlarına uymamak da, somut olayın özelliklerine göre, illiyet bağının kesilmesine neden olabilir. Meselâ, bir işyerinde işçilerin yük asansörüne binmeleri yasaklanmıştır. Fakat, işçilerden birisi bu talimatı dikkate almayarak yük asansörüne binmiş ve asansör halatının kopması nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Bu olayda, işçinin işyeri talimatlarına uymaması, illiyet bağını kesmiş olduğu söylenebilir. Bu gibi hâllerde, zarar verenin sorumluluğu, illiyet bağının kesildiği ana kadar gerçekleşen zararlarla sınırlıdır.

Nihayet, üçüncü kişinin ağır kusuru da illiyet bağını kesebilir. Meselâ, inşaat kazasında yaralanan işçinin hastane personelinin kusurlu davranışı yüzünden hayatını kaybetmesi hâlinde illiyet bağı söz konusu olmayacaktır. Yine, inşaat kazası sonucunda yaralanan işçinin üçüncü bir kişi tarafından öldürülmesi hâlinde de illiyet bağı kesilmiş olmaktadır. Bu hâllerde de sorumluluk illiyet bağının kesildiği ana kadar gerçekleşen zararlarla sınırlıdır<sup>122</sup>.

renin sorumluluğu açısından bir Danıştay kararında şu ifadelere yer verilmiştir: 10.HD. 6.11.1997, E.1996/2383 K.1997/4163 “...‘İdare, kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, ‘hizmet kusuru’ veya ‘kusursuz sorumluluk’ ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Öte yandan, nedensellik bağı idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir. İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği birtakım zararları da, nedensellik bağı aranmadan ‘Sosyal Risk’ ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir...” (Akın, 2011, s. 38). *Yapı eseri malikinin sorumluluğuna ilişkin illiyet bağı için bkz., Tandoğan, 1981, s. 169, 170; Reisoğlu, 2006, s. 174; Baş, 2011, s. 110-120. Taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin illiyet bağı için bkz., Badur, 2001, s. 858-859; Tandoğan, 1981, s. 203, 204; Reisoğlu, 2006, s. 177.*

119 Ayan, 2012, s. 237.

120 Eren, 2013, s. 557; Ayan, 2012, s. 237; Badur, 2001, s. 860.

121 Eren, 2013, s. 563; Ayan, 2012, s. 238; Badur, 2001, s. 860. ABD'deki son yasal düzenlemeye göre, işçinin müterafik kusurunu savunma aracı olarak kullanmak mümkün değildir. Bu durum, Amerikan öğretisinde işçinin çalışma sırasında gereğinden oldukça az bir dikkat göstermesine neden olabileceği nedeniyle eleştirilmiştir. Buna karşılık, bu düzenlemenin çok katı olmadığı da ifade edilmiştir. Çünkü, işveren, daha fazla ücret vererek, daha iyi işçilerle anlaşma yapabilecektir. Aynı şekilde, tazminat miktarının sınırlandırılması, işverenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin ahlâki tehlikeleri minimum düzeye indirecektir (bkz., Miceli, 2009, s. 74).

122 Ayan, 2012, s. 238; Eren, 2013, s. 566; Badur, 2001, s. 860. Demircioğlu/ Kalyon Şen, 21. HD. 5.4.2012, E.2012/4196 K.2012/5289 sayılı Yargıtay kararını “işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin yeterince yerine getirilip getirilmediği, dolayısıyla işverenin kusurlu olmasının, üçüncü kişinin kusursuz sorumlulukta illiyet bağını kesmesine engel olması tartışma konusu yapılmamıştır” diyerek eleştirmişlerdir (bkz., Demir-

### III. İnşaat Kazasından Doğan Sorumluluğun Sonuçları

#### A. Genel Olarak

Hukuk kurallarını diğer sosyal yaşam kurallarından ayıran unsur, yaptırım (müeyyide) unsurudur. Yaptırımın türü ise, ihlal edilen hukuk kuralının ait olduğu hukuk dalına göre değişmektedir. Bu anlamda, bir özel hukuk normunun ihlali hâlinde uygulanacak olan yaptırım, zarar görenin zararının zarar veren tarafından tazmin edilmesidir. Gerçekleşen bir inşaat kazası sonucunda doğan zararların tazmin ettirilebilmesi için de kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan, inşaat kazası sonucunda başvurulabilecek hukukî yollar farklılaşmaktadır. Öncelikle, inşaat kazası sonucunda zarara uğrayan işçi işverenin sorumluluğuna gidebilecektir. İşverenin bu sorumluluğunun hukukî niteliğine ilişkin *“kusur sorumluluğu”, “kusursuz sorumluluk”* ve *“sözleşmeden doğan borcun ihlâl edilmesi”* şeklinde üç farklı görüşün bulunduğu yukarıda ifade edilmişti. Yine şartları varsa, inşaat kazası sonucunda zarara uğrayan fakat işçi sıfatına sahip olmayan kişiler de Medenî Kanunun 730 uncu düzenlenen *“taşınmaz malikinin sorumluluğu”* veya Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinde düzenlenen *“yapı malikinin sorumluluğu”* hükümlerine dayanılabilecektir.

Hangi hukukî dayanak gerekçe gösterilirse gösterilsin, sorumluluğun tabii sonucu, inşaat kazası sonucunda ortaya çıkan bütün zararların tazminat yükümlülüğünün doğmasıdır. Zarardan sorumlu olan işveren veya malik, zararı kendi rızasıyla tazmin ederse herhangi bir hukukî sorunla karşılaşmaz. Buna karşılık, işveren veya malik, sorumlu oldukları zararı tazmine yanaşmazlarsa, aleyhlerine *“tazminat davası”* açmak gerekecektir. Söz konusu tazminat davasında hem maddî hem de manevî zararların tazmini istenebilecektir.

#### B. Maddî Tazminat

Zarar verene karşı maddî tazminat davası açabilmek için, inşaat kazası sonucunda mağdurun maddî bir zarara uğramış olması gerekmektedir<sup>123</sup>. Gerçekten, hiç kimse uğradığı zarardan fazlasını talep edemez. Diğer bir deyişle, hâkimin hükmettiği maddî tazminat tutarı, zarar miktarını<sup>124</sup> geçemez.

Maddî zarar, kural olarak malvarlığına ilişkin bir kavramdır<sup>125</sup>. Bu anlamda, maddî zarar, malvarlığı değerinin istem dışı azalmasını ifade etmektedir. Söz konusu bu azalma,

**cioğlu/ Kalyon Şen**, 2013, s. 38).

123 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Süzek**, Sarper, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Prof.Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 703-717; **Başboğa Şahbaz**, Zübeyde, İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukukî Sorumluluğu ile Maddî Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul 2010; **Karahasan**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, İstanbul 2003; **İyimaya**, Ahmet, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990; **Reisoğlu**, 2006, s. 182-194.

124 Maddî zarar, kaza gerçekleşmeden önce mağdurun maddî durumu ile kaza gerçekleştikten sonra mağdurun bulunduğu maddî durum arasındaki farktır. Buna karşılık, manevî zararlar, söz konusu fark ile tespit edilemez. Çünkü, para ile manevî zararlar telafi edilemez (bkz., **Visscher**, Louis T., Encyclopedia of Law and Economics, C. I, Tort Law and Economics, Second Edition, United States of America 2009, s. 153-200, s. 158, 159).

125 Eşyaya ilişkin zararların inşaat kazasının konusu dışında kaldığı görüşü için bkz., **Turan**, 1994, s. 117.

malın fiilen yok edilmesi şeklinde olabileceği gibi kazanç kaybı şeklinde de gerçekleşebilir. İnşaat kazaları sonucunda da zarar görenin malvarlığında bir azalma meydana gelmesi mümkündür<sup>126</sup>. Meselâ, inşaattan dökülen molozlar yüzünden ticarî bir taksinin camlarının kırılması durumunda taksicinin uğradığı zarar maddî bir zarardır. Taksicinin taksinin tamiri süresince çalışmaması sebebiyle uğradığı zarar da yoksun kalınan kâr olarak maddî zarar kapsamında değerlendirilecektir.

İnşaat kazaları sonucunda ortaya çıkacak maddî zarar, beden bütünlüğüne de ilişkin olabilmektedir<sup>127</sup>. Beden bütünlüğüne ilişkin zararlar Türk Borçlar Kanununda inşaat kazasının ölümle sonuçlanıp sonuçlanmamasına göre iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Zira, inşaat kazası, kazaya maruz kalan kişinin ölümüne yol açmış olabilir. Kazanın ölümle sonuçlanması durumunda<sup>128</sup> istenebilecek zarar kalemlerinin neler olduğu Türk Borçlar Kanununun 53 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, "ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri
2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri<sup>129</sup> ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar
3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

Maddeden anlaşılacağı üzere, inşaat kazası sonucunda ölüm hemen gerçekleşmişse maddî zarar kalemi, "cenaze giderleri"nden oluşur (BK.m.53/I). Cenaze giderleri hesaplanırken, ölenin dinî inancı, sosyal statüsü ve ekonomik durumu göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna karşılık, ölüm hemen gerçekleşmemişse "cenaze giderleri"nin yanı sıra, "çalışma gücünün azalması ya da kaybedilmesinden doğan zararlar"<sup>130</sup> da zarar miktarı hesaplanırken dikkate alınacaktır (BK.m.53/II). "Tedavi gi-

126 **Ayan**, 2012, s. 267. Şeye ilişkin zararın hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **Eren**, 2013, s. 739; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 108-111; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 584-586; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 411, 412.

127 Kişiyi ilişkin zararın hesaplanması için ayrıntılı bilgi için bkz., **Eren**, 2013, s. 744-762; **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 91-108; **Kılıçoğlu**, 2013, s. 412-417. İşçinin bedenen uğradığı zararlara, yaralanma, sakatlanma, kırık, çıkık, yanık, körlük, sağırılık, iç kanama, beyin sarsıntısı, sinir bozuklukları, bilinç ve hafıza kaybı, ayırt etme gücünü kaybetme gibi durumlar örnek olarak gösterilebilir (bkz., **Altiner**, 2009, s. 274).

128 ABD hukukuna göre, ölümle sonuçlanan bir kazada meydana gelen zararları giderebilmek için insan hayatının değerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda, Amerikan hukukunda VSL (Value of Statistical Life) denilen bir uygulama bulunmaktadır. VSL, bireylerin sağlık ve güvenliğini etkileyen tüm kararlarından elde edilir. Meselâ, airbag mevcut olan bir araba kullanmak, emniyet kemeri takmak, duman detektörü taktırmak, kötü çalışma koşullarını kabul etmek vb. kararlar insan hayatının değerini göstermektedir. Eğer bir kişi arabasına airbag taktırırsa, muhtemel kaza sırasında yaşayacağı riskleri azaltmış olacaktır. Böylece, airbag taktırırsaydı, ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını, airbag taktırarak önlemiş olmaktadır. Dolayısıyla, para ve risk arasındaki bu dönüşüm, VSL'yi belirlemektedir. VSL, bir kazanın gerçekleşmemesi için alınan önlemlerin maliyeti ile kaza gerçekleşikten sonra kaybedilen ekonomik değerler arasındaki dengeyi belirlemek açısından önem arz etmektedir. Diğer bir ifade ile, VSL kaza sonucunda ortaya çıkan zarar ile kaza gerçekleşmeden önce yapılan harcamaların ekonomik açıdan dengelenmesidir. (bkz., **Visscher**, 2009, s. 161).

129 **Altiner**'e göre, tazminat borçlusunu zarara sokmak amacı taşımadığı sürece, zarar görenin resmî hastaneden yararlanma zorunluluğu da yoktur. Buna karşılık, tazminat borçlusunu zarara sokmak amacıyla yapılan aşırı giderler hâkim tarafından BK.m.52/I (EBK.m.44/I) hükmüne göre indirilebilir (bkz., **Altiner**, 2009, s. 276).

130 Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle çalışma gücünde bir azalma olmasına rağmen, işçinin

*derleri*" sigortalı işçinin tedavisi 5510 sayılı SSGSSK hükümlerine göre Sosyal Sigorta Kurumu tarafından karşılandığından tazminat kalemleri arasında yer almayacağı ifade edilmiştir<sup>131</sup>.

Kural olarak, zararın tazmini ancak zarara uğrayan tarafından talep edilebilir. BK.m.53/III hükmü ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. Hükme göre, inşaat kazasında ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişiler de bu sebeple uğradıkları zararın<sup>132</sup> tazmini talep edebileceklerdir. Bu sebeple, istenebilecek tazminat için "destekten yoksun kalma tazminatı" ifadesi kullanılmaktadır.

Destekten yoksun kalma tazminatı, ölen hayatta kalsaydı yardımından istifade edebilecek olan fiilî yakınları tarafından istenebilecektir<sup>133</sup>. Bu fiilî yakınlık kavramının kapsamına eş, çocuklar, baba, anne gibi kan bağı hısımları girebileceği gibi, nişanlı, dinî nikâhlı eş<sup>134</sup> gibi kişiler de girebilecektir. İşçinin destek süresi, ölüm olayı gerçekleşseydi yaşayacağı muhtemel yaşam süresidir. Muhtemel yaşam süresi ise, PMF (populasyon masculine et feminine) tablosuna<sup>135</sup> göre belirlenecektir.

aynı içinde emsalleri ile aynı ücreti almaya devam etmesi tazminat talebine engel teşkil etmez (bkz., **Altiner**, 2009, s. 278). Eğer hüküm anında işçi, tamamen iyileşmişse çalışma gücünün kaybı halihazır zarar olarak belirlenir, buna karşılık işçi, sakat kalmışsa gelecekteki ve muhtemel zarar olarak hesaplanır (bkz., **Süzek**, 2005, s. 329).

131 **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 996; **Süzek**, 2005, s. 331. Esasen, iş kazası sonucunda işçinin yaptığı masrafların Kurum tarafından ödenecek zararlar kaleminden olduğu, maddî tazminata konu olamayacağını ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Buna karşılık, Kurumun ödemediği masraflar olursa bunların yine zarar verenden tazmin edilmesi gerekmektedir (bkz., **Altiner**, 2009, s. 277).

132 Destekten yoksun kalan zarar, ölüm vuku bulmasaydı desteğin sağlayacağı varsayılan bakım giderlerinin toplamıdır. Destek ilişkisinin karmaşıklığı bu hesaplamayı zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla, destekten yoksun kalma tazminatında zararın hesabı işçinin desteğinin geliri, desteğinin faal işgörebilirlik süresi dikkate alınmalıdır. Zarar hesaplandıktan sonra en önemli husus destekten yoksun kalanların desteğinin gelirinden ne ölçüde pay alacağını tespit edilmesidir. Ayrıkse durumlar bir kenara bırakılırsa, ülkemiz klasik aile yapısı için bir paylaşım tablosu kabul edilmektedir (bkz., **Kudat**, Arkun, İş ve Trafik Kazalarında Ölüm Tazminatı, Ankara 1975, s. 101; **Uluslan**, 1990, s. 172).

133 **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 997. Çocuklara destek olan ana ve baba, ana ve babaya destek olan çocuklar, birbirine destek olan karı ve koca, birbirine destek olan kardeşler, birbirine destek olan nişanlılar fiilî yakınlık kavramının kapsamına girmektedir (bkz., **Uluslan**, 1990, s. 162-166). Ölümünden önce işçi ile duygusal yakınlık içinde olanlar da manevî tazminat talep edebilecektir (bkz., **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 999). Tazminat istenebilmesi için nikâh ve akrabalık gibi bir bağ bulunmasına ihtiyaç yoktur (bkz., **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 628). Ahretlik, sütüne, manevî evlât, kız arkadaş, sevgili ve benzeri adlarla işçi hismi olmayanlara da destek vermiş olabilir. Bu hâlde de destekten yoksun kalma tazminatı istenebilecektir (bkz., **Kudat**, 1975, s. 84, 85).

134 21.HD 8.7.1997, E.1997/3331 K.1997/4819, "...evlilik sözleşmesi olmaksızın birlikte yaşayan nikahsız eşin; desteğinin ölümü ile nikahlı eş gibi, yaşama yaşının sonuna kadar ve özellikle yaşı, sosyal durumu, yaşadığı ortam ve aile bağları gibi nedenlerle, kocasının evinde yaşamını sürdürmeyeceği, güçlü olmayan aile bağı nedeniyle müşterek haneyi terk ederek, kendisine yeni bir yaşamı tercih edeceği üstün olasılık içinde olduğu, giderek, bakım ihtiyacının nikahlı eşte olduğu gibi desteğinin, bakiye ömrünün sonuna kadar devam etmeyeceği varsayımı gözönünde tutularak, Borçlar Kanununun 43. maddesi gereğince belirlenen tazminattan hak ve adalete uygun bir indirim yapılması gerektiği de tartışmalıdır. ..." (YKD., C. 23, S. 12, 2011, s. 2148-2150). Aynı yönde bkz., 21.HD. 28.5.2007, E.2007/289 K.2007/8718, (www.kazanci.com). Nikâhsız eş için takdir edilecek tazminat miktarı belirlenirken eşin yaşı, çocuğunun bulunup bulunmaması ve sosyal durumunun özellikleri dikkate alınarak evlenme şansı belirlenmekte ve tazminat miktarı belirlenirken bu durum göz önünde bulundurulmaktadır. Bkz., 21.HD. 21.3.1996, E.1996/1604 K.1996/1661, (www.kazanci.com).

135 Muhtemel yaşam süresinin hesaplanmasında, yerleşik mahkeme kararları uyarınca PMF yaşam tablosun-

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, haksız fiil failini cezalandırmak değil, ölüm olayı ile ölenin desteğinden mahrum kalan kişilerin muhtaç duruma düşmesini önlemektir. Bu nedenle, Yargıtay, 818 sayılı Kanun döneminde ölüm sonucunda elde edilen ödemelerin tazminattan indirileceğini ifade etmekteydi<sup>136</sup>. Buna karşılık, 6098 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ve ifa amacını taşımayan ödemeler tazminat miktarı hesaplanırken indirilmeyecektir<sup>137</sup>.

İnşaat kazası, kazaya maruz kalan kişinin ölümüne yol açmamış olabilir. Kazanın ölümle sonuçlanmaması durumunda istenebilecek zarar kalemlerinin neler olduğu Türk Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, "bedensel zararlar<sup>138</sup> özellikle şunlardır:

1. *Tedavi giderleri*
2. *Kazanç kaybı*
3. *Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğa kayıplar*
4. *Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar."*

Görüldüğü üzere, inşaat kazası ölümle sonuçlanmamışsa, istenebilecek zarar kalemlerinden ilki "tedavi giderleri"dir. Ancak, tedavi giderleri, sigortalı işçinin tedavisi 5510 sayılı kanun hükümlerine göre Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılandığından bu giderler tazminat kalemleri arasında yer almayabilecektir<sup>139</sup>.

"Kazanç kaybı", hem fiilî kazanç kaybını hem de çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybindan doğabilecek muhtemel kazanç kaybını içermektedir. Fiilî kazanç kaybı,

---

dan yararlanılmaktadır. Buna göre işçinin inşaat kazasının gerçekleştiği tarihteki yaşına göre muhtemel yaşam süresi belirlenecektir. Bkz., **Süzek**, 2005, s. 332. *PMF tablosu* için bkz., **Kudat**, 1975, s. 171 vd.; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, 1993, s. 607. Amerikan hukukunda mağdurun yaşı da dikkate alınmaktadır. VSLY (The Value of a Statistical Life Year) denilen bu uygulamaya göre, gençlerin yaşamı, yaşlılardan daha değerlidir (bkz., **Visscher**, 2009, s. 161).

136 HGK. 6.5.1983, E.1983/9-237 K.1983/478, "...Hukukumuzda Sosyal Sigortalar Kurumunca da, iş kazası sonucu çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden işçiye yasadaki öngörülen belirli yardım ve ödemeler yapılmaktadır. Ancak bu yardım ve ödemelerin zararın tamamını karşılaması da her zaman mümkün olmamaktadır. İş kazasında çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden işçi işveren aleyhine açacağı davada işte bu Sosyal Sigorta yardım ve ödemeleri ile karşılanamayan zararın tazminini isteyecektir. O halde bu tür davaların hukuki sebebi Sosyal Sigortalar Kanunlarında sağlanan haklarla yardım ve ödemelerle karşılanamayan, başka bir anlatımla onun dışında kalan zararın tazmini ilkesine dayanmaktadır. Hal böyle olunca iş kazası ile uygun neden - sonuç bağı çevresinde Sosyal Sigortalarda sağlanan hakların, yapılan ödemelerin peşin sermaye değerlerinin tazminattan indirilmesi gerekir. Aksi halde mükerrer ödemeye yol açılmış olur. ..." (www.kazanci.com).

137 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Baycık**, Gaye, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013-3, s. 103-170, s. 139. Yeniden evlenme hâlinde destekten yoksun kalma zararından ne oranda indirim yapılacağı konusunda belirlenmiş bir ölçüt bulunmamaktadır. *İsviçre'de kullanılan indirim tablosu* için bkz., **Ulusan**, 1990, s. 176, 177. *Yeniden evlenme tablosu* için ayrıca bkz., **Kudat**, 1975, s. 117, 118.

138 **Ayan**'a göre, maddede geçen "bedensel zarar" ifadesi eleştiriyi açıktır. Çünkü, "bedensel zarar" denilince akla ilk olarak kolun kırılması veya yaralanma gibi beden bütünlüğüne verilen zararlar gelmektedir. Ancak, maddede "bedensel zarar" ifadesi ile kastedilen beden bütünlüğünün ihlal edilmesinden kaynaklanan malvarlığı zararlarıdır (bkz., **Ayan**, 2012, s. 267).

139 **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 996.

hüküm anında belli iken; muhtemel kazanç kaybı, geleceğe ilişkin bir tahminden ibaretir. Dolayısıyla, bu tür zararlarda hâkime, kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl içerisinde kararını tekrar gözden geçirme yetkisi verilmiştir (BK.m.75).

İşverenin sorumluluğunun kapsamına, yukarıda sayılan tazminat kalemlerinden Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararlar girmektedir. Bu nedenle, öncelikle davacının iş kazası sigortasından kendisine gelir bağlanmasını istemesi, sonuç alamazsa Kuruma karşı dava açması ve mahkemenin de o davanın sonucunu beklemesi gerekir<sup>140</sup>. Kurum da işçiye sağladığı yardımlar için, kastı veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi bulunan işverene rücu etme hakkını haizdir (SSGSSK.m.21). Bu durumda kusurlu işverenin sorumluluğu, Kurumca sağlanmış olan ödenek ve/veya gelirler şeklindeki götürü tazminatlardan oluşacaktır. Buna karşılık, sigorta olayının meydana gelmesinde işverene hiçbir kusur isnat edilemiyor ise Kurum işçiye sigorta yardımlarında bulunacak fakat işverene rücu etmeyecektir<sup>141</sup>.

Ayrıca, inşaat kazasına ilişkin maddî zararın belirlenebilmesi için birçok ögenin belirlenmesi gerekmektedir. Meselâ, inşaat kazasının meydana geldiği tarihte işçiye sağlanan aynî ve nakdî yardımlar, faal çalışma süresi<sup>142</sup>, çalışma gücünün kaybındaki oran (malûllük oranı)<sup>143</sup>, işverenin kusuru<sup>144</sup>, işçinin ek (müterafik) kusuru<sup>145</sup>, muhtemel ya-

140 **Altiner**, 2009, s. 275.

141 **Akdeniz**, 2014, s. 11.

142 Yargıtay yerleşik içtihatlarına göre, bir işçinin faal çalışma yaşı, 60 yaşıdır. Dolayısıyla, emeklilik yaşı, faal çalışma yaşı değildir. Bkz., 9.HD. 2.3.1979, E.1979/2699 K.1979/3174 (www.kazanci.com). 10.HD. 31.1.2005, E.2004/11515 K.2005/355, "...aktif dönemden amaçlanan "iş görübilirlik çağı"dır. Yani; sigortalının, olağan olarak işinde çalışabilme gücünün devam süresidir ki, bu da Yargıtay'ca benimsenen görüşe göre, kural olarak "60" yaşa kadar sürer. Sosyal Güvenlik Yasalarında, sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek değişik yaşlar ile tanınan emeklilik yaşının, aktif dönem sonu olarak ele alınması uygun değildir. Her ne kadar, iş görübilirlik çağının "60" yaş esasını aşması ya da altında kalması olanak dışı değilse de, böyle durumlar anılan kuralın istisnası olup, kabulü için dayanakları saptanmak ve nedenleri hükümde göstermek gerekir. Hal böyle olunca da, somut olayda; iş görübilirlik yaşının "60" yaş üzerinde kabulünü gerekli kılan sebepler mevcut olmadığı halde aktif dönemi, 65 yaşa göre belirleyen hesap raporunun hükme dayanak kılınması isabetsizdir..." (www.kazanci.com).

143 İnşaat kazası sonucunda işçinin uğradığı beden gücü kaybı Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından belirlenmektedir. Hak sahipleri yeniden muayene isteminde bulunabilirler. Bu son muayeneye de itiraz olunması durumunda, durum Sosyal Güvenlik Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır (SSGSSK.m.58/IV, 95/II). Bu oran hesaplanırken Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğüne (RG. 22.6.1972, S. 14223) bağlı cetvellere dayanılır. Bu cetvellerde sigortalının kazaya uğrayan her organının işçinin mesleğine göre kazanma gücünü hangi oranda azaltmış sayılacağı gösterilmiştir (bkz., **Süzek**, 2005, s. 332). Yargıtay bazı kararında Balthazard formülü uyarınca belirlenen iş görmezlik derecesini dikkate almıştır. Bkz., 10.HD. 21.6.2011, E.2010/1711 K.2011/9103; 10.HD. 6.2.2006, E.2005/11343 K.2006/699; 21.HD. 25.3.2002, E.2002/1985 K.2002/2341; 10.HD. 4.7.2011, E.2011/6082 K.2011/10084 (www.kazanci.com). *Balthazard hesaplama tablosu* için bkz., [http://hastane.selcuk.edu.tr/images/yonetim/saglik\\_kurulu/balthazard.pdf](http://hastane.selcuk.edu.tr/images/yonetim/saglik_kurulu/balthazard.pdf) (Erişim Tarihi: 4.11.2014).

144 Yargıtay işverenin iş kazasının oluşumunda kusursuz olduğu hâllerde hakkaniyet indirimi yapmaktadır. Bkz., 10.HD. 16.5.1994, E.1994/2908 K.1994/10248, "...mahkemece yapılacak iş, sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat (tavan) miktarını önce kusur durumunu hiç gözetmeksizin belirlemek ve belirlenen tazminat miktarını geçmemek üzere tarafların kusurlu veya kusursuz durumları nazara alınarak Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri gözönünde tutularak rücu alacağına hükmetmekten ibarettir..." (www.kazanci.com).

145 Kusurun belirlenmesi ise uzman bilirkişi incelemesi ile sağlanmaktadır. Bilirkişiler kusuru belirlerken, işye-

şam süresi<sup>146</sup>, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanan gelirler göz önünde tutulmaktadır<sup>147</sup>. Ön koşul olarak saptanan bu öğeler, PMF tablolarına uyarlanarak ve bazı matematiksel hesaplar yapılarak geleceğe ilişkin maddî zararın belirlenmesi mümkün olmaktadır.

Yukarıda belirlenen öğelerden, işçinin ek (müterafik) kusuru ve sosyal sigorta gelirleri tazminattan indirimi gerektiren etkenlerdir. Gerçekten, tazminat miktarının indirilmesi<sup>148</sup> için gereken sebepler BK.m.52'de sayılmıştır. Buna göre, *"zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasına ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracaktır (f.1). Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir (f.2)"*. Söz konusu durumlar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, inşaat kazalarından doğan tazminat talepleri için de uygulama alanı bulacaktır. Meselâ, inşaat kazası sebebiyle yaralanan bir işçinin yarası üzerine mikroplu bir bez koyarak zararın artmasına yol açması, aynı işçinin yarası için verilen ilacı yarasına sürmemesi gibi durumlarda hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracaktır. Aynı şekilde, maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, inşaat kazasının gerçekleşmesinde hafif kusurlu olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecekse hâkim tazminat miktarını indirebilir<sup>149</sup>.

### C. Manevî Tazminat

İnşaat kazası, sadece maddî zararlara değil, aynı zamanda manevî zararlara da sebebiyet verebilir. İnşaat kazası sonucunda manevî zarara uğradığını iddia eden kişi, söz konusu zararlarının tazmini için manevî tazminat davası açabilecektir<sup>150</sup>. Bu bakımdan, manevî zarar tanımının ve bu tanımla oluşturulan zarar kalemlerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

---

rinin fizikî koşulları, işçinin deneyimi, kazanın gerçekleştiği zaman fazla çalışma saatleri içinde olunup olunmadığı gibi objektif ölçütleri göz önünde tutmaktadırlar (bkz., **Altiner**, 2009, s. 283, 284).

146 Ayrıntılı bilgi için bkz., IV, B.

147 **Uluslan**, 1990, s. 151 vd.; **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 996; **Altiner**, 2009, s. 269.

148 **Çelik**'e göre, Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmesi gereken ölüm ve bedensel zararlara ilgili tazminat isteklerinin, Sosyal Güvenlik Kanunları'yla ilişkilendirilmesi sonucunda işçiye ve desteğinden yoksun kalanlara haksızlık edilmektedir. Meselâ, davalı işveren olduğu zaman, Sosyal Güvenlik Kurumu'na bağlanan gelirlerden "ilk peşin değeri"nin kusura isabet eden tutarının; buna karşılık, davalı üçüncü kişi olduğu zaman ise, "ilk peşin değerinin yarısı"nın kusura isabet eden tutarının tazminattan indirilmesi gerekmektedir. Ancak, uygulamada, sonradan yapılan gelir artışlarının tamamı tazminattan indirilerek zarar sorumluları ödüllendirilmektedir. Oysa, tazminattan indirilmesi gereken miktar, Kurum'un rücu hakkı ile sınırlı tutulmak gerekir. Yazara göre, BK.m.55 ile bu tartışma önemini yitirmiştir (bkz., **Çelik**, Ahmet Çelik, İş Kazası Nedeniyle Tazminat Davalarında Haksız ve Yasalara Aykırı Uygulamalar ve Yeni Borçlar Kanununun 55. Maddesi, www.tazminathukuku.com, Erişim Tarihi: 23.9.2014).

149 **Oğuzman/ Öz**, 2013, s. 119-127.

150 **Mollamahmutoğlu**'na göre, işçinin, inşaat kazası sonucunda uğradığı cismanî zararlardan yakınlarının derin elem ve üzüntü duyması mümkündür. Bu sebeple, inşaat kazasında ölen işçinin yakınlarının da manevî tazminat talep edebileceği çeşitli kararlarda kabul edilmiştir (bkz., **Mollamahmutoğlu**, 2008, s. 999).



Manevî zarar kavramının tanımı öğretilerde tartışmalıdır<sup>151</sup>. Bir görüşe göre<sup>152</sup>, manevî zarar, kişilik değerleri saldırıya uğrayan kişinin hissettiği acı ve ıstıraplar ve yaşama sevincinin azalmasıdır. Bu görüşe "sübjektif manevî zarar görüşü" denilmektedir.

Diğer bir görüşe göre ise<sup>153</sup>, manevî zarar, kişilik değerlerinde irade dışı meydana gelen eksilmedir. Bu görüşe ise "objektif manevî zarar görüşü" denilmektedir.

Bu görüşler, "yaşama sevinci azalmayan"ların manevî tazminat isteyip isteyemeyeceği ve manevî tazminat isteme hakkının sağlararası ya da ölüme bağlı bir tasarruf işlemi ile el değiştirip değiştiremeyeceği noktalarında önem kazanmaktadır. Meselâ, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi, inşaat kazasında zarar görmüşse sübjektif manevî zarar görüşüne göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin acı ve ıstırabından veya yaşama sevincinin azalmasından söz edilemeyeceği için manevî tazminat isteyememesi gerekir. Buna karşılık, objektif manevî zarar anlayışına göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin de kişilik değerinde irade dışı bir eksilme meydana geldiğinden manevî tazminat isteyebilmesi gerekir.

Yine, sübjektif anlayışa göre, manevî tazminat talebi, sağlararası işlemle üçüncü kişilere devredilemeyeceği gibi, ölüme bağlı tasarruflarla da el değiştiremez. Buna karşılık, objektif anlayışa göre, manevî tazminat talebinin el değiştirmesi mümkündür. Manevî tazminat talebinin devri ve mirasçılara geçmesi, Medeni Kanununun 25 inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez". Dolayısıyla, inşaat kazaların sebebiyle istenebilecek manevî tazminat istemleri, ancak karşı taraf kabul edince devredilebilecek ve miras bırakan tarafından hayatında ileri sürülmüş olduğu takdirde mirasçılara geçebilecektir.

Inşaat kazası sebebiyle sorumlu olan işveren veya malik, gerçekleşme tarzı ne olursa olsun, kaza sebebiyle meydana gelen manevî zararları<sup>154</sup> da tazmin etmek zorundadır. Gerçekten, BK.m.56'ya göre, "hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir" (f.1). "Ağır bedensel zarar"<sup>155</sup>

151 Ayan, 2012, s. 232.

152 Mollamahmutoğlu, 2008, s. 1000; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 1993, s. 655.

153 Eren, 2013, s. 531.

154 Hâkim, manevî zararı, bilirkişi incelemesi veya matematiksel hesaplar ile tayin edemez. Çünkü, kişinin çektiği elem ve acıyı ortaya koyabilecek nesnel ölçütler bulunmamaktadır. Bu bakımdan, manevî zararın belirlenmesi hâkimin takdir yetkisine bağlıdır (bkz., **Ulusan**, 1990, s. 185). Ayrıca bkz., **Kudat**, 1975, s. 163, 164; **Reisoğlu**, 2006, s. 217.

155 Eski Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, haksız fiil nedeniyle kişilik hakkı zarar görmüş kişinin yakınlarının manevî tazminat isteyip isteyemeyecekleri tartışmalıydı. Bu konuda genel kabul gören görüş, yansımaya yoluyla zarara uğrayan kişilerin manevî tazminat isteyemeyecekleri yönündeydi. Ancak, Yargıtay'ın aile bütünlüğünü ihlâl eden saldırılar karşısında ana babaya manevî tazminat isteme hakkı tanıyan kararları bulunduğu gibi, aksi yönde kararları da vardı. Bkz., HGK. 1.4.1998, E.1998/4-251 K.1998/265, ".....somut olaydaki duruma göre, davacıların çocuğunun yaralanmasının, duygusal değerlere saldırı kapsamı içine girip girmediği konusu üzerinde durulmak gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı

veya ölüm hâlinde, zarar görenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir" (f.2).

Manevî tazminat taleplerinin kabulü için inşaat kazasında işverenin kusurunun bulunması şart değildir. Ancak bu, manevî tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun hiç dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Meselâ, işverenin kusurunun azlığı ya da hiç bulunmaması veya işçinin ek (müterafik) kusurunun bulunması hâlinde tazminat miktarı indirilecektir. Bununla birlikte, inşaat kazasının tamamen işçinin kusuru sebebiyle gerçekleşmesi hâlinde illiyet bağı kesilmiş olabilecektir<sup>156</sup>.

#### D. Tazminat Davalarında Yetkili ve Görevli Mahkeme

İş kazasından doğan tazminat davalarında görevli mahkeme, İş Mahkemeleri Kanununun<sup>157</sup> 1 inci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, " İş Kanunu'na göre işçi sayılan kişilerle (o Kanunun değiştirilen ikinci maddesinin c, d ve e fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş aktinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur". Dolayısıyla, işverenin inşaat kazasından sorumluluğuna dayanılırsa tazminat davasının iş mahkemesinde açılması gerekecektir. Yetkili mahkeme ise, aynı Kanunun 5 inci maddesine göre "dava açıldığı tarihte davalının ikametgâhı mahkemesi" veya "işçinin işini yaptığı işyeri mahkeme"sidir.

Buna karşılık, diğer sorumluluk türlerine dayanılması durumunda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Genel hüküm niteliğinde olan Hukuk Muhakemesi Kanununa göre tazminat davalarında birden çok yetkili mahkeme vardır. Gerçekten, maddî tazminat davası, HMK.m.6'daki genel hüküm gereğince davalının yerleşim yeri mahkemesinde

---

ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar, kişinin bizzat şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK.nun 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değil de, yakınlıklarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Somut olayda, az yukarıda açıklanan koşullar kanıtlanmadığı gibi davacıların çocuklarının ağır biçimde yaralanmadığı, anlık bir heyecan ve üzüntünün de, BK. 49. maddesinin koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeye ulaşmadığı, böylece manevî tazminatın gerekmediği sonucuna varılmıştır. O nedenle Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. ..." (www.kazanci.com); 4.HD. 28.9.1983, E.1983/6461 K.1983/7681, "...Davacıardan Ali, davalılardan Tülay'ın kızına söylediği sözlerin kişilik hakkına saldırı olduğunu ileri sürerek manevî tazminat istemiştir. Mahkeme, bu isteği kabul ederek tazminata hükmetmiştir. Oysa, davalı Tülay'ın davacı Ali'nin kızı Şenel'e "Aydın'a Recep öğretmenle kırıştırmaya gittin..." şeklindeki sözleri davacı Ali'ye değil kızına yöneliktir. Bu sözler ile davacı Ali'nin değil, kızı Şenel'in kişilik hakkını koruyan hukuk kuralı (MK.m.24; BK.m. 49) ihlal edilmiştir. Olaydan zarar gören Şenel'in yakın çevresini de içine alacak şekilde sorumluluğu genişletmek mümkün değildir. Çünkü davalı Tülay'ın neden olduğu olayın boyutları ve sözlerin kapsamı bir ailenin fertlerinin kişilik hakkını bozucu niteliğe ulaşmamıştır. ..." (www.kazanci.com). Borçlar Kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrası "ağır bedensel zarar hâlinde" zarar görenin yakınlarının manevî tazminat talep edebileceğini kabul etmiştir. Ancak, maddede ruhî zarar hâlinde yakınların manevî tazminat talep edemeyeceği düzenlenmemiştir. Söz konusu hüküm bu açıdan eleştiriye açıktır denilebilir.

156 Mollamahmutoğlu, 2008, s.1000.

157 RG. 4.2.1950, S. 7424.

açılabilir gibi; HMK.m.16 uyarınca haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinde de açılabilir. Ayrıca, inşaat kazası kişilik haklarının ihlâline yol açmışsa, MK.m.25/son gereğince davacının yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Manevî tazminat davaları bakımından da aynı esas geçerlidir. Görevli mahkeme ise, asliye hukuk mahkemesidir (HMK.m.2).

### **E. Tazminat Davalarının Açılabilirliği Süre**

İnşaat kazası sonucunda açılacak olan tazminat davalarının zamanaşımına uğramaması için belirli bir süre içerisinde açılması gerekmektedir. Bu bakımdan, zamanaşımı süresi, özel nitelikli kanun hükümlerince öngörülen istisnalar hariç, iki ve on yıldır (BK.m.72/1, c.1). İki yıllık süre, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. On yıllık süre ise, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacaktır.

BK.m.72/1, c.2 uyarınca, *“tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”*. Böylece, BK.m.71/1, c.1'de öngörülen zamanaşımı süreleri geçmiş olsa bile, ceza zamanaşımı süresi dolmamışsa tazminat davası açılabilir. Ceza zamanaşımının uygulanması için ise, haksız fiilin aynı zamanda suç olması yeterlidir. Dolayısıyla, kamu davası açılmamış dahi olsa, BK.m.72/1, c.2 uygulama alanı bulacaktır.

Ceza kanunlarında öngörülen zamanaşımı süresinin Borçlar Kanununda öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin hangisinin yerine uygulanacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda, ceza kanununda öngörülen sürenin on yıldan fazla olması durumunda sadece bu sürenin uygulanacağı; buna karşılık, ceza kanununda öngörülen sürenin on yıldan az olması durumunda, bu sürenin iki yıllık süre yerine uygulama alanı bulacağı fakat on yıllık sürenin de dikkate alınacağı söylenebilir. Meselâ, ceza zamanaşımı on beş yıl ise tazminat istemi fiilin işlendiği tarihten itibaren on beş yılın geçmesi ile düşer. Bu durumda, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren kaç yılın geçtiği dikkate alınmaz. Buna karşılık, ceza zamanaşımı sekiz yıl ise tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren sekiz yıl ve her hâlükdarda fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

BK.m.73'de de rücu zamanaşımı düzenlenmiştir. Buna göre, *“rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*. O hâlde, rücu isteminde bulunma hakkına sahip olan kişinin<sup>158</sup> bu süre içerisinde talepte bulunması gerekmektedir.

### **Sonuç**

İşin doğasında var olan yüksek risk gereği inşaat kazalarının sıklıkla gerçekleşmesi

158 Sosyal Güvenlik Kurumunun açacağı rücu davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Süzek**, 2005, s. 357-361. *Yapı eseri malikinin rücu hakkı* için bkz., **Kurt**, 2008, s. 179.

ve bu kazalarda işverenin kusurunu ispatlamanın zorluğu karşısında Yargıtay, içtihat geliştirmek suretiyle kanunda olmayan yeni bir kusursuz sorumluluk türünün ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ancak, inşaat kazalarından doğan uyumsuzlukların çözümü noktasında Yargıtay'ın benimsediği bu tutum, öğreti tarafından doğrudan benimsenmemiş; öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu konuda ortaya atılmış bir görüş, kusursuz sorumluluğun istisnâ karakteri nedeniyle sadece kanunla düzenlenebileceğini ileri sürerek Yargıtay'ın içtihadını benimsememiş iken; diğer bir görüş, kanunda bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm olmaması nedeniyle ortaya çıkan hukuk boşluğunun hâkimin hukuk yaratma yetkisine dayanılarak doldurulması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlarca yeni bir kusursuz sorumluluk türünü yaratmanın kanun hükmü olmadan da mümkün olduğu ileri sürmüştür. Gerçekten, Yargıtay da önceleri pek çok içtihadında inşaat kazalarında, işverenin işçiye karşı kusursuz sorumlu olduğunu yerleşik bir içtihat hâline getirmişti.

Ancak, Yargıtay, son zamanlarda verdiği bazı kararlarında inşaat kazalarında işverenin işçiye karşı klasik haksız fiil sorumluluğu anlamında kusurlu sorumluluk ilkesine göre sorumlu olması gerektiğine karar vererek eski içtihadından dönmüş görünmektedir. Bu yöndeki kararlar, öğretideki daha önce var olan tartışmaya paralel olarak yine bazı yazarlarca eleştirilmiş, bazı yazarlarca da yerinde görülmüştür. Ancak, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar ve adalet idesi nazara alındığında, Yargıtay'ın bu son tercihini yerinde görmek mümkün değildir. Zira kanunun özü terk edilerek sözü esas alınmak suretiyle benimsenmiş bu tercih, yani iş kazalarında işverenin işçiye karşı kusursuz sorumlu olduğunu reddederek kusurlu sorumluluğu ilke olarak kabul etmek, sosyal yaşamın gereklerine ve iş ilişkisinde zayıf taraf olan işçinin korunması ilkesine uygun düşmediği gibi yeni gelişmeler karşısında eskiyen hukukun kırırdanışına vurulmuş bir darbe olarak da değerlendirilebilir. Bu eleştiriye açık görüşle aynı perspektifte olmak üzere, inşaat kazası sebebiyle kusursuz sorumlu olan işverenin nasıl olsa sorumlu olacağı düşüncesiyle alması gereken önlemleri yeterince almayacağını, bunu engellemek için kusurlu sorumluluğun tercih edilmesinin yerinde olduğunu iddia etmek de kabul edilemez bir savunma olarak görülmelidir.

Diğer taraftan, inşaat kazası sonucunda işçi dışındaki kişiler de zarara uğrayabilmektedir. Böyle kimseler ile işveren arasında işçi-işveren ilişkisi, bir diğer deyişle hizmet sözleşmesine dayanan bir sözleşme bağı olmadığına göre, bu ihtimalde, işverenin kusursuz sorumluluğuna başvurmak daha kolay görünmektedir. İnşaat kazasında işçi dışında zarar görenlerin de olabileceği varsayımında Borçlar Kanunda düzenlenen "yapı malikinin sorumluluğu"na göre zarar verenin sorumluluğunu kabul etmek, bu kusursuz sorumluluğa kanunî bir dayanak bulmak açısından da bir kolaylık sağlayacaktır. Öte yandan, zarar görenin işçi dışında biri olması ihtimalinde inşaat sahibinin (işveren malikin) kusursuz sorumluluğunu kabul ederken, işçi olması ihtimalinde kusurlu sorumlu olması gerektiğini savunmak kendi içinde bir çelişki olarak da görülebilecektir. Elbette, bu çelişki yukarıdaki eleştiriye haklı göstermek bakımından bir savunma olarak ileri sürülebilir.

Yapı eseri malikinin kusursuz sorumluluğu kapsamında, bir şeyin yapı eseri sayılması için inşaatın bitirilmiş olup olmamasının önemi de yoktur. Dolayısıyla, inşaatına

başlanmış fakat henüz bitirilmemiş yapılar da hukuken yapı eseri sayılmalıdır. Bu sebeple, öğretide bir şeyin yapı eseri sayılabilmesi için inşaatın bitirilmiş olması gerekliliğini arayan görüşü de isabetli görmek mümkün değildir. Gerçekten, bu görüş bağlamında, inşaat kazası sonucunda zarara uğrayan kişilerin bu şart nedeniyle yapı eseri malikine başvurabilme imkânı bulunmadığı için şartları varsa sadece kusurlu haksız fiil hükümlerine başvurabileceğini savunmak hakkaniyete uygun düşmez.

Başka bir açıdan bakıldığında, inşaat kazasının gerçekleşmesi, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini aşkın kullanması sonucunu da doğurabilir. Bu noktada, gerçekleşen bir inşaat kazası sonucunda bu sorumluluk kapsamında maliki sorumlu tutmak için malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini aşkın kullanması tek başına yeterli olmaz, ayrıca zarara uğrayan kişinin komşu taşınmaz maliki olması da gereklidir. Hiç şüphesiz, inşaat kazası, sadece inşaat sahası içinde zararlar ortaya çıkaran bir olay da değildir. Bu bakımdan, kaza sonucunda inşaata komşu olan taşınmaz maliklerinin malvarlığı veya şahısvarlığı hakları da ihlâl edilebilmektedir. Bu gibi durumlarda, taşınmazı üzerinde inşaat yapılan malik, taşınmaz malikin kusursuz sorumluluğu ilkesi çerçevesinde ortaya çıkan her türlü zarardan sorumlu tutulabileceği için ona, malvarlığına yönelik zararlar sebebiyle başvurulabildiği gibi şahısvarlığına yönelik zararlar sebebiyle de başvurulabilmelidir.

KAYNAKÇA<sup>159\*\*\*</sup>

- Akdeniz**, Ayşe Ledün: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlarından Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 3-30.
- Akın**, Levent: İş Kazalarından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, C. 27, S. 6, Kasım 2013, s. 36-48 (Akın, 2013).
- Akın**, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara, 2001 (Akın, 2001).
- Akın**, Levent: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Sorumluluğunda Uygun Nedensellik Bağı, Çimento İşveren, S. 2, C. 25, Mart 2011, s. 26-39 (Akın, 2011).
- Akıpek**, Jale G./ **Akintürk**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akman**, Sermet: Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, S. 1-4, 1976, s. 423-436.
- Altınar**, Fatma Zeynep: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S. 3-4, 2009, s. 265-289.
- Antalya**, Gökhan: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 63-83.
- Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012 (Ayan, 2012).
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, Mülkiyet, C. II, 5. Baskı, Konya 2013 (Ayan, 2013, II).
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. I, 5. Baskı, Konya 2013 (Ayan, 2013, I).
- Aydınli**, İbrahim: İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım, Kamu İş, C. 8, S. 1, 2005, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf>, (Erişim Tarihi: 4.1.2015).
- Badur**, Emel: Gayrimenkul Malikinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001/3, s. 835-880.
- Baradan**, Selim: Türkiye İnşaat Sektöründe İş Güvenliğinin Yeri ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Fen ve Mühendislik Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 87-100.
- Baş**, Ece: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011.
- Başboğa Şahbaz**, Zübeyde: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukukî Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul 2010.
- Baycık**, Gaye: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, S. 2013-3, s. 103-170.
- Bostancı**, Yalçın: Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu-İş; C.8, S. 1, 2005, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>, (Erişim Tarihi: 4.1.2015).
- Centel**, Tankut: Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 24, 2011, s. 13-18.
- Çelik**, Ahmet Çelik: İş Kazası Nedeniyle Tazminat Davalarında Haksız ve Yasalara Aykırı Uygulamalar ve Yeni Borçlar Kanununun 55. Maddesi, [www.tazminathukuku.com](http://www.tazminathukuku.com), Erişim Tarihi: 23.9.2014 (Çelik, Tazminat).
- Çelik**, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 24. Baskı, İstanbul 2011 (Çelik, 2011).
- Çenberci**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986.
- Demircioğlu**, A. Murat / **Kalyon Şen**, Arzu: İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 33-50.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974 (Eren, 1974).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013 (Eren, 2013).
- Erman**, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 2013.
- Esener**, Turhan/ **Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008.
- Eyrenci**, Ömer/ **Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006.
- Güneren**, Ali: İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2010.
- Gürsoy**, Kemal Tahir/ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: İşverenin Sorumluluğu (BK.m.332, İş K.m.73), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1-4, 1974, s. 185-198.

159 \*\*\* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Güzel, Ali / Ugan Çatalkaya**, Deniz: İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 3, S. 34, 2012, s. 157-188.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- İyimaya**, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990.
- Kahveci, Nuri**: İslam Hukukuna Göre Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Yıl 6, S. 12, s. 1-20.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, İstanbul 2003.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013.
- Kuban**, Doğan: Mimarlık Kavramları (Tarihsel Perspektif İçinde Mimarlığın Kuramsal Sözlüğüne Giriş), İstanbul 1998.
- Kudat**, Arkun: İş ve Trafik Kazalarında Ölüm Tazminatı, Ankara 1975.
- Kurt**, Ekrem: Yapı Malikinin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 171-192.
- Miceli**, Thomas J.: The Economic Approach to Law, Second Edition, Standford-California 2009.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008.
- Oğuzman**, Kemal M./ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2012.
- Oğuzman**, Kemal: İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIV, S. 14, 1969, s. 322-342.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku, C. II, 10. Baskı, İstanbul 2013.
- Öztaş**, İlker: Bina ve Diğer Yapıların Yapılışındaki Bozukluklardan veya Bakımındaki Eksikliklerden Dolayı Paydaşların Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 351-365.
- Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2006.
- Sanlı**, Kerem Cem: İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: "Hand Formülü", Marmara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 99-131.
- Saraç**, Coşkun, İşyeri Dışında Meydana Gelen İş Kazası Nedeniyle Sorumluluk - İş Vereninin Önlem Alma Yükümlülüğü - Uygun İliyet Bağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 5, S. 18, 2010, s. 202-213.
- Sevimli**, K. Ahmet: Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşığında Genel Olarak İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 107-148.
- Sümer**, Haluk Hadi: Sigortalının Servis Aracı Beklerken Uğradığı Kaza İş Kazası mıdır? Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C. 11, S. 4, Temmuz 1997, s. 6-13.
- Süzek**, Sarper: Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu (tebliğ), Galatasaray Üniversitesi İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 yılı Toplantısı, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s. 21 (Süzek, 1996).
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005 (Süzek, 2005).
- Süzek**, Sarper: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Prof.Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 703-717 (Süzek, 2010).
- Tandoğan**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- Taşkent**, Savaş: İş Kazası Kavramı, Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1951-1966.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Halûk/ **Altıp**, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1976.
- Turan**, Güngör: Bağ-Kur Kanunu Acısından İş Kazası Kavramı ve Hukukî Sorunlar, Kamu-İş, C.3, S.4, Temmuz 1994, s. 113-129.
- Uluslan**, İlhan: Fransız, Alman ve İsviçre Hukuklarında İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşveren Sorumluluğunun Düzenlenmesi, C. 13, S.16, 1979-80-81, s. 77-88 (Uluslan, 1979).
- Uluslan**, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Acısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990 (Uluslan, 1990).
- Viscui**, W. Kip: Product and Occupational Liability, Law and Economics (A Collection of Essays and Cases), United States of America 1998.
- Visscher**, Louis T.: Encyclopedia of Law and Economics, C. I, Tort Law and Economics, Second Edition, United States of America 2009, s. 153-200.

**KISALTMALAR CETVELİ**

ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
age.	: adı geçen eser
agm.	: adı geçen makale
b.	: bent
BK.	: 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
c.	: cümle
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EBK.	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
EMK.	: 743 sayılı eski Medenî Kanun
f.	: fıkra
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar, Kanun
m.	: madde
M.H.A.D.	: Milletlerarası Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK.	: 4721 sayılı yeni Medenî Kanun
p.	: paper (sayfa)
PMF	: Population Masculine et Feminine
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SSGSSK.	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
vd.	: ve devamı
VSL	: Value of Statistical Life
VSLY	: The Value of a Statistical Life Year



# A Review of the Case Law of the European Court of Human Rights in the Context of Environmental Justice<sup>1\*</sup>

Hakemli Makale

**Sezai ÇAĞLAYAN**

Res. Assist. Ondokuz Mayıs University Ali Fuad Başgil Law Faculty International Law Department

---

## İÇİNDEKİLER

---

Introduction . . . . .	.83
1. The Emergence of Environmental Justice and the American Approach to The Concept . . . . .	.84
2. Environmental Rights and Environmental Justice in the European Human Rights System . . . . .	.85
3. Has the ECtHR ever Interpreted the Environment-related cases as Discriminatory or Considered any Causes of Environmental Injustices in its Case Law? . . . . .	.87
4. Has the ECtHR Taken into Consideration 'Indigenous People' and the 'Have-nots' When Environmental Cases Are in Question?. . . . .	.94
5. How Can Environmental Justice Be Sustained in the European System? . . . . .	.95
Conclusion . . . . .	.96

---

<sup>1\*</sup> This paper is derived from the LLM dissertation titled "An Assessment of the Concept of Environmental Justice within the Context of the Case Law of the European Court of Human Rights" which was submitted by Sezai ÇAĞLAYAN to the University of Leicester, Law School in September 2014.

---

**ABSTRACT**

---

**E**nvironmental rights have not been specified in the European Convention on Human Rights (ECHR). The ECHR therefore cannot be directly invoked when environmental problems are in question. The question of recognising environmental rights has been frequently raised under the ECHR. However, the concept of environmental justice (EJ) which arose in the US in the late 1970s and which focuses on the fair distribution of environmental burdens and benefits has not been studied in the ECHR or in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). This paper argues that ECtHR has not followed a steady flow in favour of EJ when hearing the cases. In this context, It will be considered whether the existing provisions of the ECHR guarantee EJ. Besides, the question will be asked whether the ECtHR has ever determined environmental injustices or environmental discrimination, which was encountered in the US, based on racial and economic factors when deciding environmental cases in its history.

**Key words:** Environmental justice, Environmental rights, Human rights, The US, ECHR, ECtHR.

---

**ÖZET**

---

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarının Çevresel Adalet Bağlamında Bir Değerlendirmesi**

**Ç**evresel haklar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer almamaktadır. Bu nedenle, çevresel problemler mevzu bahis olması halinde sözleşme doğrudan öne sürülememektedir. AİHS altında çevre hakkının tanınması konusu sıklıkla gündeme gelmiştir. Lakin, 1970'lerin sonunda Amerika Birleşik Devletleri'nde gündeme gelen ve çevresel fayda ve zararların eşit dağıtılması hususuna odaklanan çevresel adalet kavramı AİHS bağlamında veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları bağlamında ele alınmamıştır. Bu çalışmanın amacı, AİHM'nin çevre konulu davaları ele alırken çevresel adalet kavramına istikrarlı bir şekilde yer vermediğini göstermeye yönelik olarak hazırlanmıştır. AİHS'deki mevcut hakların çevresel adaleti sağlamada yeterli olup olmadıkları da incelenecektir. Ayrıca, AİHM'nin çevre konulu davaları ele alırken ABD'de görüldüğü gibi ırksal veya ekonomik faktörlere dayalı açık bir çevresel adaletsizlik veya bir ayrımcılık durumuna değinip değinmediği de sorgulanacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Çevresel adalet, Çevre hakkı, İnsan hakları, ABD, AİHS, AİHM.

## Introduction

The combination of justice and the environment in one phrase gained currency at the end of the 1970s. The concept of EJ which aims at the fair distribution of environmental costs and benefits among people was first academically studied by Bullard in 1990.<sup>1</sup> According to Bullard, 'race' and 'class' are the main factors which cause environmental injustices.<sup>2</sup> People of colour and economically disadvantaged groups have been negatively affected by these environmental inequalities.<sup>3</sup>

The protection of the environment has started to be discussed as a matter of human rights. Indeed, the classical approach to human rights had not dealt with the preservation of the environment in the strict sense.<sup>4</sup> However, after some important international conferences on the relation between the environment and human rights, such as the Stockholm Conference on the Human Environment 1972, the environment became recognised in the field of human rights. Following this, regional human rights regimes have attached an importance to the environment and some of them have adopted an environmental right in their treaties, such as the African human rights system and the Inter-American human rights system. Nonetheless, in contrast to the above-mentioned regional systems, the ECHR, which is the treaty of the European human rights system, does not directly include any provision on the preservation of the environment.<sup>5</sup> However, despite this, the existing rights and freedoms under the ECHR have been interpreted by the ECtHR to secure environmental rights in many cases.<sup>6</sup>

This paper argues that ECtHR has not followed a steady flow in favour of EJ when hearing the cases. The main reason here why the European human rights system has not systematically taken EJ into consideration whereas the American system has done is that environmental discrimination or injustices as stated by Bullard is based on racial and economic parameters, and discrepancies between the groups (racial groups, economically disadvantaged groups) in American society in terms of these parameters is much more obvious than the ones in Europe. In other words, people who had suffered from race and class based environmental injustices in the US directly stated that

---

1 BULLARD, Robert D., **Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality**, 3. Edition, Westview Press, 2000. EJ tries to prevent every kind of inequalities in the context of the environment. Promoting public health, housing and similar issues can be included in the scope of EJ. See also BULLARD, Robert D. / JOHNSON G. / WRIGHT, H. "Confronting Environmental Injustices: It's Right Thing To Do", *Race, Gender & Class*, Year: 1997, Volume: 5, Number: 1, (pp. 63 - 79).

2 BULLARD, 2000. Race and class are important factors encountered in the US in terms of EJ, but this formula does not strictly work in any region of the world. As it will be seen further, indigenous people, some minority groups and economically disadvantaged groups have been subjected to environmental inequalities and the sorts of these groups may vary from one region/continent to another.

3 BULLARD, 2000.

4 GEARTY, Conor "Do Human Rights Help or Hinder Environmental Protection", *Journal of Human Rights and the Environment*, Year: 2010, Volume: 1, Number: 1, (pp. 7 - 22).

5 PEDERSEN, Ole W. "The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law", *European Public Law* Year: 2010, Volume: 16, Number: 4, (pp.571 - 607).

6 PEDERSEN, 2010.

they are the victims of environmental discrimination. An argument with regard to race-based environmental injustices/discrimination has not been made when people has been claiming their environment related rights whereas some cases tell that economic factors sometimes cause such kinds of injustices in Europe. Therefore, the American system is familiar to deal with EJ issues than European system.

This paper begins with a brief definition and the evolution of the concept of EJ in the US and how it has had an impact on the American human rights system. This paper does not fully consist of a comparison of the American and the European systems in terms of EJ. It rather aims to give an outline as to the American system in order to understand the European system. Then, the protection of the environment and environmental rights by the ECHR and the ECtHR will be discussed by referring to selected cases in the following section. Next, it will be assessed whether the ECtHR has taken the causes of environmental injustices into consideration when assessing the cases particularly under the right to life and right to respect for private and family life. Moreover, the approach of the Court to the preservation of the people who are negatively affected by environmental injustices will be examined. Finally, the question of what can be done in the name of the maintenance of EJ in European system will be assessed.

## **1. The Emergence of Environmental Justice and the American Approach to The Concept**

The concept of EJ previously defined as the fair distribution of environmental costs and benefits among people is relatively a new term coming to the fore in the last quarter of 20<sup>th</sup> century. Dr. Bullard who argues that race and class are real factors behind environmental injustices in the US indicates particular places where environmental injustices had been seen such as Dallas, Texas and Houston with the largest Afro-American population.<sup>7</sup> These residential areas in which black and poor communities with low resistance exist had been used as toxic dumping areas and the inhabitants of these areas had consequently been exposed to health problems.<sup>8</sup>

Continuation of such pollution in black's habitats discriminatorily had led a backlash against those who intentionally used these places as dumping areas. Afro-Americans, thereupon, entered a protest which has affected the developments in the following periods in Warren County in 1982 against environmental discrimination.<sup>9</sup> President Clinton then signed Executive order 12 898 to integrate EJ into programs and policies established by federal agencies.<sup>10</sup> Besides, the necessity of maintenance of EJ was approved by the decision given in the case of CAN'T vs. LES, which will be mentioned when

7 BULLARD, Robert "Environmental Justice For All: It's The Right Thing To Do", *J. Env'tl.L.&Litig*, 1994, 9, (pp. 281-308).

8 BULLARD, 2000.

9 BULLARD, Robert D / JOHNSON Glenn "Environmental Justice: Grassroots Activism and Its Impact on Public Policy Decision Making", *Journal of Social Issues*, 2000, 56, 3 (pp. 555-578).

10 GERRARD, Michael B / FOSTER, Sheila R., **The Law of Environmental Justice Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks**, 2. Edition, American Bar Association, Chicago, 2008, p.102.

comparing the relevant cases from the European System in the blow sections, in 1997<sup>11</sup> and this achievement is accepted as the basis for the following cases as to EJ. As for human rights discourse in the US, Additional Protocol (San Salvador Protocol) to the American Convention on Human Rights (ACHR) has adopted protective provision regarding to the Environment in Article 11 and this naturally contributes to EJ too.<sup>12</sup>

## 2. Environmental Rights and Environmental Justice in the European Human Rights System

The ECHR, like the Conventions of the Inter-American system and the African system, is created for the preservation of civil and political rights.<sup>13</sup> It can only be invoked when 'individual rights' are in question rather than environmental rights,<sup>14</sup> referred to as 'collective rights' which can be enjoyed by a group of people or a community.<sup>15</sup> The absence of a provision on the environment, environmental rights or a similar notion concerning the protection of the environment in the ECHR or in the Protocols<sup>16</sup> is an indication that the ECHR is for the protection of civil and political rights. After the Stockholm Conference, a series of attempts have been made in the name of the recognition of an additional protocol for the right to environment in the ECHR, yet they have remained inconclusive because of the political unwillingness of the party states.<sup>17</sup> According to Shelton, there are three reasons behind this unwillingness:<sup>18</sup> First, a concern about diluting the ECHR by new proposed human rights; second, claims over the lack of justiciability of environmental rights; and third, fears of party states stemming from their significant environmental problems that might cause legal troubles for them in the event of the right being recognised.<sup>19</sup> Furthermore, DeMerieux is of the opinion that the adoption of an environmental right in the ECHR is not vital because such a right might conflict with other fundamental rights.<sup>20</sup>

11 ÇAĞLAYAN, Sezai, An Assessment of the Concept of Environmental Justice within the Context of the Case Law of the European Court of Human Rights, Unpublished Post Graduate Thesis, Leicester, the University of Leicester, Law School, 2014, p.8.

12 ÇAĞLAYAN, 2014, p. 17.

13 CHURCILL, Robin R., "Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties", Human Rights Approaches to Environmental Protection (Ed. A. Boyle and M. Anderson), Clarendon Press, 1998.

14 SHERLOCK, Ann / JARVIS, Françoise "The European Convention on Human Rights and the Environment", E.L. Rev Supp, Year: 1999, Volume: 24, (pp. 15 - 29).

15 DINSTEIN, Yoram "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", International and Comparative Law Quarterly, Year: 1976, Volume: 25, Number: 1, (pp. 102 - 120).

16 JOSE Daniel G S., **Environmental Protection and the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005, p. 7.

17 SHELTON, Dinah "Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment", Stan. J. Int'l L., Year: 1991-1992, Volume: 28, (pp. 103 - 133).

18 SHELTON, 1991-1992.

19 SHELTON, 1991-1992.

20 DEMERIEUX, Margaret "Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", Oxford Journal of Legal Studies, Year: 2001, Volume: 21, Num-

The approach of the ECHR towards the protection of the environment shows that the ECHR might be said to be closer to the 'Anthropocentric approach' which indicates that the protection of the environment is important for human life.<sup>21</sup> No claims concerning environmental rights can be made unless they are related to the protection of 'individual rights'.<sup>22</sup> To put it another way, the ECHR requires the applicants to demonstrate that they are victims of a violation of a right defined under the ECHR.<sup>23</sup> For instance, *X and Y v Federal Republic of Germany*<sup>24</sup> was known as the first 'environmental case' to be concluded by the European Commission as 'inadmissible' since the ECHR does not contain any 'substantive' provision about environmental rights.<sup>25</sup> In this case, the applicants applied to the Commission for the protection of nature rather than their individual rights and the case was not accepted because of the reason in question.<sup>26</sup> However, like the argument that proponents of the 'Anthropocentric approach' defend, the European Commission thereafter considered the protection of the environment as a requirement for the realisation of the individual rights and decided subsequent cases as admissible.<sup>27</sup> The cases of *Arrondelle v. the United Kingdom*,<sup>28</sup> *Baggs v. the United Kingdom*<sup>29</sup> and others which will be assessed through the paper can be shown as examples in this respect.

The non-existence of a substantive environmental right in the ECHR has led environmental cases to be examined based on the interpretation of the existing human rights provisions<sup>30</sup> because the derogation of the environment may negatively affect these basic individual rights. However, before commencing the interpretation of the existing provisions under the ECHR, there is one more issue concerning the interpretation of the existing rights for environmental cases. This is the doctrine of margin of appreciation. The doctrine amounts to a kind of freedom of action given by the ECHR to the member states in order to accomplish their duties under the ECHR.<sup>31</sup> The point which makes the doctrine important is the discrepancies between

---

ber: 3, (pp. 521 - 561).

21 The 'Anthropocentric approach' defends the argument that the environment is a provider of natural sources for the maintenance of human life. See FERIS, Loretta "Constitutional Environmental Rights: An Under-Utilized Resource", S. Afr. J. on Hum. Rts., Year: 2008, Volume: 24, Number: 1, (pp. 29 - 49).

22 SHERLOCK / FRANCOISE, 1999, p. 15.

23 SHERLOCK / FRANCOISE, 1999, p. 27- 28.

24 App no 7407/76 (European Commission, 11 July 1973).

25 MOECKLI, Daniel / SHAH, Sangeeta / SIVAKUMARAN, Sandesh / HARRIS, David, adr., **International Human Rights Law** OUP, 2010, p. 628.

26 SANDS, Philippe, **Principles of International Environmental Law**, 3. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 782.

27 JOSE Daniel G S., 2005, p. 8.

28 App no 7889/77 (European Commission, 15 July 1980).

29 App no 9310/81 (European Commission, 19 January 1985).

30 MOECKLI, Daniel / SHAH, Sangeeta / SIVAKUMARAN, Sandesh / HARRIS, David, adr., 2010, p. 628.

31 GREER, Steven, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Con-**

the national constitutions and the ECHR in terms of environmental protection. As Boyle states,<sup>32</sup> some member states have already adopted an environmental right in their constitutions although the ECHR does not mention this right. For example, Article 56 of the Turkish Constitution refers to a 'healthy' and 'balanced environment'<sup>33</sup> while the Spanish constitution sees the environment as vital for the 'development of the person' and the 'environment' itself under section 45.<sup>34</sup> Article 42 of the Russian Constitution also mentions a 'favourable environment'.<sup>35</sup> Therefore, as will be seen later, results of the cases decided by the ECtHR may show a change because of the margin of appreciation.

In the light of the foregoing, the ECtHR has been accepted as an indirect provider of environmental rights which is protected by way of interpreting the existing individual rights.<sup>36</sup> The 'right to life' (Art 2), 'right to fair trial' (Art 6), 'right to respect for private and family life' (Art 8), 'freedom of expression' (Art 10) and 'right to property' (Art 1 of Protocol 1) of the ECHR have been referred by the ECtHR in this context.<sup>37</sup> As will be seen, Articles 2 and 8 are the ones which are broadly referred in environmental cases. Furthermore, Article 13 'right to an effective remedy' and Article 14 'prohibition of discrimination' are also important for EJ as they require people not to be discriminated against and enable them access to remedies.

### **3.Has the ECtHR ever Interpreted the Environment-related cases as Discriminatory or Considered any Causes of Environmental Injustices in its Case Law?**

#### **a. The Cases under the Right to Life (Article 2)**

*Oneryildiz v Turkey*<sup>38</sup> was an environment-related case concluded by the ECtHR. In this case, the applicant who was dwelling in a slum quarter in Umraniye/Istanbul with his twelve relatives<sup>39</sup> filed a complaint against Turkey alleging that the Turkish authorities were responsible for the methane explosion which destroyed his home and which caused the deaths of his relatives.<sup>40</sup> The ECtHR held that Article 2, Article 1 of Protocol 1 and Article 13 had been violated by Turkey.<sup>41</sup>

---

**vention on Human Rights**, Human Rights Files no 17, Council of Europe Publishing, Strasburg, 2000, p. 5.

32 BOYLE, Alan "Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment", *Fordham Environmental Law Review*, Year: 2007, Volume: 18, (pp. 471 - 511).

33 BOYLE, 2007, p. 9.

34 BOYLE, 2007, p. 8.

35 BOYLE, 2007, p. 9.

36 MOECKLI, Daniel / SHAH, Sangeeta / SIVAKUMARAN, Sandesh / HARRIS, David, *adr.*, 2010, p. 628.

37 MOECKLI, Daniel / SHAH, Sangeeta / SIVAKUMARAN, Sandesh / HARRIS, David, *adr.*, 2010, p. 628.

38 App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004).

39 *Ibid* para [9].

40 *Ibid* para [2].

41 *Ibid* para [165].

Neither the applicant nor the ECtHR referred to the notion of EJ directly in this case. The ECtHR, however, emphasised the positive obligations of the state and referred to the right to life in Article 2 which considers the lives of 'everyone' in the country.<sup>42</sup> The area of the applicant's home was already used as a landfill site before the slum dwellers moved there.<sup>43</sup> In other words, the slum dwellers knowingly built their homes around the landfill site. Starting from the question of 'which came first'<sup>44</sup> that was the moot point of EJ in the US, it is quite clear that the landfill in *Oneryildiz v Turkey* case came first and it was not intentionally established in the area where those people lived. However, despite the fact that there was no intended discrimination of the slum dwellers, the applicant claimed that they should have been informed by the officials about possible harmful effects of the landfill because the social and educational backgrounds of the slum dwellers did not enable them to predict such dangers.<sup>45</sup> The ECtHR once again underlined the importance of 'positive obligations' of the state by requiring the state to provide more adequate information.<sup>46</sup> In relation to this case, Hilson claims that specific information about the risk, i.e. the possible methane explosion, had to be given when the slum dwellers were making their choice around the landfill site.<sup>47</sup> The decision of the Court and Hilson's argument show that access to environmental information is one of the pillars of procedural environmental rights and also a fundamental requirement of EJ.<sup>48</sup> Although there are no specific environmental rights in the ECHR, the ECtHR contributed to EJ in the above case through Article 2.

Another significant case with regard to environmental rights derived from the right to life is the case of *Budayeva and others v Russia*.<sup>49</sup> The applicants who were the inhabitants of a town named Tyrnauz<sup>50</sup> were the victims of a mudslide.<sup>51</sup> They claimed that Russia had breached Articles 2 and 3 asserting that their relatives had died in the

---

42 Ibid para [71].

43 Ibid para [10].

44 The question of which came first is about the sequence of the siting of hazardous waste landfills and residential areas of coloured people in the US. Some argue that the hazardous waste landfills were first established then black people moved there, while others claim that the landfills were later founded in the areas where black people lived. See BEEN, Vicki "Locally Undesirable Land Uses in Minority Neighborhoods: Disproportionate Siting or Market Dynamics", *The Yale Law Journal* 1383, Year: 1994, Volume: 103, No: 6, (pp. 1383 - 1422).; BULLARD, 2000.

45 *Oneryildiz* para [86].

46 Ibid para [90].

47 HILSON, Christopher "Risk and the European Convention on Human Rights: Towards a New Approach", *Cambridge Yearbook of European Studies*, Year: 2008-2009, Volume: 11, (pp. 353 - 375).

48 Access to environmental information is one of the three principles of the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), and to get adequate environmental information is vital for the achievement of EJ.

49 App no 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02 (ECtHR, 20 March 2008).

50 Ibid para [13].

51 Ibid para [14].



mudslide due to the lack of positive action by the state.<sup>52</sup> The ECtHR found a violation of the right to life.<sup>53</sup>

The case of *Budayeva and others v Russia* shows how the ECtHR can achieve E.J. There are several reasons why this case contributed to E.J. Firstly, the ECtHR considered the importance of access to information in this case as already developed in *Oneryildiz v Turkey* case. The applicants asserted that no warning in a way that everyone could understand was given.<sup>54</sup> Although there was a central warning system, as the Government claimed, the town in which the applicants lived was not covered by this system.<sup>55</sup> They further claimed that there were no signs or similar warnings in the area to inform them.<sup>56</sup> Secondly, it would seem that the Government remained knowingly silent about the disaster. The Mountain Institute and the Head of the Elbrus District Administration had warned the Minister and the Prime Minister of the KBR a few times about the forthcoming disaster.<sup>57</sup> Consequently, the ECtHR held that the Government should have taken appropriate measures to inform the public by way of warnings before the disasters occurred and that the measures taken by the government had to cover inherent risks as well.<sup>58</sup> As can be seen, the approach of the Government towards the protection of the local people from an environment-related problem was not fair and the burdens of environmental problems were imposed on the people in Tyrnauz.

### **b. The Cases under the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8)**

Article 8 of the ECHR, together with Article 2, has also been invoked to protect environmental rights and the quality of the environment.<sup>59</sup> However, because Article 8 does not include any specific references to the environment, it does not cover any environmental case and issue.<sup>60</sup> Article 8 can only be invoked if environmental factors directly and significantly interfere with 'private life', 'family life' and 'home'.<sup>61</sup> The ECtHR firstly takes into account a 'causal link' between an environmental factor concerned and its negative effect on persons, and then examines whether a 'certain threshold of harm' has been met.<sup>62</sup> The cases decided under Article 8 generally concern noise pollution, 'airborne pollutants' and 'hazardous waste'.<sup>63</sup>

---

52 Ibid para [26].

53 Ibid para [205].

54 Ibid para [29], [63], [72], [81].

55 Ibid para [125].

56 Ibid para [126].

57 Ibid [148].

58 Ibid [131], [132], [152].

59 DEMERIEUX, 2001, p. 561.

60 The Council of Europe (CoE), **Manuel on Human Rights and the Environment**, 2. Edition, 2012, p. 45.

61 CoE, 2012, p. 45.

62 CoE, 2012, p. 45 - 46.

63 Justice and Environment, **Human Rights and the Environment: The Case Law of the European Court of**

The cases concerning hazardous waste and industrial pollution will first be assessed because their content is closely connected with EJ. For instance, the case of *López Ostra v Spain*<sup>64</sup> was the first case in which the ECtHR found a violation of Article 8 in the context of the environment.<sup>65</sup> This case was brought by an applicant living in the town (Lorca) against Spain on the basis that the officials failed to prevent the operation of an illegal waste treatment plant which was built next to the applicant's home.<sup>66</sup> In spite of the experts' reports proving the risks of the plant<sup>67</sup> and the margin of appreciation given to the state, Spain failed to 'strike a fair balance' between the applicant's rights and the interests of the town.<sup>68</sup> The fact that the victims were local people enables this case to be assessed in the context of EJ. As mentioned above, the Spanish Constitution<sup>69</sup> contains a provision to protect the environment for the development of people. Nevertheless, the state gave priority to economic interests and did not strike a fair balance between these interests and the welfare of local people<sup>70</sup> which is important for EJ.

Similarly, the case of *Guerra and others v Italy*<sup>71</sup> was a similar environmental case which could be evaluated in terms of EJ. As in *López Ostra*, the applicants were residents of a town which was about one kilometre away from a chemical factory.<sup>72</sup> The factory was similarly confirmed to emit detrimental gases which posed a 'high risk' to the health of the local people.<sup>73</sup> There are two issues that should be examined here in the context of EJ. First, even though there was a provision as to the access to environmental information in domestic law and in the Council of Europe Resolutions,<sup>74</sup> the officials failed to provide adequate information. Second, despite an explosion in 1976 affecting 150 people,<sup>75</sup> local people had been subjected to unhealthy living conditions until 1994 when the factory was closed.<sup>76</sup> Therefore, the ECtHR decided that the state had failed to comply with its positive obligation to preserve local peoples' families, private life and homes under Article 8.<sup>77</sup>

---

**Human Rights in Environmental Cases**, Brno, 2011.

64 App no 16798/90 (ECtHR, 09 December 1994).

65 DEMERIEUX, 2001, p. 529.

66 *LópezOstra v Spain* para [7].

67 *Ibid* para [11], [18].

68 *Ibid* para [58].

69 See 2 above.

70 *Ibid*.

71 App no 116/1996/735/932 (ECtHR, 19 February 1998).

72 *Ibid* para [12].

73 *Ibid* para [13].

74 *Ibid* para [29], [34].

75 *Ibid* para [57].

76 *Ibid* para [18].

77 *Ibid* para [60].

Another case, that of *Taskin v Turkey*<sup>78</sup> is a clear example of how a state ignored the interests of local people in the light of general economic interest, and how the ECtHR dealt with this. The applicants were villagers who were opposed to permission which was given for the operation of a gold mine using cyanide in Bergama, Izmir.<sup>79</sup> The ECtHR concluded that there was a violation of Article 8.<sup>80</sup> However, the legal process before the ECtHR was not straightforward. The permission required for the operation of the gold mine was first granted in 1989<sup>81</sup> yet it had been cancelled by the Supreme Administrative Court in 1997.<sup>82</sup> However, the necessary permissions were granted for the operation of the mine with the help of the Prime Minister and the Ministry of Environment based on a report of the TUBITAK (specialized agency) in 2000.<sup>83</sup> The efforts of the Prime Minister to enable the mine to operate after the decision of the Supreme Court had been regarded as unlawful and defined as a resistance against law by Azrak.<sup>84</sup> The decision of the Turkish Council of Ministers in allowing the operation of the gold mine was not made public in 2002.<sup>85</sup> This decision conflicted with the importance of a right of access to information which is a requirement for EJ. This case is important for EJ because the ECtHR takes into account the Aarhus Convention and Article 10 of the Rio Declaration on Environment and Development.<sup>86</sup> The Aarhus Convention refers to the Rio Declaration when requiring access to information.<sup>87</sup> The ECtHR has assessed the Supreme Court's decision emphasising that geographical proximity of the mine to the area where people lived posed a threat for peoples' rights,<sup>88</sup> and concluded that the applicants' right to respect for private and family life in Article 8 had been violated.<sup>89</sup>

Despite the decisions of the ECtHR and the domestic courts, the gold mine had been actively operated until 2009.<sup>90</sup> The people of Bergama have played a vital role in winning victories in the ECtHR and in the domestic level against the gold mine as stressed by Coban.<sup>91</sup> The resistance of the local people in *Taskin v Turkey* who tried

78 App no 46117/99 (ECtHR, 10 November 2004).

79 Ibid para [11], [17].

80 Ibid para [126].

81 *Taskin* para [14].

82 Ibid [26].

83 Ibid [45], [46].

84 HORUS, Mehmet "20. Yilinda Bergama Davasi", *Elektrik Muhendisligi*, Year: 2009, Number: 436, (pp. 80 - 83).

85 Ibid para [75].

86 Ibid para [98], [99].

87 Ibid.

88 Ibid para [112].

89 Ibid para [126].

90 HORUS, 2009, p. 83.

91 COBAN, Aykut "Community-based Ecological Resistance: The Bergama Movement in Turkey", *Environmental Politics*, Year: 2004, Volume: 13, Number: 2, (pp. 438 - 460).

to prevent the unequal distribution of environmental burdens resembles an early US case, *CANT v LES*,<sup>92</sup> which was decided in favour of EJ defenders. Just as with Warren County,<sup>93</sup> Bergama has become a symbol of resistance.<sup>94</sup>

Finally, the ECtHR decided the cases of *Powell and Rayner v the UK*<sup>95</sup> and *Hatton and others v the UK*<sup>96</sup> under Article 8. Both of the applications were filed by applicants that resided near Heathrow Airport and both complained about noise pollution from flights above a certain acceptable level of noise pollution.<sup>97</sup> For EJ, it is important to analyse whether the airport was deliberately built in the area where the applicants lived and what made the cases different from the cases discussed above. The airport was built in 1946 and expanded with the growing demand for air transport.<sup>98</sup> Night flights, which had been main cause of noise pollution, had been reduced at certain times in 1988, 1993 and 1998.<sup>99</sup> Furthermore, in contrast to installations and factories which damage people who are within the context of EJ, the airport is important not only for the UK's economy more generally, but also for the employment of workers on a large scale.<sup>100</sup> Therefore, the ECtHR did not find a violation of Article 8 in these two cases.<sup>101</sup> The Court took into account the margin of appreciation of the state in striking a fair balance between interests of individuals and community.<sup>102</sup> More recently, in a similar case, *Bor v Hungary*,<sup>103</sup> the ECtHR found in favour of the applicant.<sup>104</sup> The ECtHR in this case emphasised the inadequacy of the domestic law and stressed the importance of fair balance once again.<sup>105</sup> When comparing the cases of *Bor v. Hungary* and the above cases filed against Heathrow Airport, it can be seen that the size of the enterprise is relevant in striking a fair balance. The ECtHR underlined the significance of measures which the

---

92 *CANT v LES* 45 NRC 367 (1997). This case was the first case concluded in favour of EJ defenders. It was a struggle between Louisiana Energy Service (LES), which tried to construct a uranium enrichment plant in a rural area where poor-black people lived in Louisiana, and Citizens Against Nuclear Trash (CANT). Even though LES's research determined this poor-black area as the 'best place' for the uranium enrichment plant, the Nuclear Regulatory Commission (NRC) found that 'racial bias played a part in the selection process.' Dr. Bullard as an intervenor witness in this case played a significant role in the achievement of this success by revealing 'institutionalized racism' in his statistical analysis.

93 Warren County is the symbol of EJ defenders in the US because the first demonstration against hazardous-wastes in the US had taken place in Warren County. See BULLARD, 2000, p. 14.

94 HORUS, 2009, p. 83.

95 App no 9310/81 (ECtHR, 21 February 1990).

96 App no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003).

97 *Powell and Rayner v the UK* para [8]; *Hatton and others v the UK* para [11].

98 *Powell and Rayner v the UK* para [11].

99 *Hatton and others v the UK* para [29].

100 *Powell and Rayner v the UK* para [12].

101 *Ibid* para [46]; *Hatton and others v the UK* para [130].

102 *Hatton and others v the UK* para [98], [100].

103 App no 50474/08 (ECtHR, 18 June 2013).

104 *Ibid* para [28].

105 *Ibid* para [24], [26], [27].

domestic courts had to take for the prevention of 'disproportionate individual burdens' in *Bor v Hungary*<sup>106</sup> while it had not emphasised individual burden and held that a fair balance between competing interests had been struck in the *Heathrow Airport* cases.

### c. Other Relevant Rights for EJ

Apart from Articles 2 and 8, the applicants in environmental cases have also alleged the violation of other fundamental rights under the ECHR. For example, the right to a fair trial is one of the civil rights which can be invoked in environmental cases and in indigenous complaints, which will be discussed under the next heading.<sup>107</sup> The right to a fair trial is important in the determination of 'civil rights' and liabilities, and 'criminal charges' against persons. This right under Article 6 can also be invoked in environmental cases in which people are subjected to environmental burdens.

More importantly, Article 10 of the ECHR is also a vital right which can be invoked in environmental cases.<sup>108</sup> Nevertheless, Article 10 does not promote 'access to information'<sup>109</sup> as fully as the Aarhus Convention. *Guerra and others v Italy* was an example in which the applicants alleged the violation of Article 10.<sup>110</sup> However, 'freedom to receive information' does not require positive obligations, and therefore Article 10 was not taken into consideration in this case.<sup>111</sup> Article 13 (Right to an Effective Remedy) is another significant right in terms of 'access to justice'<sup>112</sup> and naturally for those who are seeking EJ. Furthermore, Article 1 of Protocol 1 of the ECHR which provides 'protection of property' can be invoked as seen in the case of *Oneryildiz v Turkey*.<sup>113</sup>

In sum, the cases regarding the right to life, including *Oneryildiz v Turkey*<sup>114</sup> and *Budayeva and others v Russia*<sup>115</sup> showed that even though the ECtHR had not mentioned an obvious 'institutional discrimination' or a similar expression, or environmental injustices explicitly, the party states had shown negligence in the protection of people's lives. The failures of the states have therefore caused the unequal distribution of environmental burdens. In contrast, the ECtHR has referred to the importance of a 'fair balance' between the interests of individuals and community and the margin of appreciation in the event that comprehensive economic concerns are in question as seen in the *Powell*

106 Ibid para [27].

107 KOIVUROVA, Timo "Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Reteospect and Prospect", *International Journal on Minority and Group Rights*, Year: 2011, Volume: 18, (pp. 1-37).

108 SHERLOCK and FRANCOISE, 1999, p. 20.

109 SHERLOCK and FRANCOISE, 1999, p. 20.

110 *Guerraandothers v Italy* para [47].

111 Ibid para [53], [54].

112 KUIJER, Martin, "Effective Remedies As A Fundamental Right", **Seminar On Human Rights and Access to Justice in the EU** (April 2014).; See also *Oneryildiz*.

113 *Oneryildiz* (n 38) para [119].

114 Ibid.

115 *Budeyeva*.

and *Rayner v the UK*<sup>116</sup> and the *Hatton and others v the UK*.<sup>117</sup> However, the result of *Bor v Hungary* contrasts with the result of *Heathrow* and demonstrates how the economic size of an organisation can impact on the determination of 'fair balance'.

#### 4. Has the ECtHR Taken into Consideration 'Indigenous People' and the 'Have-nots' When Environmental Cases Are in Question?

Racial groups, indigenous people, minorities and the have-nots as target groups of EJ are the ones which might easily be more affected by environmental degradations than economically developed groups as mentioned above.<sup>118</sup> There are legal differences between the definitions of the above terms describing specific groups of people.<sup>119</sup> However, what is important here is to show their general vulnerability within the context of EJ and the case law of the ECtHR.

At an international level, Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities and the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention protect minorities and indigenous people. At a regional level, the CoE has two important documents in this regard: the European Charter for Regional or Minority Languages and The Framework Convention for the Protection of National Minorities. Most importantly, Protocol 12 to the ECHR (the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) can be accepted as an important development in this respect.<sup>120</sup> Although Article 14 of the ECHR (Prohibition of Discrimination) seems effective in protecting minorities, it guarantees the non-discrimination in the enjoyments of the rights under the ECHR, and therefore it is not an 'independent right' as pointed out by *Koivurova*.<sup>121</sup> Nonetheless, Article 8 of the ECHR plays an important role for the preservation of 'minorities' life style' as concluded by the European Commission.<sup>122</sup>

However, the ECtHR has not decided any cases which can be accepted as 'landmark' cases for the benefit of indigenous people.<sup>123</sup> The case of *G. and E. v. Norway*,<sup>124</sup> for example, showed that traditional lifestyles of indigenous people can be protected under Article 8. However, the European Commission held that some part of the land in which indigenous people lived could be sacrificed in the name of the economic wellbeing of

---

<sup>116</sup> *Powell*.

<sup>117</sup> *Hatton*.

<sup>118</sup> See 1 above

<sup>119</sup> FRESA, Lucia, "A New Interpretation of the Term 'Indigenous People': What Are the Legal Consequences of Being Recognised as 'Minorities' Instead of as 'Indigenous People' For the Indigenous People of the World?" *Centro Italiano Studi Per La Pace* (1999-2000).

<sup>120</sup> KOIVUROVA, 2011, p. 29.

<sup>121</sup> KOIVUROVA, 2011, p. 29.

<sup>122</sup> KOIVUROVA, 2011, p. 25.

<sup>123</sup> KOIVUROVA, 2011, p. 3.

<sup>124</sup> App no 9278/81 and 9415/81 (ECtHR, 3 October 1983).

the country.<sup>125</sup> Similarly, *Noack and others v. Germany*<sup>126</sup> also supports the above argument that the protection of indigenous people under the ECHR is not adequate. The applicant alleged that the relocation of their village because of the creation of a lignite mine would damage their community, culture and basic assets.<sup>127</sup> They made an application under Articles 8 and 14, Article 1 of Protocol 1, Article 2 of Protocol 4 and Article 9.<sup>128</sup> However, the Court decided that the new area chosen for the people was only 20 kilometres away and this relocation would not have a major effect on their lifestyles.<sup>129</sup> It declared that the application was inadmissible.<sup>130</sup> As can be seen in these two cases, the ECtHR and the Commission make decisions in favour of the economic well-being of the party states in spite of their negative environmental damage as indicated by Shelton.<sup>131</sup>

Environmental rights recognised in the African and Inter-American system have contributed to embracing the 'holistic nature of the land and environmental rights' of the minority groups.<sup>132</sup> The Inter-American Court of Human Rights in *Maya Indigenas*<sup>133</sup> emphasised the importance of the aforesaid ILO Convention although the state concerned (Belize) was not party to the ILO Convention.<sup>134</sup> Because the protection of indigenous people is one of EJ's concerns, the two regional systems, the Inter-American and the African systems, are effective in this respect. However, the absence of an environmental right in the ECHR leads such a holistic approach not to be adopted for the preservation of land-environmental rights of indigenous people. *G. and E. v. Norway* and *Noack and others v. Germany* also demonstrate the inadequacy of the ECtHR in the context of this holistic approach.

## 5. How Can Environmental Justice Be Sustained in the European System?

The adoption of a new protocol to the ECHR will substantively help in the protection of the environment and for those who are exposed to the side effects of environmental degradation mainly based on human activities. The question of adopting a new protocol to the ECHR as to environmental rights has received extensive treatment in the scholarly literature. Nevertheless, it seems that such a protocol will not be adopted. It is, therefore,

---

125 SHELTON, Dinah, "Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies1" **Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar** (January 2002), Geneva.

126 App no 46346/99 (ECtHR, 25 May 2000).

127 Ibid.

128 Ibid.

129 Ibid.

130 Ibid.

131 SHELTON, 2002.

132 HULME, Karen, "International Environmental Law and Human Rights", **Routledge Handbook of International Human Rights Law**, (Ed. S. Sheeran and N. Rodley), Routledge, 2013.

133 *Maya Indigenous Community of the Toledo District v Belize* [2004] IACHR Case 12.053 Report No 40/0.

134 **Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System**, <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncstralLands.pdf> (Access date 31.08. 2014).

important to note that the existing fundamental rights under the ECHR are the only arguments which can be used to protect the environment and its inhabitants. Indeed, these existing rights and freedoms under the ECHR overlap with the main concerns of EJ, such as 'public health' and 'dwelling'.<sup>135</sup> As discussed above, Articles 2 and 8 are the rights under the ECHR which have been mostly invoked in the environmental cases.<sup>136</sup>

Accordingly, the fact that the 'ECHR is a living instrument', its interpretation in accordance with the 'present-day conditions'<sup>137</sup> shows the effectiveness and flexibility of the ECHR. The usage of the Aarhus Convention by the ECtHR in its case law is a clear example that the ECHR is a living instrument. Protocol 12 to the ECHR is also an important step to counter potential discrimination of minorities and other vulnerable people. However, the doctrine of the margin of appreciation and attempts to strike a fair balance between interests of the community and individuals may sometimes cause disruption to the maintenance of EJ as seen in the cases of *Hatton, G. and E. v. Norway* and *Noack and others v. Germany*.

Strengthening the protection of indigenous people and others who have been negatively influenced by environmental damage is vital.<sup>138</sup> As Boyle states,<sup>139</sup> existing human rights law should consider the protection of the environment and the maintenance of sustainable development, which aims to balance the environment and economic concerns. In order to make the ECHR/ECtHR more effective in the context of EJ, indigenous people and the environment together should be effectively taken into account. Expecting for an additional protocol to the ECHR about the environment cannot, of course, be a rational offer, or judging party states to the ECHR why they do not be a party to an environment related international treaties. These kinds of statements cannot go beyond suggestions and not be acceptable in terms of legal context. Yet, the ECtHR may approach to EJ related cases and be much more careful when "striking a fair balance" between the interests of complainant and general interest in a sensible way.

## Conclusion

The American human rights system and its components firstly came across environmental discrimination as a result of extreme racial and economic differences among people within its territory. The system has therefore updated itself so as to reduce such kinds of discrimination in the society otherwise the situation could have been worsening the rights of people. Protests against environmental discriminations and cases opened against those who had intentionally caused environmental injustices has created and

135 BULLARD, Robert D. / JOHNSON G. / WRIGHT, H. "Confronting Environmental Injustices: It's Right Thing To Do", *Race, Gender & Class*, Year: 1997, Volume: 5, Number: 1, (pp. 63 - 79).

136 See 3 above.

137 LETSAS, George, **The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy**, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2021836](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836) (Access date 29.08. 2014).

138 BOYLE, Alan "Human Rights and the Environment: Where Next?", *The European Journal of International Law*, Year: 2012, Volume: 23, Number: 3, (pp. 613 - 642).

139 BOYLE, 2012, p. 625.; See also *Taskin*.



awareness in the US over the last thirty years. Nonetheless, the situation in Europe has been different, race has not been a factor leading to a tremendous environmental injustices. Comprehensive legal regulations have not been needed by the Europeans in terms of EJ. The ECHR and the Court have encountered the environment related cases and tried to solved them by referring related rights such as, the right to life (article 2) and the right to respect for private and family life (article 8). The Court has also cited relevant international agreements which signed by the party states in environment related cases because the Court calls the ECHR as "a living instrument".

Both local judicial bodies and human rights mechanism in the American system have interested in the reduction of environmental injustices so they are familiar to the concept of EJ. However, the fact that race is not a clear factor causing discrimination in the European system constrains the concept (EJ) to be used in legal cases. This study investigated whether the ECtHR as an important element for European human rights system has ever mentioned environmental injustices or environmental discrimination in its case law. It is found in the examination of the above cases held by the ECHR that the concept of EJ or environmental injustices/discrimination have not been expressed. Even though some of the above cases have shown that plaintiffs were physically injured by the defendants' actions or inactions of the party states, a systematic environmental injustices or discrimination have not been found by the ECtHR. Demographic structure in Europe is not the same as in the US. Thus, race has not been a characteristic feature of environmental injustices although economic reasons have occasionally caused some inequalities in the European system.

---

## BIBLIOGRAPHY

---

- BEEN, Vicki "Locally Undesirable Land Uses in Minority Neighborhoods: Disproportionate Siting or Market Dynamics", *The Yale Law Journal* 1383, Year: 1994, Volume: 103, No: 6, (pp. 1383 - 1422).
- BOYLE, Alan "Human Rights and the Environment: Where Next?", *The European Journal of International Law*, Year: 2012, Volume: 23, Number: 3, (pp. 613 - 642).
- BOYLE, Alan "Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment", *Fordham Environmental Law Review*, Year: 2007, Volume: 18, (pp. 471 - 511).
- BULLARD, Robert D. / JOHNSON G. / WRIGHT, H. "Confronting Environmental Injustices: It's Right Thing To Do", *Race, Gender & Class*, Year: 1997, Volume: 5, Number: 1, (pp. 63 - 79).
- BULLARD, Robert D., **Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality**, 3. Edition, Westview Press, 2000.
- BULLARD, Robert D "Environmental Justice For All: It's The Right Thing To Do", *J.Envntl.L.&Litig*, 1994, 9, (pp. 281-308).
- BULLARD, Robert D / JOHNSON G. "Environmental Justice: Grassroots Activism and Its Impact on Public Policy Decision Making", *Journal of Social Issues*, 2000, 56, 3, (pp. 555-578).
- CHURCILL, Robin R., "Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties", *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Ed. A. Boyle and M. Anderson), Clarendon Press, 1998.
- COBAN, Aykut "Community-based Ecological Resistance: The Bergama Movement in Turkey", *Environmental Politics*, Year: 2004, Volume: 13, Number: 2, (pp. 438 - 460).
- ÇAĞLAYAN, Sezai, **An Assessment of the Concept of Environmental Justice within the Context of the Case Law of the European Court of Human Rights**, Unpublished Post Graduate Thesis, Leicester, University of Leicester Law School, 2014.
- DEMERIEUX, Margaret "Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Oxford Journal of Legal Studies*, Year: 2001, Volume: 21, Number: 3, (pp. 521 - 561).
- DINSTEIN, Yoram "Collective Human Rights of Peoples and Minorities", *International and Comparative Law Quarterly*, Year: 1976, Volume: 25, Number: 1, (pp. 102 - 120).
- FERIS, Loretta "Constitutional Environmental Rights: An Under-Utilized Resource", *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, Year: 2008, Volume: 24, Number: 1, (pp. 29 - 49).
- FRESA, Lucia, "A New Interpretation of the Term 'Indigenous People': What Are the Legal Consequences of Being Recognised as 'Minorities' Instead of as 'Indigenous People' For the Indigenous People of the World?" **Centro Italiano Studi Per La Pace** (1999-2000).
- GEARTY, Conor "Do Human Rights Help or Hinder Environmental Protection", *Journal of Human Rights and the Environment*, Year: 2010, Volume: 1, Number: 1, (pp. 7 - 22).
- GERRARD, Michael B / FOSTER, Sheila R., *The Law of Environmental Justice Theories and Procedures to Address Disproportionate Risks*, 2. Edition, American Bar Association, Chicago, 2008.
- GREER, Steven, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights**, Human Rights Files no 17, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- HILSON, Christopher "Risk and the European Convention on Human Rights: Towards a New Approach", *Cambridge Yearbook of European Studies*, Year: 2008-2009, Volume: 11, (pp. 353 - 375).
- HORUS, Mehmet "20. Yilinda Bergama Davasi", *Elektrik Muhendisligi*, Year: 2009, Number: 436, (pp. 80 - 83).
- HULME, Karen, "International Environmental Law and Human Rights", **Routledge Handbook of International Human Rights Law**, (Ed. S. Sheeran and N. Rodley), Routledge, 2013.
- Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System**, <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/docs/pdf/AncestralLands.pdf> (Access date 31.08. 2014).

- JOSE Daniel G S., **Environmental Protection and the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2005.
- Justice and Environment, **Human Rights and the Environment: The Case Law of the European Court of Human Rights in Environmental Cases**, Brno, 2011.
- KOIVUROVA, Timo "Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Reteospect and Prospect", *International Journal on Minority and Group Rights*, Year: 2011, Volume: 18, (pp. 1-37).
- KUIJER, Martin, "Effective Remedies As A Fundamental Right", **Seminar On Human Rights and Access to Justice in the EU** (April 2014).
- LETSAS, George, **The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy**, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2021836](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836) (Access date 29.08. 2014).
- MOECKLI, Daniel / SHAH, Sangeeta / SIVAKUMARAN, Sandesh / HARRIS, David, adr., **International Human Rights Law** OUP, 2010.
- PEDERSEN, Ole W. "The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law", *European Public Law Year: 2010*, Volume: 16, Number: 4, (pp.571 - 607).
- SANDS, Philippe, **Principles of International Environmental Law**, 3. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- SHELTON, Dinah "Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment", *Stan. J. Int'l L.*, Year: 1991-1992, Volume: 28, (pp. 103 - 133).
- SHELTON, Dinah, "Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies!" **Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar** (January 2002), Geneva.
- SHERLOCK, Ann / JARVIS, Françoise "The European Convention on Human Rights and the Environment", *E.L. Rev Supp*, Year: 1999, Volume: 24, (pp. 15 - 29).
- The Council of Europe (CoE), **Manuel on Human Rights and the Environment**, 2. Edition, 2012.

---

## CASES FROM THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

---

- Arrondelle v. the United Kingdom* App no 7889/77 (European Commission, 15 July 1980).
- Baggs v. the United Kingdom* App no 9310/81 (European Commission, 19 January 1985).
- Guerra and others v Italy* App no 116/1996/735/932 (ECtHR, 19 February 1998).
- Budayeva and others v Russia* App no 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02 (ECtHR, 20 March 2008).
- Powell and Rayner v the UK* App no 9310/81 (ECtHR, 21 February 1990).
- LópezOstra v Spain* App no 16798/90 (ECtHR, 09 December 1994).
- Noack and others v. Germany* App no 46346/99 (ECtHR, 25 May 2000).
- Hatton and others v the UK* App no 36022/97 (ECtHR, 8 July 2003).
- Taskin v Turkey* App no 46117/99 (ECtHR, 10 November 2004).
- Oneriyildiz v Turkey* App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004).
- Bor v Hungary* App no 50474/08 (ECtHR, 18 June 2013).
- G. and E. v. Norway* App no 9278/81 and 9415/81 (ECtHR, 3 October 1983).

---

## CASES FROM OTHER JURISDICTIONS

---

- CANT v LES 45 NRC 367* (1997).
- Maya Indigenous Community of the Toledo District v Belize* [2004] IACHR Case 12.053 Report No 40/04.



# Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı ve Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu

Hakemli Makale

## Muhammed Sabır FIRAT

Avukat, Ankara Barosu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

Lawyer, Ankara Bar Association, Kırıkkale University Institute of Social Sciences Department of Public Law Master's Degree Student.

## İÇİNDEKİLER

I. Devlet . . . . .	102
II. İnsan Hakları . . . . .	104
A. Genel Olarak . . . . .	104
1) Birinci kuşak haklar: . . . . .	105
2) İkinci Kuşak Haklar: . . . . .	105
3) Üçüncü Kuşak Haklar: . . . . .	105
B. İnternet Ortamında İnsan Hakları . . . . .	106
III. Kişilik Hakları . . . . .	107
A. Kişilik Haklarının Korunması . . . . .	108
B. İnternet Üzerinden Kişilik Haklarına Saldırı . . . . .	109
C. Kişilik Hakkı İhlalleri Korunma Yolları . . . . .	111
Sonuç . . . . .	113

## ÖZET

Günümüz dünyasında internet, insanların hayatına ve yaşam biçimlerine yön veren bir duruma gelmiştir. İnternet şahıslar kadar devletler içinde bir gereksinim olmuştur. İnternetin kontrolsüz gelişimi ile birlikte insan hakları ve kişilik haklarının korunması sorun haline gelmiştir. Bu çalışmada ilk olarak Devlet ve Hukuk Devleti kavramları incelenmiştir. Sonrasında İnsan Hakları ve İnternet Ortamında İnsan Hakları hakkında malumat verilmiştir. Ayrıca Kişilik Hakları, Kişilik Haklarının Korunması, günümüz dünyasında uluslararası bir sorun haline gelmiş olan; İnternet Üzerinden Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu ve Kişilik Hakkı İhlalleri Korunma Yolları işlenmiştir. Bu çalışmanın bir amacı da, internetin hukuk alanında yarattığı sorunların ve sonuçların değerlendirilebilmesinde az da olsa bir katkıda bulunabilmesidir.

**Anahtar Kelimeler:** Devlet ve Hukuk Devleti, Kişilik Hakkı, İnsan Hakları, İnternette İnsan Hakları, İnternette Kişilik Haklarına Saldırı.

---

**ABSTRACT**


---

In today's world internet has become a status that shapes people's life and their lifestyles. Internet has become a necessity for states as much as people have. Along with the uncontrolled development of internet, the protection of human rights and personal rights has become an issue. In this study, first of all the concepts of State and State of Law are examined. After then the information about Human rights and Human Rights in the Environment of Internet is given. In addition, Personal Rights, The Protection of Personal Rights, The Problem of Attack on Personal Rights over the Internet, which has, become an international issue in today's world, and The Ways of Protection of Personal Rights violations are processed. One of the aims of this study is that at the least making contribution to the evaluation of problems and outcomes which internet creates in the field of law.

**Key Words:** State and State of Laws, Personal Right, Human Rights, Human Rights on the Internet, Attack on Personal Rights on the Internet.

## I. Devlet

*"Devlet, en üstün hayır, en yüksek kemal ve en yüksek saadete kendisi ile ulaşılan, kendi kendine yeten bir birliktir."* Farabi

Devlet, üzerine pek çok farklı görüş belirtilmiş olsa da en genelde Jellinek'in "*Üç Unsur Teorisi*" diye bilinen teoriye göre yapılmış olan tanımdır. Bu teoriye göre devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olan belirli bir insan topluluğunun oluşturduğu bir varlıktır<sup>1</sup>. İlkel toplumlardan, günümüz toplumlarına kadar gelişen insan nüfusu, aralarında işbölümü, işbirliği ve dayanışma yolu ile devlet denilen örgütlenmeyi gerçekleştirmiştir. Önceleri, aile, sülale, kabile, köy, kasaba, şehir toplumlarının örgütlenerek giderdiği ortak ihtiyaçlar, günümüzde büyümüş toplumların, şehirlerden oluşan karmaşık yapılarını yönetmek için oluşturulmuş "Devlet" denilen büyük örgütler tarafından karşılanmaktadır.

Bugünkü anlamı ve unsurlarıyla devletin, ancak on beşinci ve on altıncı yüzyıllar içinde ortaya çıktığı görülmektedir. Gerçekten devlet denince belli sınırlar içinde yerleşmiş bir insan topluluğu, istikrarlı bir siyasal örgüt ve kurumsallaşmış bir iktidar anlıyorsak, bu nitelikleri kapsayan kuruluşları görebilmek için çok eski tarihlere gidilememektedir. Devlet kelimesinin batı dillerindeki karşılığının (*status, stato, etat, state*) kullanılmaya başlaması da on altıncı yüzyıla rastlar. Ondan önce '*polis, civitas, respublica, regnum*' gibi terimler kullanılmıştır<sup>2</sup>.

Devlet kelimesi Türkçeye Arapça "*Devl*" (el değiştirme, elden ele geçme) kelimesinden geçmiştir<sup>3</sup>. Başlangıçta bir hükümdar veya hükümdar ailesine ait hâkimiyet ve saltanat manasını ifade ettikten sonra, ülkeyi içine alan ve soyut manada hâkimiyet, saltanat manasını almıştır.

---

1 GÖZLER Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Yay, 2007, s.4.

2 KAPANİ Münci, Politika Bilimine Giriş, 5. Baskı, Bilgi Yay, 1989 s.20-21.

3 TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 13.Bası s.114.

Günümüzde dünya üzerinde 206 devlet bulunmaktadır. Bunlardan 193'ü uluslararası alanda tanınan devletlerdir. Geçmişten bugüne kadar devletler değişik biçimlerde oluşmuştur. Devletler de birer beşerî kuruluş olarak, kendilerini oluşturan insanlar misali, doğarlar, büyürler ve bir gün ölürler.

### Hukuk Devleti

Hukuk Devleti kavramı, Anglosakson terminolojisinde "hukukun üstünlüğüne dayalı devlet" veya "hukukun hükümlerine dayalı devlet" olarak adlandırılırken, Kıta Avrupa'sında Almanya'dan yayılıp benimsenen "hukuk devleti" kavramı ile adlandırılmaktadır.<sup>4</sup>

Hukuk devleti kavramının eskiye dayan bir geçmişi yoktur. 19. Yüzyıl başlarında Alman hukuk çevresinde ortaya çıkmıştır.<sup>5</sup> Dünyada hukuk devleti terimi ilk defa 1946 yılında Baviera Anayasası'nda yer almıştır. Siyaset bilimine ilişkin yazılarda, Hukuk Devleti kavramına ilk kez 18. yüzyılın sonunda rastlanır. Ancak, Hukuk Devleti terimi yeni olsa bile bu yönde eski çağ döneminde de bazı talep ve düşünceler ileri sürülmüş ve kısmen de gerçekleşebilmiştir.

"Hukuk devleti genel anlamda yönetenlerin ya da siyasal iktidar sahiplerinin keyfi eylem ve işlemlerine karşı yönetilenlere hukuksal güvenceler sağlayan bir devlet tipi", "temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alındığı ve kişilere hukuksal teminat sağlayan devlet", "hukuk çerçevesinde yönetim kısaca hukuka dayanarak ve hukuk sayesinde var olan devlet/yönetim", "vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır" gibi birçok şekilde tanımlanmıştır.<sup>6</sup>

Hukuk devleti, hukuk dilinde, polis devletinin karşıtı olarak tanımlanmaktadır. Hukuk Devleti, egemenliğin kişilerden uluslara geçmesi ve çeşitli kurumlar eliyle kullanılması yanında, hukuk kurallarının onu koyanlar da dâhil olmak üzer her kişi ve kuruluşu bağlamasını ifade etmektedir.<sup>7</sup>

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği birçok kararda hukuk devletini tanımlamak için şu formülü kullanmaktadır:

"Hukuk devleti, her eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir."<sup>8</sup>

4 ALTINTAŞ Hakan, "Hukuk Devleti İlkesinin İşlerliği Açısından Türk Kamu Yönetimi Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Bölgesel Sorunlar ve Türkiye, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2008, s.208.

5 HATEMİ Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul, 1989, s.7.

6 ALTINTAŞ, age.

7 ÇAĞLAYAN Ramazan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II Sayı: 1 Yıl: 1998, s.42.

8 E: 85/31, K: 86/11, 27.3.1986 TK., için bkz. AMKD., sy.22, s.120.

Hukuk devleti, hukuka bağlı olan devlet demek olduğuna ve devlet de, yasama, yürütme ve yargı organlarından oluştuğuna göre, hukuk devletinin üç temel gereği vardır:<sup>9</sup> "Yasama organı hukuka bağlı olmalıdır.", "Yürütme organı hukuka bağlı olmalıdır.", "Yargı organı hukuka bağlı olmalıdır."

Hukuk devletinin dayandığı ilkeler vardır. Bunlar:<sup>10</sup>

- a) "Hukuk devletinin her eylem ve işlemi hukuka uygun olacaktır.
- b) İnsan haklarına saygı gösterecek, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendirecektir.
- c) Her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürecektir.
- d) Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınacak, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayacaktır.
- e) Yargı denetimine açık olacaktır.
- f) Yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında, geçersiz kalacağını bilen Devlet'tir."

Hukuk devleti ilkesi, özünde yönetimin hukukla bağlılığı, yöneticilerin şahsi ve keyfi iradesinin değil, hukukun hâkim olması anlamına gelmektedir. Hukuk devletinden söz edebilmek için genel, soyut, önceden bilinebilir, anlaşılabilir ve istikrarlı kurallardan oluşan bir hukuk düzeni mevcut olmalı ve hukuk kuralları, yönetilenler kadar siyasi iktidarı kullanan devlet organlarını ve yöneticilerini de bağlamalıdır.<sup>11</sup>

## II. İnsan Hakları

### A. Genel Olarak

İnsan hakları, herkesin insan olmaktan kaynaklı olarak sahip olduğu evrensel haklardır. Kaynağını doğal hukuktan alan, kökleri eski Yunan'da Stoacı felsefeye kadar dayanan ve oradan da Ciceron zamanında Roma hukuk felsefesine aktarılan insan hakları, bir devletin yurttaşı olmayı, bir ırkın veya dinin mensubu olmayı aramaksızın, tüm insanların sahip oldukları evrensel nitelikteki haklardandır. Temel ve aynı zamanda devir edilemez nitelikte olan, sivil ve siyasal haklar gibi, sadece yurttaşlara ve belli statülere sahip olan kişilere değil, tüm insanlara ait bulunan insan haklarının tanınması, bu hakların korunması, bu haklara saygılı olunması hukuk devlet olmanın bir diğer koşuludur.

İnsan haklarını çeşitli biçimlerde tanımlamak mümkün olmakla birlikte, en belirgin özelliğini dikkate alan asgarî bir tanım vermek gerekirse, insan haklarının, hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün insanların, sırf insan olmalarından dolayı sahip oldukları haklar olduğu söylenebilir.<sup>12</sup>

Bir hukuk düzenince hukuksal güvenceye bağlanmamış ve hatta bu düzenin normlarıncaya yasaklanmış birtakım tutum ve davranışlar bile insan haklarının kapsamı içinde olabilir.<sup>13</sup>

9 GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 2010, s. 209.

10 AKAD Mehmet - VURAL DİNÇKOL Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 2013, s. 322-323.

11 AKAD - VURAL DİNÇKOL, age. S. 324-325.

12 UYGUN Oktay (2000). "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, Ed: Korkut Tankuter, Yapı Kredi Yayınları, s. 13

13 UYGUN, age., s.14-15.



İnsan Haklarının anayasalarda yer alması 18. ve 19. yüzyıllara rastlar. İnsan haklarını güvence altına alacak temel bir siyasi ve hukuki bir metinle karşılaşmak için 1776'da Amerika'da ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ni ve 1789 Fransız İhtilalini beklemek gerekmiştir.<sup>14</sup>

1776'da ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi İngiltere'den kopmayı hedefleyen bir bildirme olmanın yanında her insanın eşit yaratıldığından ve insanların yaşam, özgürlük ve mutluluğu arama haklarının varlığından bahseden bir belge olması nedeniyle önemlidir. Bildiride, yönetimlerin insanlar tarafından kurulduğu ve amacının da insanların sahip oldukları devredilmez haklarının korunması olduğu da belirtilmektedir.<sup>15</sup> Bunu takip eden 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi bir yandan insan haklarını ilan edip, bunları devlet düzeninin temel hedefleri olarak nitelerken, diğer yandan halk egemenliği ilkesini açıklamış, ayrıca özgürlüklerin yalnızca yasalarla sınırlanabileceğini ve bu yasaların bizzat vatandaşlar ya da onların seçtiği temsilciler tarafından yapılması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>16</sup>

İnsan hakları, tarihsel gelişim süreci açısından incelendiğinde gerek ulusal, gerekse uluslararası literatürde pek çok ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrımların başlıcaları şunlardır:<sup>17</sup>

**1) Birinci Kuşak haklar:** Klasik haklar olarak da adlandırılan birinci kuşak hakların özelliği, bireyi korumaya yönelik (negatif statü hakları) haklar olmasıdır. Devleti sınırlandıran bu haklar, kişiye devletin, toplumun ve üçüncü kişilerin dokunamayacağı özel, bağımsız bir eylem alanı sağlar.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3-21. maddeleri arasında başlıca şöyle sıralanmıştır: Yaşama ve özgürlük hakkı, Kölelik yasağı, İşkence yasağı, Kişi olarak tanınma hakkı, Hukuk önünde eşitlik, Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı, Keyfi tutma yasağı, Adil yargılanma hakkı, Mahremiyet hakkı, Seyahat özgürlüğü, Sığınma hakkı, Vatandaşlık hakkı, Evlenme ve ailenin korunması hakkı, Mülkiyet hakkı, Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, İfade özgürlüğü, Toplanma ve örgütlenme hakkı, Katılma hakkı.

**2) İkinci Kuşak Haklar:** Ekonomik, Sosyal ve Kültürel haklar olarak da nitelendirilen ikinci kuşak hakların doğuşunun temelinde, sanayi devrimi; bu ekonomik ve sosyal dönüşümün yarattığı ve derinleştirdiği sosyal sınıflar arasındaki sosyal eşitsizlikler ve işçi sınıfının bu eşitsizliklere gösterdiği tepki ve eylemler vardır.

İkinci kuşak haklar, başlıca şöyle sıralanabilir: Sosyal güvenlik hakkı, Çalışma, adil gelir ve sendika kurma hakkı, Dinlenme hakkı, Eğitim hakkı, Kültürel yaşama katılma hakkı, Sağlık, beslenme ve konut hakkı, Grev ve toplu sözleşme hakkı.

**3) Üçüncü Kuşak Haklar:** Dayanışma hakları da denilen üçüncü kuşak haklar, belli bir topluluk halinde yaşam anlayışını yansıtır. Hem bireylere, hem de toplumun tümüne

14 ENGİN Zeynep, "İnsan Haklarının Evrimi ve Sınıflandırılması", [http://www.sodev.org.tr/Okullar/SDO/ders\\_notlari/insan\\_Haklarinin\\_Evrimi.htm](http://www.sodev.org.tr/Okullar/SDO/ders_notlari/insan_Haklarinin_Evrimi.htm) (E.T.: 20.05.2015).

15 ÜSKÜL Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Bûke Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 65.

16 SANCAR Mithat; "Demokrasi- İnsan Hakları- Hukuk Devleti: Zorlu Bir Birlikteliği Çözümleme Denemesi", Toplum ve Bilim, No: 87, 2000/2001, s. 7.

17 İnsan Hakları El Kitabı, Hatay Valiliği, Hatay İl İnsan Hakları Kurulu, Mustafa Kemal Üniversitesi, s.6-7.

aıttır. Bu hakların gerçekleşmesi için sadece devletin müdahalesi yeterli değildir, birey ve grupların da yani toplumda yaşayan herkesin de etkin biçimde katılımı ve çabası gereklidir.

Üçüncü kuşak haklar başlıca şöyle sıralanabilir: Barış hakkı, Çevre hakkı, Halkların kendi kaderini tayin (self-determinasyon) hakkı, Gelişme hakkı, Herkesin insanlığın ortak mal varlığından yararlanma hakkı

İnsan Hakları 20 ve 21. Yüzyılda evrensel bir hale bürünmüş milli sınırlar dışına taşmıştır. Konuya ilişkin uluslararası belgelerde evrensel olarak nitelendirilmektedir. Bunun anlamı, insan haklarının coğrafi, siyasi, ideolojik, sosyal, ekonomik, kültürel veya diğer farklılıklar nazara alınmaksızın, bütün insanlara uygulanmasıdır.<sup>18</sup>

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması ve uygulanması, devletlerin tek yanlı olarak ihlal edemeyecekleri milletlerarası kaidelerin saptanmasına bağlıdır.

İnsan hakları standardının sağlanmasında en önemli belge, BM İnsan Hakları Bildirisi esas alınarak düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme) ve ek protokollerdir. "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi" insanların en tabii haklarını korumaya yöneliktir. Bu bildiri, bütün bireylere eşit ve başkasına devredilmez haklar tanınmasını gerçekleştirmek için kabul ve ilân edilmiştir.

## B. İnternet Ortamında İnsan Hakları

İnternet, gerek bilgiyi her an ulaşılabılır kılmayı ve gerekse anlık bilgi paylaşımlarını kitleler ile buluşturma imkânını sağlamış olması nedeniyle, 21. yüzyılın sosyal, siyasi, iktisadi ve kültürel gelişmelerinin önemli yönlendiricilerinden olmaya devam etmekte ve bu etkin gücü elinde bulundurup kullananların vasıtası olma rolünü üstlenmiş gözükmektedir. Bu etkin fonksiyonu ve gün geçtikçe artan önemi sebebiyle internet ve internet ortamında yapılan yayınların, hukuk kuralları tarafından düzenlenmesi ihtiyacı gündeme gelmiştir.<sup>19</sup>

İnternet, insan hakları farkındalığı için benzersiz fırsatlar sunmakta ve günlük hayatımızda önemi gittikçe artan bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, özel ve kamu teşebbüsleri de dâhil olmak üzere, tüm aktörlerin internette insan haklarını koruması ve bu haklara saygı göstermesi büyük önem taşımaktadır. İnsan haklarının öngördüğü yükümlülüklerin en geniş kapsamda yerine getirilmesi için internetin işleyişi ve gelişiminin garanti altına alabilecek için Birleşmiş Milletler İnternet Yönetimi Forumu, İnsan hakları odaklı internet ortamının gerçekleştirilebilmesi için gereken On Hak ve İlike belirleyerek ana hatları çizmiştir. Bunlar;<sup>20</sup>

**"1) EVRENSELLİK VE EŞİTLİK:** Herkes eşit haklarla özgür doğar. Söz konusu haklara sanal ortamda da saygı gösterilmeli ve bu hakların devamı için gerekenler yapılmalıdır.

18 ÜNAL Şeref, İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, s.54.

19 ŞEN Ersan, "İnternet Hukuku ve Kişilik Haklarının Korunması", Nevşehir Barosu Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Mart 2014, s.285.

20 İnternette İnsan Hakları ve İlkeleri Şartı, İnternet Hakları ve İlkeleri Dinamik Koalisyonu (İHİDK) Birleşmiş Milletler İnternet Yönetimi Forumu, Ağustos 2014, s.7. [http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2014/08/IRPC\\_Booklet\\_Turkish\\_final.pdf](http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2014/08/IRPC_Booklet_Turkish_final.pdf) (E.T.: 26.01.2016)

- 2) HAKLAR VE SOSYAL ADALET:** İnternet insan haklarının teşviki, korunması ve gerçekleştirilmesi ve sosyal adaletin ilerlemesi için bir alandır. Sanal ortamda herkes, diğer bireylerin insani haklarına saygı göstermekle yükümlüdür.
- 3) ERİŞEBİLİRLİK:** Herkes güvenli ve açık internete erişim ve kullanım hakkına sahiptir.
- 4) İFADE VE ÖRGÜTLENME:** Sansür veya herhangi bir başka müdahale olmadan herkesin internette serbestçe bilgi arama, alma ve bilgi açıklama hakkı vardır. Ayrıca, herkesin internet ortamında ve internet aracılığıyla sosyal, politik, kültürel veya başka nedenler için özgürce bir araya gelme hakkı vardır.
- 5) ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE VERİ KORUMASI:** Herkes sanal ortamda özel hayat/mahremiyet hakkına sahiptir. Söz konusu hakka gözetlenmeme, şifreleme ve sanal ortamda anonimlik hakkı dâhildir. Her bireyin kendi kişisel verilerini koruma hakkı vardır. Bu haklara veri tutma, işleme, saklama ve veriyi ifşa etme dâhildir.
- 6) YAŞAM, HÜRRIYET VE GÜVENLİK:** Yaşam, hürriyet ve güvenlik haklarına sanal ortamda saygı duyulmalı, bu haklar korunmalı ve hayata geçirilmelidir. Bu haklar sanal ortamda başkalarının haklarını ihlal etmek için kullanılmamalıdır.
- 7) EŞİTLİLİK:** İnternette kültürel ve dilbilimsel çeşitlilik teşvik edilmeli, ifade çoğulluğunu teşvik etmek için, teknik ve politik metotlarda yenilik teşvik edilmelidir.
- 8) AÇ EŞİTLİĞİ VE TARAFSIZLIĞI:** Herkes internet içeriğine öncelik ayırımı olmadan, ticari, politik veya sair nedenler sebeplerden kaynaklanabilecek filtreleme veya trafik kontrolünden bağımsız, evrensel ve açık internet erişimine sahip olmalıdır.
- 9) STANDARTLAR VE DÜZENLEME:** İnternetin mimarisi, iletişim sistemi, belge ve veri formatları açık standartlar esas alınarak düzenlenmeli ve bütünsel bir ortaklaşa çalışma, katılım ve herkes için eşit fırsat sunması sağlanmalıdır.
- 10) YÖNETİM:** İnsan hakları ve sosyal adalet, İnternetin işleyişi ve yönetimi için esas alınan yasa ve kurallar temeline göre şekillendirilmelidir. Söz konusu şekillendirme açıklık, aktif katılım ve hesap vermeye dayalı şeffaflık ve çok yönlü bir biçimde yapılmalıdır.”

### III. Kişilik Hakları

Genel anlamda kişilik hakkı, kişisel varlıklar üzerinde söz konusu olan şahsa bağlı bir mutlak haktır. Yaşam, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, özel yaşam, isim, resim, his yaşamı gibi kişisel varlıklar üzerindeki haklar kişilik hakkını ifade eder.

Kişilik hakkı kişisel varlıklar üzerindeki bir hak olduğundan, bu varlıklara yönelen saldırılar kişilik hakkının ihlali sonucunu doğururlar. Kişilik hakkını, “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden öğelerin tümü üzerindeki hakları” olarak tanımlamak mümkündür.<sup>21</sup>

21 İLKİZ Fikret - GÜNAYDIN Barış, “Kişilik Hakları - Medyada Etik ve Yargı Kararlar”, Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, Güz 2006.

Kişilik hakkı kavramı; kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki haktır. Ancak teknolojik gelişmelerin paralelinde insan ilişkilerinin artması kişilik hakkına yapılan müdahaleleri de beraberinde getirmiştir. Özellikle medya araçları yoluyla yapılan açıklamalar geniş kitlelere hitap etmekte ve inandırıcılıkları açısından insanlar üzerinde daha güçlü etki yapmaktadır. Böylece kişi yüz yüze yapılan ihlallere oranla daha fazla zarar görmektedir.

Kişilik hakları, şahıs varlığı haklarından ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardır. Başkasına devir ve temlik edilemez. Kişilik hakkı herkese karşı hüküm doğurur, mutlak bir haktır. Kişilik haklarının mutlak bir hak oluşu, hak sahibine, bu hakka ve hakkın içerdiği değerlere herkesin saygı göstermesini isteme, kişisel değerlerin korunmasını herkesten isteme, yasaların, kamu düzeninin ve genel ahlak ve adabın çizdiği sınırlar içerisinde dilediği gibi kullanma hakkı verir. Kişilik hakları, gerçek kişilerde doğumla birlikte, tüzel kişilerde kuruldukları andan itibaren kendiliğinden kazanılır ve ölüm (tüzel kişilerde kanun veya sözleşme sonucu) ile birlikte sona ererler. Kişilik haklarından tamamen vazgeçilemeyeceği gibi, zamanaşımına uğramazlar, borç için rehin edilemezler ve iflas masasına geçemezler.<sup>22</sup>

#### **A. Kişilik Haklarının Korunması**

Günümüzün hızla gelişen teknolojisi ve toplum hayatındaki değişimler, her türlü tecavüzüze açık olan kişilik hakkının korunmasının önemini giderek artırmaktadır.

Bilişim suçlarıyla mücadele ve kişilik haklarının korunmasına yönelik ulusal düzenlemeler haricinde, uluslararası bir hale bürünen internet üzerinden bilişim suçları ve kişilik haklarına saldırı suçlarıyla yeterli mücadeleyi yapabilmek için Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, G8 Ülkeleri ve O.E.C.D. gibi kuruluşların yaptığı düzenlemeler örnek olarak verilebilir.<sup>23</sup>

Kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenleme Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. maddelerinde yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ile bu düzenlemeler tamamlanmaktadır. Bu genel korumanın dışında bazı kişisel değerleri koruyan özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlara Medeni Kanun'un 26, 27, 158/2, 174, 304, 305. maddeleri, Borçlar Kanunu'nun 45,46,47,48. maddeleri, Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 576/2. maddesi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 14-19, 70-71 ve 80-83. maddeleri örnek sayılabilir.<sup>24</sup>

5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 Sayılı Kanun), ülkemizde internete dair yürürlükte olan temel kanundur. 5651 Sayılı Kanunun 8. ve 9. maddeleri, her ne kadar internet üzerinden yapılan ve suç teşkil edebilecek yayınlara ilişkin çeşitli düzenlemeler içermekte ise de, özellikle kişilik haklarının korunması ile ilgili 9. madde ve bu maddenin uygulanması açısından yetersiz kalmaktadır.<sup>25</sup>

22 AYDEMİR İfaket, Türk Hukukunda Kişilik ve Kişilik Haklarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, s.16.

23 DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınları, 2014, s.185.

24 KAYA Mine, "Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/4, s.291.

25 ŞEN, age., s. 286.

## B. İnternet Üzerinden Kişilik Haklarına Saldırı

Bilim ve teknikteki ilerleme sayesinde kişinin özel hayat ve gizlilik alanına yapılan tecavüzler çok kolay bir hale bürünmüştür. Kişinin özel hayatına ve gizlilik alanına ilişkin bilgiler, basın, radyo, televizyon, internet ve sosyal medya yoluyla çok geniş kitlelere kısa zamanda aktarılabilmektedir.

İnternet ortamında yapılan yayınlarla kişilerin kişilik haklarının ihlâl edilmesi, basılı yayınlarla ihlâl edilmesine oranla daha kolay, daha hızlı ve daha yaygındır. Kitap, dergi ve gazete gibi basılı yayınlarla kişilik haklarını ancak belirli kişiler, ihlâl edebilirken internet yayınlarıyla kişilik haklarını ihlâl edebilecek kişi sayısı çok fazladır.

İnternet sitesi haricinde herkes, bir bloka yorum ekleyerek bir başka kişinin kişilik haklarını ihlâl edebilir. Üstelik internet yayını devamlıdır ve herkes, bir kitap, bir dergi veya bir gazete almaya oranla, daha maliyetsiz ve daha hızlı bir şekilde internet yayınına ulaşabilir. Bu nedenle bu tür yayınlara karşı kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması gerektiği söylenebilir.<sup>26</sup> Örnek verilecek olunursa; Sakarya'da yaşayan bir şahsın bir haber sitesinde yazmış olduğu hakaret içerikli yorumdan dolayı para cezasına çarptırılmıştır.<sup>27</sup>

Yayın yoluyla kişilik haklarına yapılan bir saldırının suç teşkil edebilmesi için bunun, ceza kanununda suç olarak düzenlenmiş bulunması gerekir. Bir eylem birçok kişilik hakkını zedeleyebileceği için eylemin içeriğine göre farklı suçların oluşması muhtemeldir. Başka bir deyişle eylem iftira, hakaret, özel hayatın gizliliğine müdahale, tehdit, şantaj, haberleşmenin gizliliğini ihlal, özel hayatın gizliliğini ihlal, iftira, banka itibarını zedeleme, haksız rekabet vs. teşkil edebilir.

İnternet, kişilik hakkı ihlallerini artıran ve hızlandıran bir etkiye sahiptir. İnternet sitelerinde ve sosyal medyada, yazı ve resim yoluyla kişinin gerek şeref ve haysiyeti gerekse özel hayatı ve sırları ihlal edilebilmektedir.

Elektronik gazete ve dergiler, basılı olanlardan daha hızlı ve kolay şekilde okuyucuya ulaşabilmektedir. Başka amaçlarla oluşturulan web sitelerinde de kişilik hakları ihlal edecek, özellikle reklam amacıyla resmin yayınlanması gibi yayınların yapıldığı görülmektedir.

Bunlara ilaveten elektronik posta yoluyla da kişisel değerlere yönelik saldırılar gerçekleştirilmektedir. Gönderilen e-postalar yoluyla; bunların içeriklerinde hakaret, küfür, tehdit, iftira içeren mesajlarla kişinin şeref ve haysiyetine saldırıda bulunulması mümkün olduğu gibi, bu mesajların başka e-posta gruplarına gönderilmesi veya başka kullanıcılara yönlendirilmesi suretiyle saldırının boyutu artırılabilir.

Bir kimsenin e-postası, onun kişisel verilerinden olup haberleşme özgürlüğünün bir parçası olduğu gibi özel hayatının da bir unsurudur. Bu nedenle kişinin rızası dışı e-posta adresinin ele geçirilerek içeriğinin öğrenilmesi, açıklanması, kaydedilmesi, başkalarına

26 GÖZLER Kemal, Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti - 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi, Rona Aybay'a Armağan, Legal, 2014, c.I, s.1060.

27 "İnternette hakaret"e ceza", Anadolu Ajansı, 19.05.2016, <http://aa.com.tr/tr/yasam/internette-hakarete-ceza/45784> (E.T.:26.01.2016)

aktarılması, değiştirilmesi ve yok edilmesi, isminin ve resminin kullanılması ve sanal ortamda dolaştırılması kişilik haklarının ihlalidir.

Bir kimsenin isminin alan isimi (Domain Name) olarak alınması ve bilgilerin kaydedilerek başkalarına sunulması da (Cookie) kişilik hakkına yönelik ihlaller arasında sayılabilir. Alan adının kullanımı ile marka hukuku, haksız rekabet hukuku ve kişilik hakları açısından hukuki problemler çıkabilir. Başkasına ait ismin kullanımı (gasp) veya benzer şekilde kullanımı ile ihtilafa neden olunma şeklinde, alan adına saldırıda bulunulabilir.

Kişilerin internet üzerinde birbirleriyle yaptığı diyaloglar ve eş zamanlı bilgi paylaşımlarının yapıldığı bütün olan Sosyal Medya'da; Sosyal ağlar, insanların birbiriyle içerik ve bilgi paylaşmasını sağlayan internet siteleri ve uygulamalar sayesinde, herkes aradığı, ilgilendiği içeriklere ulaşabilmektedir.

Sosyal Medya Platformlarında örneğin; Twitter, Facebook vb. alanlarda kişilik haklarına saldırı ve bu hakların korunmasına yönelik yollar günümüz dünyasında bir sorun haline dönüşmüştür.

Kişilik hakkının internet yoluyla ihlalinde web sitelerinde yapılan yayınlar önemli bir yer tutmaktadır. Bu yayınlar bir kimsenin kişilik hakkına saldırı oluşturan unsurlar taşıyabilir. Örneğin, bir kimsenin sırlarının açıklanması, özel hayatına ilişkin olayların aktarılması, şeref ve haysiyetini ihlal edici hakaretlerin yer alması, küçük düşürücü, aşağılayıcı veya alay edici ifadelerin bulunması veya resminin izni olmaksızın ya da reklam amacıyla yayınlanması halinde böyledir.

Ayrıca link vermek suretiyle de bu tür saldırılar gerçekleştirilebilir. Örneğin, bir link veya frame vasıtasıyla bir kimse hakkında şeref ve haysiyeti veya özel hayat ve gizliliği ihlal edici bilgiler sunan bir web sitesine dikkat çekilmesinde böyle bir durum söz konusudur. Bütün bu hallerde bir kimsenin kişilik hakkına yönelik bir saldırı bulunmaktadır.<sup>28</sup>

Bir web sitesinde kişinin özel hayatının gözler önüne serilmesi, gerçek dışı yayınlarla şeref ve haysiyetine saldırılarak onurunun zedelenip küçük düşürülmesi, toplumun husumetine maruz bırakılması, hakaret edilmesi, iftira atılması, isminin ve resminin rıza dışı kullanılması, kişinin kendini topluma sunuş biçimine aykırı şekillere sokulması gibi durumlar hep birer kişilik hakkı ihlalleridir.

İnternet ortamındaki yayın varlığını sürdürdüğü müddetçe saldırı da devam ettiğinden bir saldırı durumu söz konusu olur.

Medeni Kanununun 23, 24 ve 25. Maddeleri kişilik hakkını doğrudan doğruya korumaya yönelik olan birer çerçeve hükmüdür. Kanun koyucu, hangi değerlerin kişilik hakkı kapsamında yer aldığını, hani hallerde bunlara yönelik müdahalenin hukuka aykırılık teşkil edeceğini tek tek saymak yerine, ilkeleri belirleyerek, somut olayda söz konusu hususların belirlenmesini hâkime bırakmıştır. Bu aynı zamanda kanuna esneklik de kazandırmaktadır. Teknolojik ve sosyal gelişmeler sonucu zaman içerisinde ortaya çıkacak

28 DOĞAN Murat, "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, Haziran 2003, s.399

yeni kişisel değerlerin korunması ve yeni ihlal yollarıyla gerçekleştirilecek saldırılara karşı dava açılabilmesi de bu esneklik sayesinde mümkün olabilecektir.<sup>29</sup>

### C. Kişilik Hakkı İhlalleri Korunma Yolları

Medeni Kanun 24. maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği öngörülmüştür.

Ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiiller aynı zamanda medeni hukuk anlamında da kişilik haklarına aykırılık teşkil etmektedir. Ancak medeni hukuk anlamında her eylemin ayrı ayrı belirlenmesi yerine genel bir ifadeye yer verilmiştir.

Gerçekten Medeni Kanunun 24. maddesine göre "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*" Bu hüküm çerçevesinde Medeni Hukuk anlamında kişilik haklarına saldırı daha geniş bir temelde düzenlenmiştir denilebilir.

25. Madde de ise kişilik hakkının korunması amacıyla açılacak davalar düzenlenmiştir;

"Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir."

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, en son 6 Şubat 2014 tarih ve 6518 sayılı Kanunla değiştirilen 9'uncu maddesinde yeni düzenleme getirilmiştir. Buna göre;

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına<sup>30</sup>, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına<sup>31</sup> başvurarak uyarı yöntemi ile

29 DOĞAN age., s.392.

30 Bir internet yayınının içeriğini hazırlayan ve bilgiyi bizzat üreten, değiştiren ve sağlayan kimselere içerik sağlayıcı denir. 5651 sayılı yasada içerik sağlayıcının, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olduğu ancak bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten kural olarak sorumlu olmadığı belirtilmiştir.

31 Yer sağlayıcı da, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilerdir. Yer sağlayıcıların doğrudan bir cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Ancak içerik sağlayıcı ile birlikte hare-

- içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.
- (2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.
  - (3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.
  - (4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.
  - (5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.
  - (6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.
  - (7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.
  - (8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.
  - (9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.
  - (10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Kişilik haklarının ihlal edildiğini düşündüğü bir yayının varlığı halinde bireyin izlemesi gereken yol ve yöntem, 5651 sayılı Kanununun 9. maddesinde öngörülmüştür. Kamuoyunda “uyar-çıkart” olarak da anılan bu yöntemle göre, içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi, öncelikle içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde ise yer sağlayıcısına başvurarak, ya da doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak erişimini engellenmesini isteyebilecektir.

Doğrudan sulh ceza hâkimine başvuru yolu kullanılması halinde, hâkim bu madde



kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Yani hâkim, karşı tarafı dinlemeksizin, dosya üzerinden karar verir. Dahası bu kararı yirmi dört saat içinde vermek zorundadır. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre, yani asliye ceza mahkemesi nezdinde itiraz yoluna gidilebilir.

Kişilik haklarına internet ortamında yapılan bir yayınlı saldırıda bulunan kişi, isterse 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesindeki usulle sulh ceza hâkimine başvurur ve "bir yayının bir kişinin kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlâl ettiğinin daha ilk bakışta anlaşılması" durumu var ise hızlı bir koruma elde eder. İsterse TMK, m.24 ve 25'e göre hukuk hâkimine başvurur. İsterse bunların ikisine birden de başvurabilir. Çünkü her iki başvurunun kabul şartları farklıdır. Keza önce 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesindeki usulle sulh ceza hâkimine başvurur; bir yayının bir kişinin kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlâl ettiğinin daha ilk bakışta anlaşılması" durumu bulunmadığı için talebi reddedilirse, bu sefer TMK m.24 ve 25'e göre hukuk hâkimine başvurabilir.<sup>32</sup>

Bir internet yayınından dolayı kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişi, 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde öngörölmüş hızlı usulle kişilik haklarının korunması amacına ulaşamamış ise, bu amacına TMK m.24 ve 25 uyarınca hukuk davası yoluyla ulaşabilir. Ancak bunun için dava açması ve bu davada; kişilik haklarının saldırıya uğradığını, bu saldırının söz konusu internet yayınından kaynaklandığını, söz konusu yayının hukuka aykırı olduğunu ispat etmesi gerekir.<sup>33</sup>

İnternet ortamında kişilik haklarına yapılan saldırı bazı durumlarda sadece haksız fiil değil, Türk Ceza Kanununun 125'inci maddesinde öngörölmüş olan "hakaret suçu"nu da oluşturabilir. Dolayısıyla bu durumda hakarete uğrayan kişi, fail hakkında kamu davası açılması için cumhuriyet savcılığına şikâyette bulunabilir.<sup>34</sup> Örneğin; 15 Şubat 2013 tarihinde İstanbul 18. Sulh Ceza Mahkemesi'nde görölen bir davada sosyal medya üzerinden hakaret ve tehdit suçunun mevcudiyetinden ötürü ceza verilmiştir<sup>35</sup>.

## Sonuç

21. yüzyıl dünyasında internet, insanoğlunun değişmez bir parçası olarak yaşamında önemli bir yer tutmaktadır. İnternet şahıslar kadar devletler içinde hayati bir önem arz etmektedir.

İnternet, insan hakları farkındalığı için önemli fırsatlar sunmakta ve günlük yaşamımızda önemi gittikçe artan bir role bürünmektedir. Bu sebeple, özel ve kamu teşebbüsleri de dâhil olmak üzere, tüm unsurların internette insan haklarını koruması ve bu haklara saygı göstermesi önem arz etmektedir.

İnternet, hukuk devletlerinin koruması altına aldığı kişilik haklarına karşı ihlalleri artıran ve hızlandırıcı bir etkiye sahiptir. İnternet sitelerinde ve sosyal medyada, kişinin

32 GÖZLER a.g.e., s.1077.

33 GÖZLER a.g.e., s.1079.

34 GÖZLER a.g.e., s.1083.

35 "Twitter'dan hakarete ilk ceza", Hürriyet, 15.02.2013, <http://www.hurriyet.com.tr/twitterdan-hakarete-ilk-ceza-22605322> (E.T.: 26.01.2016)

gerek şeref ve haysiyeti gerekse özel hayatı ve sırları ihlal edilebilmektedir ve devletler bunun önlemını almakta zorlanmaktadır.

İnternetin kendine münhasır özellikleri dolayısıyla, suç faillerinin ve suçun ne zaman ve nerede işlendiğinin tespiti çok zor ve hatta imkânsız olabilmektedir. İnternet'in uluslararası bir iletişim aygıtı olduğu göz önüne alındığında, bu suçlarla mücadelenin yapılabilmesi için, uluslararası ortak bir çalışma gerekmektedir. Birleşmiş Milletler İnternet Yönetimi Forumu, İnsan hakları odaklı internet ortamının gerçekleştirilebilmesi için gereken ana hatları çizmiştir ve bu prensipler üzerinden devletler kendi mevzuatlarını geliştirmeleri gerekmektedir.

İnternet Üzerinden Kişilik Haklarına Saldırı ve Kişilik Hakkı İhlalleri Korunma Yolları uluslararası düzeyde değerlendirilmeli ve önlemlerin alınması için herkesi bağlayıcı yanlarının bulunması gerekmektedir. Günümüzün hızla gelişen teknolojisi ve toplum hayatındaki değişmeler, her türlü tecavüze açık olan kişilik hakkının korunmasının önemini giderek artırmaktadır. Aksi takdirde tek veya birkaç ülkenin ortak çabası yeterli olmayacaktır.

---

## KAYNAKÇA

---

- AKAD Mehmet - VURAL DİNÇKOL Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 2013.
- ALTINTAŞ Hakan, "Hukuk Devleti İlkesinin İşlerliği Açısından Türk Kamu Yönetimi Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Bölgesel Sorunlar ve Türkiye, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2008.
- AYDEMİR İfaket, Türk Hukukunda Kişilik ve Kişilik Haklarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II Sayı: 1 Yıl: 1998.
- DOĞAN Murat, "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, Haziran 2003.
- DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Haziran 2014, Ankara.
- ENGİN Zeynep, "İnsan Haklarının Evrimi ve Sınıflandırılması", Erişim Tarihi: 20.05.2015, [http://www.sodev.org.tr/Okullar/SDO/ders\\_notlari/insan\\_Haklarinin\\_Evrimi.htm](http://www.sodev.org.tr/Okullar/SDO/ders_notlari/insan_Haklarinin_Evrimi.htm).
- GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 2010.
- GÖZLER Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Yayınları, 2007.
- GÖZLER Kemal, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan, Legal, 2014, c.I.
- HATEMİ Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul, 1989.
- İLKİZ Fikret - GÜNAYDIN Barış, "Kişilik Hakları - Medyada Etik ve Yargı Kararlar", Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, Güz-2006.
- İnsan Hakları El Kitabı, Hatay Valiliği, Hatay İl İnsan Hakları Kurulu, Mustafa Kemal Üniversitesi.
- İnternette İnsan Hakları ve İlkeleri Şartı, İnternet Hakları ve İlkeleri Dinamik Koalisyonu (İHİDK), Birleşmiş Milletler, 2014, <http://internetrightsandprinciples.org/>
- KAYA Mine, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/4.
- SANCAR Mithat; "Demokrasi- İnsan Hakları- Hukuk Devleti: Zorlu Bir Birlikteliği Çözümleme Denemesi", Toplum ve Bilim, No: 87, 2000/2001.
- ŞEN Ersan, "İnternet Hukuku ve Kişilik Haklarının Korunması", Nevşehir Barosu Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Mart 2014.
- TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, 13.Bası.
- UYGUN Oktay (2000). "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, Ed: Korkut Tankuter, Yapı Kredi Yayınları.
- ÜNAL Şeref, İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1.
- ÜSKÜL Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu.
- 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun.



# Cross-Cutting Issues on The Right To Life in The Context of Law

Hakemli Makale

## Sevinj JABRAYİLOVA-SHENER

Senior Human Rights Adviser, Office of the Commissioner for Human Rights (Ombudsman) of the Republic of Azerbaijan.

---

### İÇİNDEKİLER

---

I. Right To Life Vs. Right To Health . . . . .	.119
A. Right To Life In Under Echr. . . . .	122
B. Abortion is a Human Rights Issue Under International Law. . . . .	126
II. Ethical Issues in Prenatal Screening. . . . .	127
III. Abortion As a Crime From The Perspective of the Legislation of Azerbaijan. . . . .	130
Conclusion . . . . .	134

---

### ABSTRACT

---

Cross-cutting issues in relation to the legal status of a fetus and the reproductive rights of woman are some of the most discussed issues. This paper legally analyzes the elements of the status of the fetus by focusing on the capacity of the personality of an unborn child, which depends on the complete and live birth of an infant, the time limit of the life that is vague within the European Convention on Human Rights, and the national laws of Azerbaijan, where medicine has just recently started progressing

**Key words:** abortion, reproductive rights, legal status of fetus, criminal abortion, complete and live birth, international and national law

---

### ÖZET

---

Ceninin hükuki durumu ve kadının üreme sağlığıyla ilgili kesişen konular sıkça tartışılan konulardandır. Bu hukuki tahlillere dayanan makalede ceninin hukuki durumunun öğelerinden olan doğmamış çocuğun tam ve sağ doğumuna bağlı olarak gerçekleşen kişilik haklarından, Avrupa Temel İnsan Hakları Sözleşmesinde muğallak olan hayatın zaman sınırından, tıbbi hukukun son zamanlarda gelişmeye başladığı Azerbaycan mevduatından konu edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kürtaj, üreme sağlığı, ceninin hükuki durumu, yasadışı kürtaj, tam ve sağ doğum, uluslararası ve ulusal hukuk

## Introduction

In this paper I will present the right to life from the context of law, especially the health law while this right from the very beginning is considered disputable among the scholars, lawyers and health professionals. In the first part of the paper, I would rather talk about the definition of this right focusing on the European law and international law, namely the United Nations legal documents. The second part will explore the cross-cutting issues of the right to life with the right to health from the perspective of the right to reproductive right of women. The main purpose in here is that whether the right of fetus must be prevailed over the health of mother. The third part of the paper is about the overall situation of protecting and ensuring the right of fetus and of mother and how abortions, including pre-selective are regulated at the national legislation of Azerbaijan.

The right to health as one of the inherent rights of a human being has been stated in a number of international and regional legal documents, including the 1946 Constitution of the World Health Organization (WHO), the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the Convention on Economic, Social and Cultural Rights, and the European Social Charter. Unfortunately, as a result of a negligent approach to social, economic and cultural rights in comparison to civil and political rights, they are mostly recognized as 'soft law.' While drafting international treaties in the UN system, civil and political rights (*hereafter "CP rights"*) have been somehow separated from economic, social and cultural rights (*hereafter "ESC rights"*) due to the Cold World War and internal conflicts in various States because as a result of mass violations of rights of people to life, prohibition of torture, ill-treatment, prohibition of any discrimination, arbitrary detentions, extrajudicial killings, mass gang rapes, including military rapes and etc., all States had mainly focused on how to override those abuses; and consequently, the Western states have approached equalization of ESC with CP rights with extreme sensitivity because the latter would be undercut,<sup>1</sup> despite the fact that, according to the preamble of the WHO, the right to health has been considered to be an absolute and inherent in any person, without any kind of discrimination<sup>2</sup>, such as failing to protect the land right of indigenous peoples in a view to collectively develop, or denying them to enjoy their right to education, no single right can be realized with ignoring the other one, for example, in order to improve the right to freedom of opinion and expression, person must be fully provided with the right to education as well as right to self-development or so right to life requires eliminating causes of infant and maternal mortality<sup>3</sup>, preventing criminal abortions, excluding serious risks to the health of a mother. As well

1 Linda M. Keller, (2001), Indivisibility of Economic and Political Rights, in Human Rights and Human Welfare, Vol.1:3, A Review of Development as Freedom by Amartya Sen. New York: Knopf, 1999 (Paperback Edition: Random House, 2000). 366 pp., p. 10

2 UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No. 31, The Right to Health*, June 2008, No. 31, available at: <http://www.refworld.org/docid/48625a742.html> [accessed 25 June 2015]

3 UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life)*, 30 April 1982, available at: <http://www.refworld.org/docid/45388400a.html> [accessed 29 January 2016]

as EU institutions consider the economic nature of rights not to deprive them of the characteristic of being the fundamental rights and, therefore, both should be equally protected and promoted.<sup>4</sup> Thus, separation rights in two fronts considering them main and “secondary level” rights, also not taking international binding provisions seriously by the Member States can be resulted with the violation of wider closely linked to each other infringements.

Furthermore, according to scholars, the ‘right to health’ is an abstract concept because it does not directly refer to the ‘right to be healthy’<sup>5</sup> as such and does not fall under the notion of ‘eternal’. Somewhere this can be naturally, forcibly and/or voluntarily cut down as happens during constant torture, physical abuse with severe complications, or by induced and spontaneous abortions. The preamble of the WHO, defines the definition of the right to health as “a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”<sup>6</sup> Later, this definition has been extended in Paragraph 1 of the 1978 Alma Ata Declaration during the International Conference on Primary Health Care, where it was recognized that the concept of health covers not only a state of physical, mental and social welfare, but also the absence of illness and disability, as a fundamental right altogether.<sup>7</sup>

Since reproductive rights became a subject of human rights debate during the UN International Conference on Human Rights held in 1968, the non-binding Proclamation of Tehran has been adopted whereby parents have the right to freely choose the number and spacing of their children. Nevertheless, this issue remained open despite the fact that some states accepted this document as binding, whereas others prefer approaching this document as soft law. Later, for the regulation of issues of reproductive and sexual rights of women, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women have both clearly stated that the right to health covers the right to reproductive health as well as sexual rights.<sup>8</sup>

## II. Right To Life Vs. Right To Health

Does a person have a right to die or must he continue to live even if he suffers from the consequences of an incurable disease or injuries, just because he is ‘entitled’ to an absolute ‘right to life.’ The right to life as a fundamental right prevails over the other rights because they are directly linked to the former and cannot exist independently.

4 Sybe A. **de Vries**, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 1 (January) 2013, pp. 169-192; p. 177

5 Brigit **Thoebes**, *the Right to Health, Economic, Social and Cultural Rights: Textbook*, Asbjorn Eide, v.d. (ed.), *Dodrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, (Second revised Edition), 2001,p. 170*

6 *Supra* at 2

7 Sultan **Tahmazoğlu** Üzeltürk, *Anayasa hükuku açısından sağlık hakkı (Ulusal ve Uluslararası boyutuyla)*, *Legal Yayıncılık San. Ve Tic. LTD.ŞTİ, İstanbul, Türkiye, (2012), p. 3, İSBN: 978-605-4354-57-3*

8 UNGA Report, *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, A/61/338, para. 13*

The promotion of this right fully necessitates sustainable improvement of the health system, biomedicine, bioethics, drug therapy, etc. Even so, new technologies give rise to new problems in medicine and transform the understanding of traditional values. Considering that everyone has the right to life and to health, the legal aspects in the promotion of those rights is a major goal of the new methods in medicine. However, unfortunately, not all diseases have a happy ending. Fatal endings stem from various reasons, including severe and incurable disease, late treatment, atypical complications of the disease, etc. on the one hand, or action/inaction of the physician or malpractice, on the other hand. Such fatalities, complications or mistakes made by doctors in their professional capacity must be criminally investigated. Imagine that a patient died as a negligent of a doctor. What legal responsibilities may be subjected? If a patient dying due to the mistake of a health provider, the most likely criminal charge for this conduct is gross negligence manslaughter as it was stated in the *R.v Adomako* case, when the appellant-anesthetist could not explain why the oxygen pipe was disconnected during the operation that caused to death of the patient. So, the Court upheld that any involving breach of duty is sufficient evidence to consider the conduct as gross negligence manslaughter if the *Bateman test* was proved, according to which elements such as the defendant owed a duty to the deceased to take care; the defendant breached this duty; the breach caused the death of the deceased; and the defendant's negligence was gross, that is, it showed such a disregard for the life and safety of others as to amount to a crime and deserve punishment.<sup>9, 10</sup> Furthermore, if a doctor operated a patient without his consent can also faced with battery.<sup>11</sup> However, such crimes are not always reported and the law enforcement bodies can address the issue only after the crime has occurred.

Apart from this, during an assisted suicide - one that is performed with the participation of a physician and a patient - a person is killed, but at his/her own request. Taking into account that some schools of thought are of the opinion that assisted suicide or other forms of euthanasia are acts of mercy where such 'killers' ought not be indicted (formally charged with a crime),<sup>12</sup> even though euthanasia is not countenanced by the law in the vast majority of states and as it is held by the Court in the *People v. Kevorkian* that it violates the due process clause of the Fourteenth Amendments of the United States Constitution.<sup>13</sup>

9 *R.v Adomako* [1995] 1 AC 171; [1994] 3 WLR 288, [1994] 3 All ER 79, 99 Cr App R 362, HL

10 *R v Bateman* (1925) 19 Cr App R 8, (1925)? Cox 33, [1925] All ER Rep 45, CCA

11 *Cobbs v. Grant*, 8 Cal. 3d 229, 502 P.2d 1, 104 Cal. Rptr. 505 (Cal. 1972)p. 240; para. 38

12 Norman St. **John-Stevas**, (2002). *Life, Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States*, BeardBooks Washington D.C. p.264

13 Belgium, the Netherlands, France, Germany, Switzerland, Ireland, Luxembourg, Canada, Mexico, Colombia, and India are notable exceptions where assisting suicide may be legal under some circumstances. See at <http://www.theguardian.com/world/2014/sep/16/belgium-convict-granted-right-to-die>; André Janssen, (2002), *The New Regulation of Voluntary Euthanasia and Medically Assisted Suicide in the Netherlands*, Int J Law Policy Family (2002) 16(2): 260-269. at <http://bjgp.org/content/bjgp/60/573/263.full.pdf> [last accepted 22.08.2015]



Considering the law's opinion dealing with suicide is complex then to understand further inciting or aiding to suicide, a number of issues must be borne in mind. What is suicide? What is inciting or aiding to suicide? When can aiding to suicide be prosecuted? Regarding the definition of suicide it must be noted in prior that it is very complicated to select the right chose between the controversial understandings of suicide. So, there are two main differences between legal definitions of suicide. The first is about omissions: if a person refuses to be treated because s/he wants to die, is this can be considered suicide?<sup>14</sup> The second is whether to act knowing that death will result, but who is not acting for the purpose of dying, is committing suicide. For example, a prisoner went on a hunger strike and died as a result did not commit suicide, maybe because the hunger striker did not intend to die but just would like to draw attention on himself to deal with his application. Suicide is a conduct committing by a suicidee knowingly that a death will happen but he does not do that purposefully.<sup>15</sup>

Concerning the assisting suicide it must be underlined that it depends on an intention. If a doctor directly participating in the process of death by injecting him/her overdose lethal medicine or helping a patient to disconnect the oxygen pipe is simply aiding a patient to die. But a crime and investigation programs describing a scene of suicide in details that help someone to commit suicide will not be guilty of the offence because (presumably) TV Channel did not intend to assist or encourage a suicide.

If the person takes his own life, he is committing suicide (perhaps a sin but maybe not a crime), but any doctor or other person who assists a person committing suicide can be held criminally responsible for the death either in the second degree as an accomplice for helping people commit suicide or in the first degree for the murder of another because they administered a fatal dose themselves without the consent of a patient.<sup>16</sup> In some cases, they may be considered principals if the patient has not given his consent.<sup>17</sup>

A person who terminally ill and ho has made a free and informed choice to commit suicide has a right to do so and a right to receive assistance. However, that right may be interfered with if the interference is justified under Article 8 (2). In *Purdy* case, the Court held that even if the society cannot instruct the person what to do with his own life. But it is justifiable for society to insist that they value the life of a person if he does not.<sup>18</sup> In addition, decision to commit suicide is a protected under Article 8 of the European Convention on Human Rights (hereinafter "ECHR") protects the right to

---

14 Lanham D (1990), the Right to choose to die with dignity 14 Crim L J (16) 401-30

15 Michael Cholbi (2007), Self-manslaughter and the forensic classification of self-inflicted death, in J Med Ethics 2007;33:155-157

16 TERRY BRANTLEY (1996), People v. Kevorkian: Michigan's Supreme Court Leads the Way in Declaring No Fundamental Right to Assist Another in Suicide, in Mercer Law Review Vol. 47, (1996), 1191-1199, at 1192, see at <http://www2.law.mercer.edu/lawreview/getfile.cfm?file=47410.pdf> [last accessed 25. 08.2015]

17 Ibid.,p.261,

18 R (Purdy) v DPP (2009) UKHL 45, [68]

private and family life, which makes it clear that decision about suicide falls under the Convention. However, there are limitations can be applied to this provision. This is the permission to interference under paragraph (2) of Article 8.

### A. Right To Life In Under Echr

A right to life is a fundamental right, which allows to a person to fully enjoy his other rights. This fundamental right, which is enshrined in international legal norms and constitutions of many states, means preventing any harm to the existence of a person through protection of physical and mental integrity.<sup>19</sup> In order to well understand the precise definition and value of a human life it is necessary to look through the comprehensive inquiry related to how the world recognize the right to life. Here is needed some investigations. First is that taking into account a broad principle of the right to life so this investigation would involve a general inquiry of positive law. For example to see how different religions such as Christianity, Islam, and etc. and philosophical teachings define the human life; second, step would be a broad comparison of provisions of national constitutions.<sup>20</sup> Finally, third step might involve investigating criminal procedure laws and judicial decisions how this right is interpreted as well as applied under those normative.<sup>21</sup> Besides that the right to life is enumerated in number of international legal norms, only American Convention on Human Rights guarantees the exceptional character to this right defining it being inherited from the time of conception. So, that Convention defines this right as an inherent to a person based on natural law principles, which means the right to life is fundamental that is given to a person from his birth.<sup>22</sup>

Nonetheless, Article 2 of ECHR does not exclude that this right can be restricted only by a proportionate excessive use of force to prevent escaping from lawful detention, to defense someone from any violence and to take lawful actions during soothing a public disorder. In addition, the right to life can be also used against the person himself, because this definition refers not only to the protection of one's own physical integrity from any other person, but also the taking of one own's life or to consent to a third party taking one's life. Having the consent of a person to terminate his life requires an actual killing, which is recognized as a criminal offence,<sup>23</sup> whereas a suicide is an act of person killing himself that should not be considered to be a crime or a violation of a fundamental right.

19 Mehmet Emin **Özgül**, (2010), *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Türkiye, p. 95

20 Linda J. **Mad**, *General Principles of Human Rights Law Recognized by All Nations: Freedom From Arbitrary Arrest and Detention*, 10 CAL. W. INT'L LJ. 272,301-02 (1980)

21 M. Sherif **Bassiouni**, (1994), *Human Rights in the Context of Criminal Justice: identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. (3), pp.235-297, p.248

22 *Ibid.* 20, p. 254

23 Marc **Groenhuijsen**, (2007), *Euthanasia and the Criminal Justice System*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11.3, p. 21

Apart from equating euthanasia with suicide, which is not correct because suicide is committed by a person on a voluntary basis but euthanasia by definition must be performed by another person - this could be without the consent of a patient, based on the decision of a medical professional to terminate medical treatment due to a lack of progress in the patient's situation or to stop pain. Referring to euthanasia as an 'assisted suicide' should not be justified when performing 'passive euthanasia' with a patient in a condition where s/he is unable to decide whether or not to terminate his/her life (even if performed with the consent of family members), cannot be considered to be a voluntary termination of a patient's life. Opponents of euthanasia argue that to permit one person to kill another is a violation of a crucial principle- the sanctity of life.<sup>24</sup> Mercy killing must not encourage killing mercy, because most of the time patients prefer euthanasia due to lack of alternative care methods, such as palliative care that can control the treatment, because palliative care is an active and creative care for dying.<sup>25</sup> If terminally ill patients or their next to kin would know that there is an alternative cure, they would not want to die.<sup>26</sup> Euthanasia should not be a way to ease the solution of the existed problem in the capacity of a person suffering from incurable disease.

Despite the fact that many Western states, namely the Netherlands, Belgium, Luxembourg, the US States of Oregon, Washington<sup>27</sup>, Vermont and California, as well as with some limitations in Sweden, Switzerland and Mexico have legalized assisted suicide, this does not affect other states, especially Muslim States, those of population is mainly following Islam, like Turkey, Azerbaijan, and others, as well as Islamic States, those are governed by Sharia Law, namely Iran, Saudi Arabia and etc. where suicide in any form is seen as non-Islamic and equivalent to murder.<sup>28</sup>

Nonetheless, according to the European Court of Human Rights (ECtHR), the right to life is not an absolute right, but is a fundamental right that has some justifiable limitations.<sup>29</sup> As Article 2 of ECHR states "[e]veryone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law...

Under this article, the right to life has been proclaimed as one of the main

---

24 Jonathan **Herring** (2014), *Medical Law and Ethics*, Ch.9 Dying and Death, p.519

25 **Saunders** C. Terminal care in medical oncology. In: Begshawe KD, editor. *Medical oncology*. Oxford: Blackwell; 1975. pp. 563-76.

26 Zyllicz Z, **Finlay** IG.(1999), Euthanasia and palliative care: reflections from The Netherlands and the UK. *J R Soc Med*. 1999;92:370-3

27 J. Pereira, Erratum Legalizing euthanasia or assisted suicide: the illusion of safeguards and controls, in *Current Oncology*—Volume 19, Number 3, June 2012; *Curr Oncol* 2011;18:e38-45. Published online April 4, 2011; corrected after publication May 14, 2012.

28 Božidar **BANOVI** and Veljko **TURANJANIN**, (2014), *Euthanasia: Murder or Not: A Comparative Approach*, in *Iranian Journal of Public Health*. 2014 Oct; 43(10): 1316-1323, see at <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4441884/> (last visited on 25.06.15)

29 Factsheet of the European Court of Human Rights on the right to life, July 2013, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_ENG.pdf)

fundamental rights because if one is arbitrarily deprived of his right to life, all other rights would also be violated. The concept of 'everyone' in that legal norm is vague and requires an expanded understanding because the provision does not clearly state to whom exactly this life belongs. There is no reference to indicate the subject, such as 'human,' 'animal' or 'legal person'.

Article 2 also does not refer to the fact that the "right to life" means also the "right to die." So, neither euthanasia nor suicide would fall under this Article and only in limited circumstances can a person be intentionally deprived from his life, as e.g. police acting in self-defense or defending someone from a harmful action of another.<sup>30</sup>

Furthermore, this article establishes the right to life and imposes additional protection as a duty on a state. The article does not only impose an obligation to protect this right and refrain from any act to deprive one of one's life, but also to ensure its protection by the national legal system, that is, it would imply an obligation for the state to prohibit the taking of life and to determine the criminal responsibility for the deprivation of a person's life.<sup>31</sup>

Some thoughts in Article 2 are paradoxical due to absence of a discussion of the scope of this right, because the Convention does not provide any reference to the beginning or end of the life. However, due to differing perceptions regarding the beginning of the life by states, the ECtHR considers this determination to be within the 'margin of appreciation' of State Parties<sup>32</sup> since in *Vo.v France* case, the Court could not give reasonable justification to its decision about whether a fetus can be protected under Article 2, nor impose obligation on States where abortion on request is tolerated. Simply, to determine whether fetus has a right to life or not remained up to Member States.

Equally, the Convention apparently also does not protect the life of a fetus,<sup>33</sup> as we have seen in *Vo.v France* where the Court became effete to explain how a human being at embryonic stage entitles to human rights that are equal, inalienable and inherent and only holding that human embryos are beginning to receive some protection in the light of scientific investigation,<sup>34</sup> where under the international human rights law, principles of non-discrimination and equality some protection can be considered as equal protection.<sup>35</sup>

Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights (ACHR), which proclaims that the right to life begins from the "moment of conception,"<sup>36</sup> Article 2 of the

30 Neil **Moonie**, (2005), *Health and Social Care*, Heinemann Educational Publishers, p. 25

31 *Makaratzis v. Greece*, (App. No. 50385/99) (2004) Judgment 20.12. 2004 [Grand Chamber], para. 29, p. 20

32 Jakob **Pichon**, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, in *German Law Journal* Vol. 07, No. 04, (2006), pp. 439-440

33 Francisco **Forest**, Martin **Stephen** and et.al, (2006), *International Human Rights and Humanitarian Law: treaties, cases and analysis*, Cambridge University Press, USA, First edition, p. 333

34 *Vo v France* ECtHR, judgment of 8 July 2004, no. 53924/00, para.84

35 Rita **Joseph**, (2009), *Human Rights and the Unborn Child*, Ch. 9, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, p. 210

36 Article 4, 1969 American Convention on Human Rights, Pact of San Jose, Costa Rica

Convention does not determine the time when the right to life begins. Also, as was noted above, the term “everybody” has to be clarified so that it would be clear if this provision would be considered to grant the right to life to a fetus; until today, the right to life of a fetus has been reviewed only in relation to abortion. In the case of *Paton v. the United Kingdom*, where the husband claimed that termination of the ten-week pregnancy of his wife on medical grounds violated the right of the fetus under Article 2 of the Convention, the Human Rights Commission (hereinafter “the Commission”) pointed out that the fetus did not fall under Article 2 of the Convention, and that the term “everyone” could only apply from the moment of birth.<sup>37</sup> However, the Commission did not formulate a precise answer to the question as to whether or not Article 2 protects the unborn child, and if the fetus had a right to live in comply with the Article, with all its limitations.

This issue was approached in the case *Vo v. France* from the aspect of whether the life of the fetus can be considered in isolation from the mother’s and/or whether killing of the unborn child could lead to criminal proceedings. Thus, according to the decision of the Commission, the fetus cannot be considered to be a “human” until it was born and the fetus was not a victim of an international homicide under French law.<sup>38</sup>

Studies done up to now on the different abortion laws have found that an unborn child is not recognized as “a person” directly protected under Article 2 of the Convention, and if an unborn child has the right to life, then it is apparently restricted in favor of the rights and interests of the mother.

Furthermore, if an unborn child is a human and has the right to life from birth, the abortion of this embryo will directly violate the principle of equality. Likewise, Robert Jorge argues<sup>39</sup> that an “equal moral status” belongs to all human beings regardless their age, size or stage of development. From this perspective, the fetus has the right to life because it is a ‘potential human being’. According to that argument, the unborn child inherited the right to life from the very earliest stage of his physical integrity inside the uterus.<sup>40</sup>

As previously noted, the question of when life begins is within the competence of every State due to two reasons: first, question of the protection has not been resolved in some States because of approaches to abortion. As I think that the evolution of human society mainly can be classified into two approaches: 1) the conservative approach and 2) the liberal approach. The conservative approach is based on religious and ethical values, but even if the religion is against abortion, depending on these approaches, they are further divided into two groups: the radical conservative approach, such as

37 Sharon **Detrick**, (1999), *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, the Netherlands, p. 135

38 Bernadette **Rainey** and et. al, (2014), *Jakobs, White and Ovey*, Oxford University Press, Sixth Edition, p. 166; see also at A. **Plomer**, *A Faetal Right to Life?, The Case of Vo. v. France (2005)*, 5 *HRLR* 311

39 Quoted in *Debating the Moral Status of the Embryo*, (July-Aug. 2014), *Harvard magazine*, Available from <http://harvardmagazine.com/2004/07/debating-the-moral-statu.html> [Accessed on July 24 2014]

40 Quoted in <http://www.bbc.co.uk/ethics/abortion/child/potential.shtml> [Accessed on June 07 2014]

pursued by Catholics, Buddhists, and the relatively conservative approach as advanced by the Orthodox religions, Protestants and Islam.

In the last few years, medical ethics policies and the sources of these policies became the generally recognized attitude in interpreting this dilemma with respect to Hippocrates and his guidance to doctors. Beneficence, non-maleficence, autonomy and justice are at the core of modern ethical principles as stated in the Hippocratic Oath - the seminal document on the ethics of medical practice.<sup>41</sup> According to Lawrence, the principle of utility which requires us to contribute to make good to others is a manifestation of the universal norms of fundamental ethics. Moreover, scholars like "Beauchamp and Childress have stated that there are two principles of beneficence, positive beneficence and utility." The standard of positive beneficence asks that ethical operators give to others, while the rule of utility obliges ethical specialists to balance advantages and shortfalls to create the best result.<sup>42</sup>

From the time of Hippocrates until today, the principle of non-maleficence has been accepted as a fundamental principle of medical ethics.<sup>43</sup> While the principle of non-maleficence is at the forefront of all medical practice, then as in abortion, there may be arisen cross-cutting issues such that one's beneficence can cause another's maleficence. During pregnancy, the absolute need in beneficence is that both the mother and the fetus should be in harmony. According to the pro-abortionists, in order to achieve this absolute beneficence, if the mother wants to have an abortion, then the fetus has no choice. Whereas, anti-abortionists argue that if because of the absolute beneficence of the mother, the outright beneficence of the baby is violated, it would be unfair to the latter. Therefore, in the context of the absolute beneficence, the two sides - pro-abortion and anti-abortion - cannot reach a consensus.<sup>44</sup>

Pregnancy, as a result of the rape or disability of the fetus does not entail a change to the balance between the beneficence and non-maleficence because the fetus is innocent. If such a fetus is unwanted then until his birth, the corresponding authorities can make an agreement with the mother, encouraging her to save the life of the fetus provided that after the birth, the baby will be under the protection of the government.

## **B. Abortion Is a Human Rights Issue Under International Law**

As it is mentioned above, the right to health as a fundamental right of person has enshrined not only in majority of legal documents at regional level, but also at international level as, namely in the UN system. Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW), was the first binding international treaty covering

41 Erdem **Aydın**, Nermin Ersoy, *Tıp Etiği İlkeleri*, T Klin Tıbbi Etik, 1995, 2-3, s. 52

42 Dana J. Lawrence, 2007, *The Four Principles of Biomedical Ethics: A Foundation for Current Bioethical Debate*, *Journal of Chiropractic Humanities*, p. 35

43 Erhan **Büken**, Nüket **Örnek Büken**, *Yasal ve Etik Yönleriyle Türkiyede Tıbbi Malpraktis*, Ed. Ayşegül Demirhan Erdemir ve diğ. *Çağdaş Tıp Etiği*, Nobel Tıp Kitapevleriç İstanbul 2003, p. 163

44 Kamil **Sarıtaş**, 2012, *Kürtajın Ahlakiliği Sorunu/ Ethicality Problem of Abortion*, *International Journal of Social Studies*, Vol. 5, p.587-608, p.590

the issue of family planning. At the 1994 International Conference on Population and Development, 179 Member states agreed that free and informed decision-making about pregnancy and childbirth is a fundamental right.

Furthermore, in 1999 the UN General Assembly recommended the governments to ensure the safe abortion if that is a lawful at the national level.<sup>45</sup> Several UN Human Rights treaties, including the Universal Declaration of Human Rights, articulate the right to health. And the majority of international human-rights expert committees, in their observations to specific governments, have identified unsafe abortion or lack of access to safe abortion as a human-rights issue.

The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) guarantees the right to the highest attainable standard of physical and mental health, with equity and non-discrimination. In 2004, the UN Special Rapporteur on the Right to Health made explicit the need for abortion services so that governments fulfill the right to health, writing that "where abortions are legal, they must be safe: public-health systems should train and equip health-service providers and take other measures to ensure that such abortions are not only safe but accessible," echoing earlier UN proclamations.

The Article 10 (2) of the CESCR states that "[s]pecial protection should be accorded to mothers during a reasonable period before and after childbirth. During such period working mothers should be accorded paid leave or leave with adequate social security benefits." Analyzing this norm, it is easy to see how the Convention imposes obligations on the State members about providing special protection for women, while the second sentence of the provision does not undermine the rights of working mothers. However, the Convention pointed out the inadequate sexual and reproductive health services,<sup>46</sup> condemned criminalization of abortions when a mother's life is at risk or when the pregnancy was the result of rape or incest,<sup>47</sup> and especially highlighting the risk of deaths by clandestine abortions.<sup>48</sup>

### III. Ethical Issues in Prenatal Screening

By the development of medical methods, the most women wished to know whether their pregnancy is progressing normally, because through such pre-natal testing it is possible to have information about sex, any abnormalities and genetic disorders of a fetus. So, even health professionals can forecast the diagnosis to maintain or terminate the pregnancy because this phenomenon directly linked with the ensuring the reproductive rights of women and the right to life of fetus.

---

45 Iqbal H. **Shah**, Elisabeth Åhman and Nuriye Ortayli, "Access to Safe Abortion: Progress and Challenges since the 1994 International Conference on Population and Development (ICPD)", *Background Paper No. 3*, p. 13, [[http://icpdbeyond2014.org/uploads/browser/files/access\\_to\\_safe\\_abortion.pdf](http://icpdbeyond2014.org/uploads/browser/files/access_to_safe_abortion.pdf) last access 10, 11.2015]

46 CESCR, Concluding Observations: Kazakhstan, E/C.12/KAZ/CO/1, (7 June 2010), para. 133; Nicaragua E/C.12/NIC/CO/4, (28 November 2008), para.26

47 CESCR, Concluding Observations: Mauritius, E/C.12/MUS/CO/4, (8 June 2010), para. 25

48 Ben **Saul**, David Kinley and Jaqueline Lowbray, (2014), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, cases and materials*, Oxford University Press, London, Great Britain. p. 798

Furthermore, pursuant to international legal norms, everyone enjoys the right to dignity, privacy, equality and autonomy (control over own life). Ethical principles are intertwined with prenatal testing; those seeking and providing it often face controversial decisions and ethical dilemmas. What happens if saving the life of an unborn child violates the right of the mother to reproductive health, private life and the right to choose? The fundamental human rights values of dignity, privacy, equality and autonomy are often relevant to the way a woman is treated during pregnancy and childbirth. Therefore, before screening or testing pregnancies for underlying genetic disorders, it is important to consider the ethics of a given situation. Genetic diagnosis may affect decisions about maintaining or ending a pregnancy, place stress upon the family, and/or provide information that may only be pertinent years into the future.

Ideally, couples considering prenatal diagnosis meet with a genetic counselor before diagnostic testing. Even though from the perspective of reproductive rights, a woman enjoys the full right to have an abortion or to decide what to do with her own body, so pregnancy is a state where the woman and the fetus have a special relationship.<sup>49</sup> A woman is free to enjoy her right to choose against medical advice and cannot be forced to accept treatment which is said to be in the unborn child's interest.<sup>50</sup> In some situations prenatal diagnosis may be of little, no or questionable benefit especially if parents would not alter their decisions to maintain or voluntarily terminate a pregnancy and/or if treatment is not available for the given disorder. Medical professionals should be aware that it may not be necessary, or ethical, to diagnose prenatally adult-onset conditions. Moreover, provision of a specific diagnosis may affect the individual's access to healthcare and ability to maintain health insurance for years to come. It is important to explore these and other issues in depth before physically and socially invasive tests are performed. Hospital ethics boards may provide valuable insight for specific cases.

Of course today, in the globalized world, economic misbalance, demographic growth and many social problems may cause married couples or single mothers to opt for selective abortion in certain circumstances. Therefore, pre-natal testing that includes ultrasound, amniocentesis and *chorionic villus* sampling, are aimed at diagnosis of various diseases or genetic defects *in utero* so that the option of selective abortion may be offered to the prospective parents.

The International Conference on Population and Development, Program of Action states that "*[R]eproductive rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international laws and international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic rights of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes the right*

49 Hafize Öztürk, "Abortus ve etik sorunlar," içinde: Etik Bunun Neresinde (yayına hazırlayan: Ankara Tabip Odası Etik Bürosu), Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara, 1997, s. 77; Altıparmak ve ark., "Abortus ve etik," s. 81.

50 Factsheet of the UK Organization Birthrights: protecting human rights in childbirth on Human Rights in maternity care, Available from <http://www.birthrights.org.uk/advice/factsheets/> [Accessed on 19 June 2014]



*to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents.”*<sup>51</sup>

It should be highlighted that a lack of access to adequate health service, maternal mortality, gender- based violence and absence of family planning drive the violations of reproductive rights. All these factors are integral elements of the right to health when imagining that victim of one of the abovementioned factors has no access to medical care.

Apart from this, from the perspective of portability and durability in medical methods, diagnostic and medical ultrasound is very important in the promotion of patient's rights. This method is often used for prenatal sex-selective abortion, which is “an act of violence” on the grounds of gender, as stated in the Beijing Platform of Action, along with the ensuring the right to the reproductive health for woman in general.<sup>52</sup> Of course, the woman must have regular medical check-ups during the pregnancy in order to anticipate any future complications, both in the fetus or the woman. Similarly, in order to prevent one of such complications and to intervene at an early stage, nowadays, in medicine, two-dimensional ultrasound is used in order to show the mobility of the fetus. This is crucial, particularly in detecting of childhood cerebral palsy (CCP), which encompasses a group of non-progressive and non-infectious conditions, which cause slight, moderate, and severe deviations in neurological development. This cerebral damage mainly occurs prenatally and today early intervention in cases of neurological damage is successful, due to such an ultrasound.<sup>53</sup> Nonetheless, if such a development will inform a pregnant mother and a doctor about the possible complications of fetus, this could lead to abortion in the majority of cases, which on one hand violates the right to life of an unborn child if that fetus is considered to be a human, but on the other hand will give the mother the right to choose whether to keep or abort this fetus. So, this sparks contradictions between human rights, such as the right to reproductive health, the right to choose (family life) and the right to private life in general..

Moreover, as indicated above, as a result of such pre-natal testing, the woman or both parents may prefer abortion due to the sex of the fetus, particularly in relation to a female child, in this case, which is a discriminatory act against that female child. This should be noted that such selective abortions are in progress mainly in Eastern countries (e.g. India, Bangladesh) and in some Muslim countries, including Azerbaijan, where women are involuntarily subjected to pre-natal testing because the parents or mainly the male members of the family prefer a male child. Arguably, if the fetus is to

---

51 UNFPA, The Danish Institute for Human Rights and OHCHR (2014), *Reproductive Rights are Human Rights: A handbook for national Human Rights Institutions: United Nations* [<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIHandbook.pdf> last access 09 November 2015]

52 Rita **Joseph**, (2009), *Human Rights and the Unborn Child*, (2009), Martinus Nijhoff Publishers, Chapter 13, p. 266

53 Sanja Tomasovic and Maja Predojevic, *4D Ultrasound - Medical Devices for Recent Advances on the Etiology of Cerebral Palsy*, (Online Article), Available from <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3564175/> [Accessed on 21 June 2014]

have the right to life, and the mother has the right to a private life, in this case, there is a contradiction here where the right of the mother to obtain the abortion trumps the fetus's right to life - both cannot exist together.

Despite all of the possible negative impacts of the ultrasound or screening on the mother or the fetus, it also has positive sides, as while seeing the little embryo a mother can change her mind to terminate the pregnancy, so, ultrasound images not always badly influence on a woman's decision.<sup>54</sup> Also, ultrasound is no longer a diagnostic test applied only to just a few pregnancies regarded, on clinical grounds, as being "at risk," but is used in the majority of pregnancies as an integral part of antenatal care."<sup>55</sup>

Nonetheless, the psychological and negative impacts of this technology have not been studied thoroughly taking into consideration the increasing mechanism of antenatal and obstetric services.<sup>56</sup> In many countries, such as Azerbaijan, Turkey, Saudi Arabia, the commercial application of ultrasound scanning during pregnancy is widespread, offering "baby look" and "fun ultrasound" in order to "meet your baby" with photographs and home videos. Feminists like Petchesky contends that pre-natal testing allows women a greater freedom of choice and enhances reproductive autonomy,<sup>57</sup> whereas the unrestricted use of such tools can cause childhood cancer<sup>58</sup> and lead parents restrict life of by selective abortion.

#### **IV. Abortion As A Crime From The Perspective of The Legislation of Azerbaijan**

The basic principle of the equality of rights and freedoms of all citizens is enshrined in the Article 24 of the Constitution of the Azerbaijan Republic. According to the Article 25 of the Constitution, "(1) *Everyone is equal before the law and the courts. (2) Men and women have equal rights and freedoms. (3) The State guarantees the equality of everyone's rights and freedoms irrespective of race, nationality, religion, language, sex, origin, property or official status, or membership of political parties, trade unions or other public organizations. Limitations of human and civil rights and freedoms on the grounds of racial, ethnic, religious or linguistic affiliation, sex, convictions and political*

---

54 Kathy Waldman, (2014 Jan.), *Does Looking at the Ultrasound Before an Abortion Change Women's Minds?*, see at [http://www.slate.com/blogs/xx\\_factor/2014/01/09/ultrasound\\_viewing\\_before\\_an\\_abortion\\_a\\_new\\_study\\_finds\\_that\\_for\\_a\\_small.html](http://www.slate.com/blogs/xx_factor/2014/01/09/ultrasound_viewing_before_an_abortion_a_new_study_finds_that_for_a_small.html) [Accessed on 21 June 2014]

55 **Campbell S.** (1980), *Diagnosis of fetal abnormalities by ultrasound*, in Milunski A (ed) *Genetic Disorders and the fetus*. Plenum, New York, pp.431-467

56 **A.E. Reading** and **S. Campbell**, (1982), *The psychological effects of Ultrasound Scanning and in Pregnancy*, in *Advances in Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, Springer Berlin Heidelberg, pp.371-373;

57 **Petchesky R. P.** (1984) "Abortion and Woman's Choice" Northeastern University; see also **Melissa Masden** (1992), *Pe-Natal Testing and Selective Abortion: The Development of a Feminist Disability Rights Perspective in Women With Disabilities Australia* (WWA) online journal, at <http://wwda.org.au/issues/eugenic/eugenic1995/masden1/>; [Accessed on 21 June 2014]

58 **Henderson JT, Harper CC, Gutin S**, et al. *Routine bimanual pelvic examinations: practices and beliefs of US obstetrician-gynecologists*. *Am J Obstet Gynecol* 2013; 208:109.e1-7; see at <http://www.ajog.org/article/S0002-9378%2812%2902070-4/pdf>; [Accessed on May 03 2014]

or social affiliation are prohibited." Although the new Criminal Code provides the punishment for violations of the right to equality, including gender equality under the Article 154,, the term "discrimination against women" has remained absent. Since the adoption of the new Criminal Code in 2000, Article 154 has never been used.<sup>59</sup> So, consequently, women in Azerbaijan are hindered by the gap between their legal situation and their real situation.<sup>60</sup>

Committee on Economic Social and Cultural Rights adopted General Comment 14 on the right to the highest attainable standard of health at its 22nd Session, in 2000. With regard to gender, the Committee recommends that States integrate a gender perspective in their health-related policies, planning programs and research in order to promote better health for both women and men." As well as with regard to women and the right to health, the Committee notes in paragraph 21 that "to eliminate discrimination against women, there is a need to develop and implement a comprehensive national strategy for promoting women's right to health throughout their life span." The same paragraph states: "A major goal should be reducing women's health risks, particularly lowering rates of maternal mortality and protecting women from domestic violence." Moreover, the Committee stresses that "it is also important to undertake preventive, promotive and remedial action to shield women from the impact of harmful traditional cultural practices and norms that deny them their full reproductive rights."<sup>61</sup>

The level of maternal mortality during labor remains high. There is an explicit connection between poor health, reduced life-expectancies and population residing in the zones of ecological risk.

The induced termination of a pregnancy is one of the medical-social factors negatively influencing the health of women. It is not surprisingly that the WHO considers abortion in most countries to be a serious problem to the reproductive health of women,<sup>62</sup> because abortion leads to maternal mortality, infertility and prenatal pathologies. Furthermore, abortion raises the risk of birth of physically and/or mentally ill babies in the future inasmuch as during induced abortion, that is, with medical interference, the wall of the uterus is injured by medical instruments and this creates additional problems for the future pregnancies of that woman.<sup>63</sup> Abortion also increases the rate of miscarriages.<sup>64</sup>The situation in Azerbaijan in this regard remains unchanged, because an increase in abortions is an additional factor in the country. Sixty-three percent of women at the age from 15 to 44 years old have had an abortion in Azerbaijan. The

---

59 CESCR, Violence against Women in Azerbaijan: Alternative Report, p. 5, [///D:/46c190290.pdf]

60 Ibid. p. 6

61 Supra 44. p. 33

62 WHO, Safe Abortion: technical and policy guidance for health problems, Second Edition, 2012, p.18

63 Yuelian Sun,Yan Che,, Ersheng Gao, Jørn Olsen and Weijin Zhou, (2003),Induced abortion and risk of subsequent miscarriage, in Oxford Journals,, [online article], <http://ije.oxfordjournals.org/content/32/3/449.full> [last visited 26.08.2015]

64 Ibid.

number can increased since many women, without desiring publicity, abort illegally<sup>65</sup>, because Azerbaijani law does not deem abortion a crime, but a doctor can be punished criminally order for the facilitation of an illegal abortion.<sup>66</sup>

According to the State Committee for Family, Women and Child Affairs, the rate of abortions increased to 11 thousand per year in the last nine years and only 2070 women who had abortions within the last three years were 19-year-old women. According to the information women aged 25-29 mostly obtain abortions in Azerbaijan.<sup>67</sup>

An even more dangerous scenario becomes clear while taking into account the abortions performed outside of health establishments. Abortion increases the rate of maternal mortality as well. According to the State Statistics Committee, in 2000-2013 years, the rate of maternal deaths in the country during the pregnancy, birth and confinement were as in the table below:<sup>68</sup>

<b>Years</b>	<b>Persons</b>	<b>Per 100 000 born alive</b>
2000	44	37.6
2005	41	28.9
2007	54	35.5
2008	40	26.3
2009	37	24.3
2010	26	15.7
2012	26	14.9
2013	25	14.5

The current Criminal Code of the Republic of Azerbaijan classifies crimes enshrined in the Chapter VIII as “Crimes against life and health.” These include: first, crimes against life, second, crimes against health, and third, crimes against life and health. Illegal abortion is proscribed in Article 141 of the Criminal Code in the group of crimes threatening life and health.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Supra 44, p.34

<sup>66</sup> Art. 141 of the Criminal Code. The Criminal Code punishes “illegal abortions, namely abortions performed by a physician outside hospitals or other medical establishments or by an individual without higher medical information”

<sup>67</sup> Aynur Ramazanova, (2014), Abortion Rates in Azerbaijan, Social Science In The Caucasus, <http://Crrc-Caucasus.blogspot.com/2014/05/Abortion-Rates-In-Azerbaijan.html>

<sup>68</sup> The table was taken from the Official Report of the State Statistics Committee

<sup>69</sup> Article 141, Criminal Code of the Republic of Azerbaijan, 2000

Generally, during the Soviet period, there were three relevant criminal laws in Azerbaijan. Illegal abortion was considered to be a criminal offence under Article 115 of the third Criminal Code approved by the Law of Azerbaijan, dated 8 December 1960. In the first part of the article, abortion by the doctor outside of the hospitals or health institutions, abortion by a person without a proper special medical knowledge, a reoccurrence of the previously mentioned two criminal offences or causing long-term detrimental side effects to health, or to death, were assigned criminal liability.

After independence, the government adopted the new criminal law, which entered into force in 2000. Illegal abortion was dealt with in Article 141 of the Criminal Code, which also provided criminal responsibility for offences such as a doctor performing abortion outside of a medical institution (141(1)); abortion by a person who does not have special medical education (141(2)); and imprudence resulting in serious harm to health (141(3)) and death of the victim. (141(4))

While analyzing the provisions of both the criminal or relevant legislative acts on health, it can be said that those legal norms still have to be improved in order to ease the interpretation for lawyers and physicians. Neither Article 141 in the Criminal Code nor Article 30 of the Law on the Protection of Health (according to which the induced termination of pregnancy can be done upon the consent of the mother until 12th week of the pregnancy, whereas according to social causes such abortion may be done until 22th week of the pregnancy) provide total guidance. In the context of the Turkish Civil Law, a fetus refers to the baby, who possesses the right of capacity at the very moment of conception until live birth, without having yet a personality.<sup>70</sup>

Personal rights are very important in the context of human rights. Such rights are interlinked to the sanctity of a person. These rights include the autonomy of a person over his own body. Personal rights are associated with the right to life, honor and dignity, physical integrity, liberty, and right to private life.

The right to life is one of the fundamental rights according to Article 27 of the Constitution of Azerbaijan. The question about whether to grant the fetus the right to life or not has been discussed for many years but still remains unresolved.

The Criminal Code fails first to resolve the notions of complete and live births, considering the fact that legally speaking, an infant enjoys the capacity of personality from the very moment of “complete expulsion or extraction of a fetus from its mother, irrespective of gestational age and regardless of whether the umbilical cord has been cut or the placenta is attached” and consequently, does not recognize such a distinction.

The Criminal Law and the Law on the Health do not address the notion of “moment of conception” as well, as the personality of the live-born infant, who has capacity or personality, starts from the moment of conception, personality is gained retrospectively because according to the Corpus Iuris Civilis and Part 1.5.7. of the Digesta, the fetus is protected by the law to a level equal to that of the live born infant.<sup>71</sup>

70 Article 28, Turkish Civil Code, Law N. 4721, dated 7/12/2002

71 Aydın Ünver, **Tülay**: Ceninin Hukuki Konumu, Xi Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 17

Apart from this point, the termination of the pregnancy later than prescribed by the Law on Health is unlawful. Social reasons for abortion are determined by the Cabinet of Ministers. Thus, according to such a list of social reasons, that includes severe disability of the husband, death of the husband during the pregnancy of the mother, a court decision about the deprivation or restriction of parental rights, unemployment of a woman or her husband, detention of the woman or her husband, pregnancy out of wedlock, divorce during the pregnancy, rape-related pregnancy, having many children (five or more); having a child with limited health capacities, having a status of refugee or internally displaced person, absence of an apartment, housing in dormitory, and living in another's personal house was approved by Decision No. 5 of the Cabinet of Ministers of Azerbaijan, dated 12 January 1999.

Furthermore, taking into account the spontaneous, therapeutic and criminal forms of abortions performed due to medico-legal reasons,<sup>72</sup> both legal norms do not reflect the notion of a therapeutic abortion. In many cases it is impossible to discover the underlying reason for the abortion. In general, first the Law on the Protection of Health and the relevant article of the Criminal Code do not differentiate those types of abortions. The second, third and fourth subparagraphs of Article 141 of the Criminal Code hold that negligence causing serious injury or death to the mother is an offence, but do not identify the offender and the basis for negligence, in particular. The mother herself or a third person can also terminate the pregnancy, that is, the criminal abortion, whereas, which is recognized as a synonym of the induced abortion may be spontaneously stopped. So, the Law does not recognize such a distinction.

Also, the status of the woman: whether she is married or not or whether she was aged or not was not addressed in the norm due to fact that not only married or aged women can be pregnant. Thus, in case of an underage or unmarried pregnant woman, the law must also consider the causes of the pregnancy, be it is rape or incest, and the issue of consent of close relatives or legal guardians of the underage mother.

## Conclusion

The right to health as an inherent right of a person has not yet been clearly identified by international legal instruments that hinders to fully enjoyment of other rights like right to education, right to development, freedom of expression, reproductive rights and etc. Furthermore, States undertake international obligations over ensuring rights and freedoms of citizens otherwise this can cause to mass infringements.

The enjoyment of the right to life of an embryo remains also vogue because international treaties, excluding the American Convention on Human Rights, which particularly emphasizes that the life of an embryo begins from the moment of its conception. Despite fact that the European precedent law recognizes some protection to an embryo but has not still clearly implied the justification of this right in relation to a fetus. According to the European law, life starts from the birth.

---

72 Russel S. Fischer, 1951, Criminal Abortion, 42 Journal of Criminal Law and Criminology, p. 242

The issue becomes to be more complicated when it deals with the suicide and assisted suicide, which are different due to the fact of *mens rea*. So, if a person must not be held criminally responsible if s/he kill himself without an intention to die, whereas a person directly participating or inciting to kill of another, even if that person is a physician can be brought to can be brought to justice. As has been noted until nowadays already unaccepted right to life of a fetus can be restricted in favor of a mother, even if that process would be unfair to the latter. ... In addition the society can also interferes into the private life of a person based on a value of a suicidee as well as under Article 8 (2) of the ECHR.

Inasmuch as ECtHR do recognize the right to life as a fundamental, in spite of an absolute right. Henceforth, the States which legally accept assisted suicide can perform this act of so-called "mercy killing" even if with the consent of a patient or his relatives, as a last resort but must inform the patient and his relatives about the alternative methods of treatment, instead.

Due to unclear determination of elements of the beginning of life, whether it starts from the moment of conception or depends on the live birth of a fetus in order to recognize that being as a person, the main problem on legal status of a fetus and the reproductive rights of a woman remain legally unresolved.. While drafting relevant legal norms, the principles of beneficence, mal-beneficence, personal rights, and limits of life, consent, parental rights in relation to married couple and other related questions must be legally defined.

---

**REFERENCES**


---

- American Convention on Human Rights, Pact of San Jose, Costa Rica, 1969
- André Janssen, (2002), The New Regulation of Voluntary Euthanasia and Medically Assisted Suicide in the Netherlands, *Int J Law Policy Family* (2002) 16(2): 260-269
- Aydin Ünver, Tülay: Ceninin Hukuki Konumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 17
- Aynur Ramazanova, (2014), Abortion Rates in Azerbaijan, social, <http://crrc-caucasus.blogspot.com/2014/05/abortion-rates-in-azerbaijan.html>
- Ben Saul, David Kinley and Jaqueline Lowbray, (2014), *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, cases and materials*, Oxford University Press, London, Great Britain. p. 798
- Bernadette Rainey and et. al,(2014), Jakobs, White and Ovey, Oxford University Press, Sixth Edition, p. 166; see also at A. Plomer, *A Foetal Right to Life?, The Case of Vo. v. France (2005)*, 5 HRLR 311
- V. Božidar BANOVIĆ and Veljko TURANJANIN, (2014), *Euthanasia: Murder or Not: A Comparative Approach*, in *Iranian Journal of Public Health*. 2014 Oct; 43(10): 1316-1323
- Brigit Thoeses, the Right to Health, Economic, Social and Cultural Rights: Textbook, Asbjorn Eide, v.d. (ed.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, (Second revised Edition), 2001,p. 170
- Campbell S. (1980), *Diagnosis of fetal abnormalities by ultrasound*, in Milunski A (ed) *Genetic Disorders and the fetus*. Plenum, New York, pp.431-467
- CESCR, Concluding Observations: Kazakhstan, E/C.12/KAZ/CO/1, (7 June 2010), para. 133 Nicaragua E/C.12/NIC/CO/4, (28 November 2008), para.26
- CESCR, Concluding Observations: Mauritius, E/C.12/MUS/CO/4, (8 June 2010), para. 25
- Criminal Code of the Republic of Azerbaijan, 2000
- Dana J. Lawrence, 2007, The Four Principles of Biomedical Ethics: A Foundation for Current Bioethical Debate, *Journal of Chiropractic Humanities*, p. 35
- Erdem Aydın, Nermin Ersoy, Tıp Etiği İlkeleri, T Klin Tıbbi Etik, 1995, 2-3, s. 52
- Erhan Büken, Nüket Örnek Büken, Yasal ve Etik Yönleriyle Türkiyede Tıbbi Malpraktı, Ed. Ayşegül Demirhan Erdemir ve dig. Çağdaş Tıp Etiği, Nobel Tıp Kitapevleriç İstanbul 2003, p. 163
- Factsheet of the UK Organization Birthrights: protecting human rights in childbirth on Human Rights in maternity care
- Francisco Forest, Martin Stephen and et.al, (2006), *International Human Rights and Humanitarian Law: treaties, cases and analysis*, Cambridge University Press, USA, First edition, p. 333
- Jonathan Herring (2014), *Medical Law and Ethics*, Ch.9 Dying and Death, p.519
- Henderson JT, Harper CC, Gutin S, et al. Routine *bimanual pelvic examinations: practices and beliefs of US obstetrician-gynecologists*. *Am J Obstet Gynecol* 2013; 208:109.e1-7
- Iqbal H. Shah, Elisabeth Åhman and Nuriye Ortaylı, "Access to Safe Abortion: Progress and Challenges since the 1994 International Conference on Population and Development (ICPD)", *Background Paper No. 3*, p. 13
- Jakob Pichon, *Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment Vo v. France*, in *German Law Journal* Vol. 07, No. 04, (2006), pp. 435-436
- Kamil Sarıtaş, 2012, Kürtajın Ahlakiliği Sorunu/ Ethicality Problem of Abortion, *International Journal of Social Studies*, Vol. 5, p.587-608, p.590
- VI. Kathy Waldman, (2014 Jan.), *Does Looking at the Ultrasound Before an Abortion Change Women's Minds?* see at [http://www.slate.com/blogs/xx\\_factor/2014/01/09/ultrasound\\_viewing\\_before\\_an\\_abortion\\_a\\_new\\_study\\_finds\\_that\\_for\\_a\\_small.html](http://www.slate.com/blogs/xx_factor/2014/01/09/ultrasound_viewing_before_an_abortion_a_new_study_finds_that_for_a_small.html) [Accessed on 21 June 2014]
- Linda M. Keller, (2001), *Indivisibility of Economic and Political Rights*, in *Human Rights and Human Welfare*, Vol.1:3, A review of Development as Freedom by Amartya Sen. New York: Knopf, 1999



- (Paperback Edition: Random House, 2000). 366 pp., p. 10
- Linda J. Mad, *General Principles of Human Rights Law Recognized by All Nations: Freedom From Arbitrary Arrest and Detention*, 10 CAL. W. INT'L LJ. 272,301-02 (1980)
- Marc Groenhuisen, (2007), *Euthanasia and the Criminal Justice System*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11.3, p. 21
- Mehmet Emin Özgül, (2010), *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uyğunluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Türkiye, p. 95
- Michael Cholbi (2007), *Self-manslaughter and the forensic classification of self-inflicted death*, in *J Med Ethics* 2007;33:155-157
- Neil Moonie, (2005), *Health and Social Care*, Heinemann Educational Publishers, p. 25
- Norman St. John-Stevan, (2002). *Life, Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States*, BeardBooks Washington D.C. p.264
- Quoted in *Debating the Moral Status of the Embryo*, (July-Aug. 2014), Harvard magazine
- VII. J. Pereira, *Erratum Legalizing euthanasia or assisted suicide: the illusion of safeguards and controls*, in *Current Oncology*–Volume 19, Number 3, June 2012; *Curr Oncol* 2011;18:e38-45. Published online April 4, 2011; corrected after publication May 14, 2012
- D. Petchesky R. P. (1984) "Abortion and Woman's Choice" Northeastern University; see also Melissa Masden (1992), *Pe-Natal Testing and Selective Abortion: The Development of a Feminist Disability Rights Perspective* in *Women With Disabilities Australia (WWA) online journal*,
- A.E. Reading and S. Campbell, (1982), *The psychological effects of Ultrasound Scanning and in Pregnancy*, in *Advances in Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, Springer Berlin Heidelberg, pp.371-373;
- Rita Joseph, (2009), *Human Rights and the Unborn Child*, (2009), Martinus Nijhoff Publishers, Chapter 13, p. 266, p.210
- Russel S. Fischer, 1951, *Criminal Abortion*, 42 *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 242
- VIII. Sanja Tomasovic and Maja Predojevic, *4D Ultrasound - Medical Devices for Recent Advances on the Etiology of Cerebral Palsy*, (Online Article),
- Sharon Detrick, (1999), *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague, the Netherlands, p. 135
- Sultan Tahmazoglu Üzeltürk, *Anayasa hükuku açısından sağlık hakkı (Ulusal ve Uluslararası boyutuyla)*, Legal Yayıncılık San. Ve Tic. LTD.ŞTİ, İstanbul, Türkiye, (2012), p. 3, İSBN: 978-605-4354-57-3
- Saunders C. *Terminal care in medical oncology*. In: Begshawe KD, editor. *Medical oncology*. Oxford: Blackwell; 1975. pp. 563-76
- M. Sherif Bassiouni, (1994), *Human Rights in the Context of Criminal Justice: identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. (3), pp.235-297, p.248
- Sybe A. de Vries, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 1 (January) 2013, pp. 169-192; p. 177
- TERRY BRANTLEY (1996), *People v. Kevorkian: Michigan's Supreme Court Leads the Way in Declaring No Fundamental Right to Assist Another in Suicide*, in *Mercer Law Review* Vol. 47, (1996), 1191-1199, at 1192
- Turkish Civil Code, Law N. 4721, dated 7/12/2002
- UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Fact Sheet No. 31, The Right to Health*, June 2008, No. 31
- UNGA Report, *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, A/61/338, para. 13
- UNFPA, *The Danish Institute for Human Rights and OHCHR (2014), Reproductive Rights are Human Rights: A handbook for national Human Rights Institutions: United Nations*
- UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life)*, 30 April

1982, available at: <http://www.refworld.org/docid/45388400a.html> [accessed 29 January 2016]  
Yuelian Sun, Yan Che., Ersheng Gao, Jørn Olsen and Weijin Zhou, (2003), Induced abortion and risk of subsequent miscarriage, in Oxford Journals., [online article]  
Zylicz Z, Finlay IG.(1999), Euthanasia and palliative care: reflections from The Netherlands and the UK. J R Soc Med. 1999;92:370-3

**Cases:**

Lanham D (1990), the Right to choose to die with dignity 14 Crim L J (16) 401-30  
R.v Adomako [1995] 1 AC 171; [1994] 3 WLR 288, [1994] 3 All ER 79, 99 Cr App R 362, HL  
*R v Bateman* (1925) 19 Cr App R 8, (1925)? Cox 33, [1925] All ER Rep 45, CCA  
E. Cobbs v. Grant, 8 Cal. 3d 229, 502 P.2d 1, 104 Cal. Rptr. 505 (Cal. 1972) p. 240; para. 38  
F. R (Purdy) v DPP (2009) UKHL 45, [68]  
*Makaratzis v. Greece*, (App. No. 50385/99) (2004) Judgment 20.12. 2004 [Grand Chamber], para. 29, p. 20  
*Vo v France* ECtHR, judgment of 8 July 2004, no. 53924/00, para.84

# Bir Hükmün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Hesaplanan Yargı Harcından Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu

Hakemli Makale

**İlhami ÖZTÜRK**

Dr., Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü (ilhamiozturk@hacettepe.edu.tr).  
Dr., Hacettepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences

---

## İÇİNDEKİLER

---

Giriş . . . . .	.141
1. Yargı Harçları . . . . .	.141
2. Yargı Harçlarının Ödenmesi . . . . .	.142
3. Bozulan Hükümden Evvelce Alınmış Olan Harcın Müteakip Hükme Ait Harçtan Mahsubu . . . . .	.146
4. Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde Düzenlenen Mahsup Müessesesinin Analizi . . . . .	.147
5. Mahkeme Kararı ile Harç Mahsup İşleminin Yapılmamasının Hukuki Sonuçları . . . . .	.155
Sonuç . . . . .	.161
Kaynakça . . . . .	.163

---

## ÖZET

---

Yargı hizmetinden yararlanma karşılığı olarak ödenen yargı harçları yargılama giderlerinin önemli bir unsurunu oluşturur. Kural olarak, ilk derece mahkemelerince verilen kararlar üzerinden ödenmiş olan karar ve ilam harcının, temyiz incelemesi sonucunda hükmün bozulmasını müteakip ilk derece mahkemelerince verilen ilgili kararda dikkate alınarak hesaplanan harçtan mahsup edilmesi gerekir. Ancak, çeşitli yargı kararlarında bu kurala uyulmadığı, bozulan karar nedeniyle önceden ödenmiş olan yargı harçlarının yeni kararda hesaplanan yargı harçlarından mahsup edilmediği görülmektedir. Bu çalışmada, Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde düzenlenen mahsup müessesesi yargı kararları ışığında analiz edilmiş, bir hükmün temyiz mahkemesince bozulmasını müteakiben verilen ilk derece mahkemesi kararına istinaden hesaplanan yargı harçlarından, bozulan hüküm nedeniyle daha önce ödenmiş olan harçların mahsup edilmemesinin usul ve yasaya aykırılığı ile doğurduğu hukuki sonuçlar irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yargı Harçları, Karar ve İlam Harcı, Yargılama Giderleri, Mahkeme Kararı, Mahsup

---

## ABSTRACT

---

Judicial fees paid in order to benefit from the judicial services is an important component of the litigation expenses. In principle, the judgment and writ fees paid in relation to the judgments issued by the first instance courts should be taken into consideration and offset against the fees calculated in the related first instance court judgments which are issued following the reversal decisions of the appeal courts as a result of the appellate reviews. However, in several judgments, it is observed that this rule is not applied and the judicial fees already paid for the quashed first instance judgments are not offset from the fees calculated in the new judgments. This study analyses the principle of offset regulated by the Article 8 of the Act of Fees under the light of judicial decisions and examines the unlawfulness of omitting to offset the judicial fees previously paid for the quashed judgment against the judicial fees calculated based on the judgment of the first instance court which is issued on the reversal of the judgment by the appeal court, including the legal consequences of such practice.

**Key Words:** Judicial Fees, Judgment and Writ Fees, Litigation Expenses, Court Judgment, Offset

## Giriş

Mahkeme kararlarında, yargılama giderleri ve bu giderlerin yükletileceği tarafın belirtilmesi zorunludur. Bu kapsamda, yargılama giderlerinin bir parçası olan yargı harçlarının da kararda hüküm altına alınması gerekir. Mükerrer ya da yersiz harç tahsilinin önlenmesi açısından kanunla çeşitli mekanizmalar getirilmiştir. Bunlardan birisi de hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümden, yeni bir hüküm gibi karar ve ilam harcı alınırken, bozulan hüküm dolayısıyla önceden alınan karar ve ilam harcının, mahsup edilmesidir. Ancak, uygulamada hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümlerde bu kurala aykırı olarak, bozulan hüküm nedeniyle daha evvel alınan harçların dikkate alınmadığı görülmektedir.

Bozma kararını müteakip verilen kararda yeniden harç hesaplanması, Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi hükmüne uygun olmakla birlikte daha önce ödenmiş olan harçların dikkate alınmaması ve mahsup edilmemesi anılan kanun hükmü ile bağdaşmamaktadır. Davacının fazla harç ödemesine yol açan bu durum, harçların yargılama gideri olarak mahkeme kararında hükme bağlanması kuralına da aykırılık arz etmektedir. Ayrıca, mahsup edilmeyen yargı harcının, talep üzerine vergi dairesi tarafından davacıya iadesi müstakil bir idari işlem tesisini gerektirmektedir.

Bu çalışmada, ilk derece yargılama sonucunda mahkemelerin vermiş oldukları kararlar üzerine davacılar tarafından ödenen ve yargılama giderlerinin bir unsurunu oluşturan, karar ve ilam harcının, bozma kararını müteakip verilecek olan kararda hesaplanan harçtan mahsup edilmemesi yönündeki içtihatların hukuka uygunluğu analiz edilmiştir.

## 1. Yargı Harçları

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde yer alan "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüyle; başkalarının tutum ve davranışları nedeniyle hakkı ya da menfaati ihlal edilenlerin, ilgili mahkemeye başvurarak, uğradığı maddi ve manevi zararın karşılanmasını isteme hakkı olarak tanımlanabilen hak arama hürriyeti,<sup>1</sup> anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Benzer şekilde Anayasa'nın 125'inci maddesiyle de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmak suretiyle idari eylem ve işlemler de yargı denetimine tabi kılınmıştır. Yasama ve yürütme yetkisi gibi yargı yetkisi de bir devlet erki olup yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (Anayasa md.9). Hukuk devletinin,<sup>2</sup> temel gereklerinin başında yer alan bağımsız yargı vasıtasıyla; yasama, yürütme, hatta yargı işlemlerinin yargı denetimi gerçekleştirilir.<sup>3</sup>

1 KARATEPE, Şükrü, **Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s. 354.

2 ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 88-89; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt:1, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 36; GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt:1, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2009, s. 122-128; ÖZER, Attila, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.95-101; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 1-2.

3 ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s. 186; KABAĞÖZ, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2005, s. 117-118; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetim Hukuku**, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 28-29; AKINCI, Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 38.

Kural olarak yargılama hizmetleri ücretsizdir. Ancak bu hizmet karşılığı harç alınması Anayasa ve kanunlara uygundur. Alınan harç bu hizmetin gerçek maliyeti olmayıp hizmetten bireysel olarak yararlanma karşılığında alınan bir bedeldir.<sup>4</sup> Yargı harçları da diğer harçlar için olduğu gibi yararlanılan hizmetin maliyetinin bir kısmına hizmetten yararlanma karşılığında katılma bedelidir. Bu noktada harcı vergiden ayıran en önemli etken cebirlik unsurunu yerine yararlanma unsurunun söz konusu olmasıdır.<sup>5</sup>

Harçlar Kanunu'nun 1'inci maddesinde, bu kanuna göre alınacak harçlar arasında yargı harçları da sayılmıştır. Anılan Kanun'un 2'nci maddesinde; yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanlarının yargı harçlarına tabi olduğu, 5'inci maddesinde; Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınacağı hükme bağlanmıştır.

Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifede yargı harçları olarak; başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilam harcı, nispi ve maktu karar ve ilam harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçları, keşif harcı, icra harçları, iflas harçları, kayıt ve tescil harçları, kayıt ve belge suretleri ve tasdikname harçları, suret harçları, muhafaza harçları, miras işlerine ait harçlar ile vasiyetname tanzimine ait harçlar yer almıştır.

## 2. Yargı Harçlarının Ödenmesi

Her borç ve alacak ilişkisinde olduğu gibi ödeme, alacak ve borç ilişkisinin en tabii ortadan kalkma yoludur. Bir borç ve alacak ilişkisi doğurması nedeniyle harç da ödeme ile ortadan kalkar. Vergi Usul Kanunu'nun 23'üncü maddesi ödeme konusunu vergi alacaklısı bakımından dikkate alarak, madde başlığında "tahsil" ibaresini kullanmıştır. Adı geçen madde tahsili, verginin kanuna uygun surette ödenmesi şeklinde tanımlamıştır. Aynı Kanun'un 111'inci maddesinde de vergilerin kanunlarda gösterilen süreler içinde ödeneceği hükme bağlanmıştır.<sup>6</sup>

Harç, hizmetten özel ve doğrudan yararlanma karşılığı alındığından önce ödeme sonra hizmetten yararlanma söz konusu olur.<sup>7</sup> Harçlar Kanunu'nun 27/1 maddesi uyarınca

4 AKDOĞAN, Abdurrahman, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 520; SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 7; PEHLİVAN, Osman, **Vergi Hukuku**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2009, s. 372; ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 437; YILMAZ, Kazım, **Türk Vergi Hukuku**, 4. Baskı, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2005, s. 283; EDİZDOĞAN, Nihat / ÖZKER, Niyazi, **Türk Vergi Sistemi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 365; GEREK, Şahnaz / AYDIN, Ali Rıza, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2005, s. 29; ORHANER, Emine, **Kamu Maliyesi**, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2000, s. 118-119; ÖZER, İlhan, **Devlet Maliyesi**, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayını, 1980, s. 19.

5 PINAR, Burak, **Yargı ve İcra Harçları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 32-33; TEKBAŞ, Abdullah, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009, s. 174-175.

6 MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Genel Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s.141-143; ARSLAN, Mehmet, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s. 101-102; ÜREL, Gürol, **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 239; ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 278-279; ÜNSAL, Hilmi, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 33; AYDIN, Selda / ÇAŞKURLU, Eren, **Kamu Maliyesi**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 311; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 906-907.

7 ERDEM, Metin / ŞENYÜZ, Doğan / TATLIOĞLU, İsmail, **Kamu Maliyesi**, 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 72.

(1) sayılı tarifede yazılı maktu harçlar ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenir. Anılan Kanun'un 28/1-a maddesi uyarınca, karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin,<sup>8</sup> geri kalanı (dörtte üçü) kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesi gereğince kural olarak yargı işlemlerinde alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz<sup>9</sup> ise de 28'inci maddesinde, bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasının, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmeyeceği hükme bağlanmıştır.<sup>10</sup> Benzer şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 302'nci maddesi uyarınca; taraflar, harcın ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilamı her zaman alabilirler, bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez. Harçlar Kanunu dâhil, diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.

Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün gereğinin yerine getirilmesine engel olmadığı gibi, söz konusu harcın mükellefinden takip ve tahsil edilmesine yönelik işlemlerin yürütülmesine de engel teşkil etmez. Nitekim; Harçlar Kanunu'nun "*Süresinde Ödenmeyen Harçlar*" başlıklı 37'nci maddesinde; "*Bu kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenleri, ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirilir ve harçlar vergi dairesince tahsil olunur. Yazıda harcın nevi ve mahiyeti, miktarı, mükellefin soyadı ve adı ve en son ikametgahı adresi açık olarak gösterilir*" hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un "*Kısımlar Arası Müşterek Hükümler*" başlıklı onuncu kısmında yer alan, zamanında ödenmeyen harçların bir müzekkere ile ilgili vergi dairesine bildirilmesi gerektiğini düzenleyen 130'uncu maddesi de benzer mahiyette hüküm taşır. Her iki madde hükmü de bakiye karar ve ilam harcının süresinde ödenmemesi durumunda, kanuni mükellefinden vergi dairesi tarafından tahsil edileceğini ifade eder.<sup>11</sup>

8 Ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır.

9 Anayasa Mahkemesi 17/03/2010 tarih ve 27524 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14/01/2010 tarih ve E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı ile Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesinde yer alan, "yargı işlemlerinde alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz" hükmünün; "Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını belirten kural, bireylerin özel menfaatleriyle ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna bağladığından, hak arama özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik taşımamaktadır." gerekçesi ile Anayasa'nın 36'nci maddesine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesindeki, "yargı işlemlerinde alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz" hükmüne benzer olarak Harçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında da "Harç peşin veya süresinde ödenmemiş ise, müteakip muamelelere ancak, harç ödendikten sonra devam olunur." hükmü yer almaktadır.

10 Anayasa Mahkemesi, Harçlar Kanunu'nun, 28'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "*Karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez*" biçimindeki ikinci tümcesini Anayasa'nın 2'nci ve 36'nci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 17/03/2010 tarih ve 27524 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14/01/2010 tarih ve E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı). Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce "*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" şeklindeydi.

11 Kanun gerekçesinde de; ödeme için belli bir süre tespit edilmiş fakat çeşitli sebeplerle ödenmemiş olan harç-

Bu hükme paralel olarak, Tahsilat Genel Tebliği'nin (Seri:A, Sıra No:1) 3/1-1 bölümünde; "Mevzuatımızda yargı harçları (karar ve ilam harçları hariç) ile mahkeme giderlerinin kesinleştikten ne kadar süre sonra ödeneceği hakkında bir hüküm bulunmadığından, bu ilamların borçlularına daha önce tefhim veya tebliğ edilmiş oldukları da dikkate alınarak 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesiyle<sup>12</sup> Bakanlığımıza verilen yetkiye istinaden 1 aylık ödeme süresinin başlangıcı olacak tebliğin talik suretiyle yapılması uygun görülmüştür. Vergi dairelerince yargı harcı ve mahkeme giderlerine ilişkin harç tahsil müzekkerelerinin alınmasını müteakip talik suretiyle yapılacak tebliğlerde, borçlunun adı, soyadı, unvanı, biliniyorsa T.C. kimlik/vergi kimlik numarası, bilinen son adresi ile amme alacağının tutar ve türünü gösterir bir cetvel 10 gün süreyle vergi dairesinin ilan koymaya mahsus mahalline asılacaktır. İlanın asılması ve indirilmesi tutanakla tespit edilecek, söz konusu 10 günlük ilan süresinin sonunda ilgiliye tebliğ yapılmış sayılacaktır. Bu şekilde yapılan tebliğ tarihinden itibaren 1 aylık sürenin son günü, amme alacağının vade tarihi olacaktır." şeklinde düzenleme yer almaktadır.<sup>13</sup> Bir aylık süre sonunda harcın ödenmemesi halinde ödeme emri düzenlenmesi gerekir.<sup>14</sup>

Yargı kararlarında da yukarıda belirtilen düzenlemelere uygun olarak harç tahsilatı yapılacağı vurgulanmıştır.<sup>15</sup>

---

ların, ilgili makam ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren 15 gün içinde bir müzekkere ile o yerin vergi dairesine bildirileceği ve bundan sonra harcın vergi daireleri tarafından takip ve tahsil olunacağı ifade edilmiştir.

12 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 37'nci maddesinde; amme alacakları hususi kanunlarında belli edilen zamanlarda ödeneceği, hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş olan amme alacaklarının Maliye Bakanlığınca belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödeneceği hükme bağlanmıştır.

13 Benzer mahiyette bir düzenleme Vergi Daireleri İşlem Yönergesi'nde de yer almaktadır. Bu düzenleme; yargı harçlarının süresinde ödenmediğinin harç tahsil müzekkeresi ile vergi dairesine bildirileceği, mahkemece düzenlenip ilgili vergi dairesine gönderilen harç tahsil müzekkerelerinin hesap defterine kaydedileceği, defterin ilan cetveli yazılı nüshasının vergi dairesinin ilan tahtasına 10 gün süre ile ilan tebliğ edilmek üzere asılacağı ve ilan tarihine göre verilen bir aylık vadenin defterin ilgili sütununa yazılacağı ve vadesinde ödeme yapmayan mükellefler hakkında ödemeye çağrı mektubu düzenleneceği şeklidir.

14 COŞKUN, Mahmut, **Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 359.

15 Danıştay 9. Dairesi'nin 15/02/2006 tarih ve E.2005/573, K.2006/134 sayılı kararında; mahkemelerce harç tahsil müzekkeresinin vergi dairesi müdürlüğüne gönderilmesi üzerine 6183 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca idarece mükelleflere bir aylık ödeme süresi verilmesi ve bu sürenin sonunda harcın ödenmemesi üzerine ödeme emri düzenlenmesinin icabettiği, olayda ise İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin gönderdiği harç tahsil müzekkeresi üzerine vergi dairesi müdürlüğüne doğrudan ödeme emri tebliğ edildiği, idarece mükellefe ilam harcının ödenmesi konusunda ödeme emrinden önce bir aylık sürenin verilmediği görülmüş olup, bu durumda ortada 6183 sayılı Kanun'un 55'inci maddesinde öngörüldüğü şekilde usule uygun şekilde kesinleşmiş ve vadesinde ödenmemiş bir amme alacağından söz edilemeyeceğinden bu aşamada yükümlü adına düzenlenen ödeme emrinin vergi mahkemesince iptali gerekirken davanın reddine ilişkin olarak verilen kararda isabet görülmediği hükme bağlanmıştır. Danıştay 9. Dairesi'nin 15/11/2006 tarih ve E.2004/3636, K.2006/4415 sayılı kararında da; genelde uygulamada kısa kararın mahkemede ki duruşmada açıklanması sırasında açıklanan kararın harcının ne kadar olduğu çoğu durumlarda henüz hesaplanmamış olduğu için bilinmemekte olduğu, borçlu olunan bu meblağ ancak gerekçeli kararın mahkemece hazırlanıp yazılması, kararın tebliğ çıkarılacak hale gelmesi ile açıklığa kavuşmakta olduğu, kararın hazırlanması, tebliğ çıkarılacak hale gelmesi tarihlerinin tesbiti tam olarak mümkün olmayacağı gibi bu tarihin, davanın tarafları olan kişilerce de bilinmesi imkansız olduğundan, vade tarihinin başlangıcının belirlenmesi gerektiği, mahkemelerce harç



Böylece, bir taraftan bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasına rağmen mahkeme kararı hüküm ve sonuçlarını doğuracak, diğer taraftan da ödenmeyen harcin mükellefi olan davacıdan tahsiline yönelik süreç işletilebilecektir.

Öte yandan, mahkeme kararında hükme bağlanan karar ve ilam harcının tahsili için kesinleşme şartı aranmaz. Bir başka ifadeyle, mahkeme kararına karşı temyiz yoluna başvurulmuş olması, bu karara ilişkin yargı harcının ödenmesini veya tahsilini engellemez.<sup>16</sup> Benzer olarak, kararın kesinleşmesinden sonra icraya konulabilecek hükümler<sup>17</sup> için de kararda hükmedilen harcin alınabilmesi kesinleşme şartına bağlı değildir.<sup>18</sup>

tahsil müzekkeresinin vergi dairesi müdürlüğüne gönderilmesi üzerine 6183 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca idarece mükelleflere usulüne uygun bir tebliğat yapılarak bir aylık ödeme süresi verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Danıştay 9. Dairesi, 22/01/2004 tarih ve E.2001/5557, K.2004/622 sayılı kararında, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 09/10/2000 tarih ve E.2000/6274, K.2000/6528 sayılı kararı ile yükümlü banka adına harca hükmedilmesi üzerine mahkemece 26/10/2000 tarihinde harç tahsil müzekkeresi düzenlenerek davalı vergi dairesi müdürlüğüne harç tahsili için gönderildiği ve vergi dairesi müdürlüğü tarafından da 27/11/2000 tarihinde ödeme emri düzenlenerek yükümlü bankaya tebliğ edildiği, yasal düzenlemeler gözönüne alındığında mahkemece düzenlenen harç tahsil müzekkeresinin yasal süre gözetilmeksizin düzenlendiğine hükmetmiştir.

16 Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 23/05/1996 tarih ve E.1994/991, K.1996/362 sayılı kararla yükümlü adına yargı harcına hükmedildiği, bu karara dayanılarak düzenlenen harç tahsil müzekkeresinin davalı vergi dairesine gönderilmesi üzerine verilen süre içerisinde ödenmeyen yargı harcının tahsili amacıyla dava konusu edilen ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmıştır. Harçlar Kanunu'nun 27/2, 28/a ve 37'nci maddeleri gözönüne alındığında yükümlünün, Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi'nin anılan kararını temyiz etmesinin yargı harcı ödemesini ortadan kaldıracak bir durum yaratmadığı açıktır. Kaldı ki Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde, bir hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümlerden yeni bir hüküm gibi karar ve ilam harcı alınacağı ve bozulan hükümden evvelce alınmış olan karar ve ilam harcının, müteakip hükme ait harçtan mahsup olunacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle mahkemece harca konu olan kararın kesinleşmediği gerekçeyle yükümlü adına düzenlenen ödeme emrinin iptal edilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır (Danıştay 9. Dairesi'nin 19/11/2003 tarih ve E.2001/1895, K.2003/5187 sayılı kararı).

17 Çeşitli kanunlarda tahdidî biçimde sayılmış olan davalara ait ilamlar kesinleşmedikçe icraya konulamaz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350'nci maddesinin 2'nci fıkrası ile 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasında; kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği hükmüne bağlanmıştır. Gemilere ve bunlarla ilgili aynı haklara ilişkin kararlar, kesinleşmedikçe icra edilemez (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu md.31/a). Yabancı mahkeme kararlarının tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi yerine getirmeyi durdurur (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun md.57). Ceza mahkemelerinin Devlete ait yargılama giderlerine ilişkin kararları Harçlar Kanunu hükümlerine göre; kişisel haklara ilişkin kararları İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yerine getirilmekle birlikte (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md.324/4) bunun için kararın kesinleşmesi gerekmektedir (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md.4). Sayıştay ilamları kesinleşmeden icra olunamaz (6085 sayılı Sayıştay Kanunu md.53). İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin gerek esas hakkındaki gerekse yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları üzerine, idarenin "en geç otuz gün içinde" işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması gerekmektedir. Bu fıkranın 4001 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle değişik şekilde yer alan ve yargı kararı gereğinin otuz günde yerine getirilmesi mecburiyetine istisna niteliği taşıyan "Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir." cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 10/07/2013 tarih ve E.2012/107, K.2013/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında ise idari davalara ilişkin kararların gereğinin yerine getirilmesi için kesinleşme şartı aranan bir dava türü kalmamıştır.

18 "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 443'üncü maddesinde gayrimenkule ve buna müteallik aynı haklara ilişkin hükümlerin kesinleşmedikçe icra olunamayacağı öngörülmüştür. Anılan Yasa hükmü ile gayrimenkulün aynına ilişkin olup icrası halinde ileride telafisi imkansız veya güç zararların doğmaması amaçlanmıştır. Gayrimenkulün tescilli davasında tescil kararının icrası üzerine ilgilinin gayrimenkulünün satışı veya devri

### 3. Bozulan Hükümden Evvelce Alınmış Olan Harcın Müteakip Hükme Ait Harçtan Mahsubu

Dava açılırken, başvuru harcı ile karar ve ilam harcının dörtte biri peşin olarak ödenmektedir. Bakiye, dörtte üç tutarındaki karar ve ilam harcı ise kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Belirtilen süre içinde ödeme yapılmaz ise ilgili mahkeme tarafından bu sürenin dolmasından itibaren onbeş gün içinde vergi dairesine müzekkere yazılır.

Harç tahsil müzekkeresini alan vergi dairesi, kamu alacağı niteliğindeki<sup>19</sup> söz konusu harcın takip ve tahsili için harekete geçer.

Takip sürecinde harca esas kararın bozulması durumunda harç tahsilatının bundan nasıl etkileneyeceği, başlatılan takibin devam ettirilip ettirililemeyeceği meselesinin açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Bu noktada, yargı harçlarının ödenmesine ilişkin olarak yukarıda belirtilen mevzuata ek olarak Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde yer alan; *"Bir hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümlerden yeni bir hüküm gibi karar ve ilam harcı alınır ve bozulan hükümden evvelce alınmış olan karar ve ilam harcı, müteakip hükme ait harçtan mahsup olunur."* hükmünün<sup>20</sup> de dikkate alınması gerekir.

Anılan maddeyle, ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir kararın temyiz mahkemesince bozulması durumunda, verilecek yeni hükümde belirlenen harç tutarı ile bozulan hüküm uyarınca evvelce alınmış olan harç tutarları arasında, fazla veya eksik harç alınmasını önlemek amacıyla, bağlantı kurulması sağlanmaktadır. Örneğin; idare mahkemesince bir tam yargı davası ile 10.000-TL idare aleyhine tazminata hükmedilmiş olsun. Bu tutar üzerinden nispi karar harcı hesaplanacağı bunun da haksız çıkan davalı idareye yükletileceği açıktır. İdare mahkemesi kararı bozularak tazminat tutarının 5.000-TL'ye indirilmesinin ya da 15.000-TL'ye çıkarılmasının gerekmesi durumunda yeni verilecek hüküm uyarınca alınması gereken harç miktarı değişecektir. Bozma kararına uyularak verilen yeni kararda; belirlenen tazminat tutarı üzerinden harç hesaplanacak ve önceki karara dayalı olarak alınan harç bu tutardan mahsup edilecektir.

Böylece, eksik harç varsa tamamlanmış fazla harç varsa iadesi sağlanmış, nihai olarak alınması gereken harç tutarına ulaşılmış olacaktır.<sup>21</sup>

*mümkün olup ileride kararın bozulması durumunda eski malikin haklarının telafisi mümkün olmayacağından bu durumların yaşanmaması düşüncesi ile yasa koyucuyu bu yönde tedbir alma yoluna gitmiş bulunmaktadır. Sonuç olarak bu tedbir gayrimenkulun aynına ilişkin hükümlerle sınırlıdır. Harçlar Kanunu bakımından ise yargı harçlarının hangi durumlarda alınacağı ve tahsil usulleri düzenlenmiş olup, bu konuda verilen kararın nevine göre farklı bir düzenleme ve istisna öngörülmemiştir. Ayrıca verilecek kararın bozulması durumunda verilecek yeni kararda, daha önce verilen kararda hükmedilen harcın dikkate alınacağı da yasa da düzenlenmiştir. Bu durumda gayrimenkul tescilli davasında öngörülen yargı harcının alınabilmesi için kesinleşmesi gerekmediğinden, yargı harcının tahsili için düzenlenen ödeme emrini, taşınmazın tesciline ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra icraya konulabileceği gerekçesiyle iptal eden vergi mahkemesi kararında isabet görülmüştür."* (Danıştay 9. Dairesi'nin 16/11/2005 tarih E.2004/927, K.2005/3307 sayılı kararı).

19 TUNCER, Selahattin, **Vergi Hukuku ve Uygulaması**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003, s.262-263.

20 06/10/1964 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 1 Seri No'lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği'nde, hükmün bozulması halinde ne yolda harç alınacağına Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde düzenlendiği vurgulanmıştır.

21 Danıştay 8. Dairesi, 07/11/2008 tarih ve E.2007/3255, K.2008/7133 sayılı kararında; Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi uyarınca, bozulan karar üzerinden hesaplanan ve maliye veznesine ödenen harç miktarının, hükmün bozulmasını müteakip verilen kararda hesaplanan harçtan mahsup edilmemesinde hukuka uyarlık gö-

Mahkeme kararının temyiz incelemesi neticesinde bozulması, bu karara istinaden ödenmesi gereken harcın tahsil sürecine etki etmez.<sup>22</sup> Bir başka ifadeyle, hükmün bozulması, bozulan hükme istinaden hesaplanan harçların tahsiline engel olmaz. Nitekim tahsil edilecek bu tutarlar Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi hükmü gereğince, bozmayı müteakip verilecek karara istinaden hesaplanan harçtan mahsup edilecektir. Bu yolla mükerrer harç tahsilatının önüne geçilmiş olacağından harcın mükellefi olan davacılar açısından bir hak kaybı da söz konusu değildir. Ancak kararın bozulmasının harç tahsilini engelleyeceği yönünde verilmiş kararların<sup>23</sup> da mevcut olduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz.

#### 4. Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde Düzenlenen Mahsup Müessesesinin Analizi

##### 4.1. Mahsup Tanımı ve Mahkeme Kararında Harcın Mahsubuna Hükmedilmesi

Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi uyarınca, mahkeme bozmayı müteakip karar verirken, yeni bir hüküm gibi karar ve ilam harcı hesaplayacaktır. Bu hesaplama işlemi, Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinin yanı sıra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 332'nci maddesinde belirtilen, yargılama giderlerinin hükümde yer alacağı kuralının da gereğidir. Yargı harçları da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323'üncü maddesi uyarınca yargılama gideri olarak nitelendirilmiş olduklarından mahkeme kararında hükme bağlanmaları zorunludur.

---

rülmediğine karar vermiştir. Benzer biçimde, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 10/02/2015 tarih ve E.2014/4005, K.2015/1876 sayılı kararında; "*Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi düzenlemesi gözetilmeksizin, bozulan ilk karar sonrası ödenen harcın mahsubu yapılmaksızın fazla karar ve ilam harcına karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*" hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 08/09/2015 tarih ve E.2015/11252, K.2015/14289 sayılı, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 04/05/2015 tarih ve E.2015/8002, K.2015/8491 sayılı, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 03/11/2008 tarih ve E.2008/15736, K.2008/13933 sayılı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 17/06/2014 tarih ve E.2014/14010, K.2014/17581 sayılı ile Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 31/03/2014 tarih ve E.2014/3647, K.2014/6323 sayılı kararları da bu istikamettedir.

22 Danıştay 9. Dairesi, 14/04/2005 tarih ve E.2003/3711, K.2005/929 sayılı kararında, davacı aleyhine verilen karar uyarınca tahakkuk ettirilen ilam harcının ödeme emri ile istenilmesinde, kararın bozulduğundan bahisle ödeme emrinin iptaline karar verilmesinde hukuka uyumluluk görülmediğine hükmetmiştir.

23 Ödeme emrine konu yargı harcına hükmeden İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararının Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin kararı ile bozulduğu, bu durumda Yargıtay tarafından verilen bu bozma kararı davacı aleyhine hükmedilen ilam harcı miktarını etkileyecek nitelikte olması nedeniyle ortaya çıkan bu yeni duruma göre ilam harcının yeniden hesaplanacağı tabii olduğundan düzenlenen ödeme emri yerinde bulunmamaktadır (Danıştay 9. Dairesi'nin 14/05/2009 tarih ve E.2007/5922, K.2009/2135 sayılı kararı). Gaziantep 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 09/02/2006 tarih ve E.2004/359, K.2006/54 sayılı kararı ile ilam harcına hükmedildiği, aynı kararın Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16/03/2997 tarih ve E.2007/349, K.2007/3848 sayılı kararı ile bozulduğu, söz konusu karara Gaziantep 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 18/05/2007 tarih ve E.2007/159, K.2007/214 sayılı kararı ile ısrar edildiği, ısrar kararının ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17/10/2007 tarih ve E.2007/13-661, K.2007/726 sayılı kararı ile bozulduğu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun belirtilen bozma kararına uyularak verilen Gaziantep 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29/01/2008 tarih ve E.2007/547, K.2008/14 sayılı kararında Gençlik ve Spor Müdürlüğüne karşı açılan davanın reddine karar verildiği ve adı geçen genel müdürlük adına herhangi bir harca hükmedilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bozma kararı ve bu karara uyularak verilen kararla, davacı adına düzenlenen ödeme emrinin dayanağı ortadan kalktığından Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinden bahisle bozma kararından sonra verilecek kararda evvelce alınmış olan karar ve ilam harcının mahsup olunacağı gerekçesi ile davayı reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyumluluk görülmemiştir (Danıştay 9. Dairesinin, 09/03/2010 tarih ve E.2008/1097, K.2010/1113 sayılı kararı).

Bozmayı müteakip verilen karar uyarınca hesaplanan yargı harcından, bozulan hükme istinaden önceden ödenen harcın mahsup edilmesi, mahkeme kararı ile yapılacak bir işlem olup, bu mahsup işlemi idari bir tasarrufa bırakılmamıştır. Her ne kadar Harçlar Kanunu'nun 8'inci madde metninde; mahsup işleminin kim tarafından ve nasıl yapılacağı, ne zaman yapılacağı hususunda açık bir belirleme bulunmamakta ise de, kanun sistematigi ve bütünü, maddenin düzenlendiği bölüm, maddenin hemen öncesindeki ve sonrasındaki madde başlıkları ve içeriği hükümler dikkate alındığında bu işlemin mahkemeler tarafından, mahkeme kararı ile hüküm tesisi anında yapılacağı sonucuna varmak mümkündür. Nitekim, yargı kararları da bu istikamettedir.<sup>24</sup>

Uygulamada çok kere takasla eş anlamda kullanılan ve sözlük anlamı "sayışma" olan mahsup terimi, aslında hukuken farklı bir kurumu ifade eder. Mahsup bazı sebeplerle bir alacak miktarından indirim yapılmasıdır. Örneğin, bir kimsenin tazminat alacağınin miktarını belirlemek için uğradığı zararın hesabında, o şahsın zarar verici olaydan elde ettiği yararların zarardan indirilmesi mahsup terimi kapsamındadır. Zilyetliğin iadesinde, iyiniyetli zilyedin elde ettiği semereler kendi giderlerine mahsup edilir. Vekilin veya komisyoncunun müvekkili adına yaptığı masrafları vekile veya komisyoncuya verilen avanstan veya yaptığı tahsilattan indirmesi de bir mahsup işlemidir. Bu indirime esas olan miktarlar birer karşı alacak değildir ve borçlunun mahsup iddiasının karşılıklı alacakları sona erdirmesi söz konusu olmaz. Mahsup, alacağın hesabına ait bir itirazdır ve bu itirazı sadece borçlu değil, ilgili her şahıs ileri sürebilir.<sup>25</sup> Bu itibarla, mahsup, alacağın gerçek miktarını belirlemek üzere yapılan bir işlemidir. Mahsup işlemi bir başka örnekle şu şekilde açıklayabiliriz: Kira sözleşmesinde kiracı, kiralanan şeyi kendi kusurundan veya şahsında doğan bir mücbir sebepten dolayı kullanamasa veya sınırlı biçimde kullansa dahi, kira bedelinin tamamını ödemeye mecburdur. Ancak, kiralayan, bu durum dolayısıyla yapması gereken masraflardan bir miktar tasarruf etmişse veya kiralanan şeyin başka şekilde kullanılmasından, örneğin bu devrede başkasına kiraya verilmiş olmasından dolayı bir menfaat elde etmişse, bunları kiracıdan tahsil edeceği kira bedelinden düşmeye, yani mahsup etmeye mecburdur. Görüldüğü gibi burada kiralayanın elde ettiği menfaatler kira bedelinden düşülmekte ve sonunda kiracının ödeyeceği kira bedelinin gerçek miktarı belirlenmiş olmaktadır.<sup>26</sup>

Ödenmiş bir verginin ödenmemiş bir vergiden indirilmesine<sup>27</sup> ya da bir vergi ödenirken o vergi için önceden ödenmiş vergilerin indirilmesine "*verginin mahsubu*" adı verilir. Mahsup işlemi verginin tarh aşamasında gerçekleştirilir. Örneğin, gelir vergisi

24 Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi hükmünden hareketle, bir hükmün bozulmasını takiben yeniden yapılan yargılama sonunda verilecek hükümlerden, karar ve ilam harcı alınır, bozulan hüküm dolayısıyla önceden alınan karar ve ilam harcı, yeni alınacak bu harçtan mahsup edilir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23/11/2011 tarih ve E.2011/16-600, K.2011/704 sayılı kararı).

25 OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 599; İNAN, Ali Naim, **Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi**, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 146-147; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, **2014**, s. 146.

26 AKINTÜRK, Turgut, **Borçlar Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 175-176.

27 KIRBAŞ, Sadık, **Vergi Hukuku**, Siyasal Kitabevi, 16. Baskı, Ankara, 2004, s. 139-140.

yıllık beyannamesinde gösterilen gelire giren kazanç ve iratlar üzerinden tevkif edilmiş vergiler ve geçici vergilerin beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden indirilmesi böyledir. Kanunda aksi belirtilmediği sürece mahsup aynı vergi itibarıyla yapılır. Mahsupta yapılan şey, hesaplanan vergiden çeşitli adlarla aynı vergi için önceden alınan bir miktar verginin indirilmesidir. Böylelikle ödenecek nihai vergi miktarına ulaşılır. Mahsup bir tür hesaplaşmadır. Hesaplanan vergiden önceden alınan vergi indirilmediğinde, fazla vergi alınmış olur.<sup>28</sup>

Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi hükmüne istinaden yapılan da; bozmayı müteakip verilen karar uyarınca hesaplanan harç tutarından, bozulan karara istinaden daha önce alınmış olan harç tutarının indirilmesi yani mahsup edilmesidir. Anılan madde metni, bozulan hükümden evvelce alınmış olan harcın, müteakip hükme ait harçtan daha az tutarda olacağı varsayımına dayanır. Bir başka ifadeyle, bozmayı müteakip verilecek hükümden daha fazla harç hesaplanması durumu öngörülmüştür. Ancak, bozulan hüküm nedeniyle daha fazla harç ödenmiş ise, bu kez mahsup işlemi yeterli olmayacak, bozmayı müteakiben verilen hükme kıyasen fazla ödenen kısmın iade edilmesi de gerekecektir. Örneğin, 100.000-TL maddi tazminata hükmeden idare mahkemesi kararının bozulması sonrasında tesis edilen hüküm ile 50.000-TL tazminata hükmedilmesi durumunda, bozulan karar uyarınca alınmış olan nispi karar ve ilam harcı tutarı, bozmayı müteakip verilen karara istinaden hesaplanan nispi karar ve ilam harcı tutarından daha yüksek olacaktır. Bu durumda, mahsup işlemi sonrasında, davacıya iadesi gereken bir tutar mevcut olacaktır. Madde metninde iade konusunda açık bir belirleme yoktur. Benzer şekilde, harç mahsubu işlemi sonrasında, ödemesi gereken harç kalması durumunda bunun ilgiliden tahsil edilmesi gerektiği yönünde de madde metninde açık bir ifade yer almasına rağmen mahkeme kararlarında bu husus hükme bağlanmaktadır.<sup>29</sup> Bu itibarla mahsup sonrasında iade edilmesi gereken bir harç tutarının bulunması halinde, bunun mükellefe iade edilmesi gerektiğini açıkça hükme bağlayan bir ifade madde metninde bulunmasa da, iade konusunda mahkeme kararında hüküm tesis edilmesine engel bir durum yoktur.

Söz konusu mahsup işleminin harç mükellefinin başvurusuna istinaden değil, re'sen mahkeme tarafından yapılması gerekir. Buradaki re'sen mahsup yapılması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 332'nci maddesinde yer alan, yargılama giderlerine re'sen hükmedileceği kuralı ile uyumludur.

28 KIZILOT, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin, vd., **Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 163; IŞIK, A. Kadir / ORGAN, İbrahim / KARAYILMAZLAR, Ekrem, vd., **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, s. 22; KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.451-452.

29 Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi hükmünden hareketle, bir hükmün bozulmasını takiben yeniden yapılan yargılama sonunda verilecek hükümlerden, karar ve ilam harcı alınır; bozulan hüküm dolayısıyla önceden alınan karar ve ilam harcı, yeni alınacak bu harçtan mahsup edilir. Tahsil edilecek bir harç bulunması halinde, süresi içinde ödenmeyen harçların, bu sürenin sonundan itibaren 15 gün içinde, harca konu işlemi talep eden den tahsili amacıyla Maliye'ye müzekkere yazılır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30/11/2011 tarih ve E.2011/5-619, K.2011/716).

#### 4.2. Bozulan Hükümden Kaynaklanan Harcın Ödenmiş Olması Gereği

Bozulan hükümden evvelce alınmış olan harcın mahsup edilebilmesi için “hesaplanmış” ya da “tahakkuk etmiş” olması yeterli değildir. Bu harcın “ödenmiş” olması gerekir. Madde metnindeki, “evvelce alınmış olan” ibaresi bunu gerektirmektedir. Mahsup işlemi için harcın fiilen ödenmiş olması şarttır.

Bozulan hükme istinaden ödenmiş olan yargı harçlarının mahsubu davacı tarafından talep edilmiş ve ödemeye ilişkin belgeler de dava dosyasına sunulmuş ise mahsup işlemi bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır. Harç ödenmemiş ve bu durum mahkeme tarafından biliniyorsa, mahsuba konu bir harç olmadığı için, yine bir duraksama yaşanmayacaktır. Ancak, davacı tarafından bozulan hükme istinaden ödenmiş olan yargı harçlarına ait ödeme belgeleri ibraz edilmemiş, ödeme mahkeme veznesine değil de vergi dairesi veznesine yapılmış ise bu durumda mahkeme hüküm kurma noktasında ilgili vergi dairesinden ya da harcın mükellefi olan davacıdan<sup>30</sup> bu belgeleri re’sen isteyecek midir? Bir başka ifadeyle, bozulan hükümden kaynaklanan harçların ödenip ödenmediği hususunda, bozmayı müteakip hüküm kurulması anında, bir açıklık yoksa mahkeme bu konuyu açıklığa kavuşturacak mıdır? Böyle bir araştırmaya başvurulduğunda, hüküm tarihine kadar cevap gelmemesi durumunda hükmün kurulmasını ertelemek gerekecek midir? Hüküm tarihi itibarıyla, bozulan karara ait olup henüz tahsil edilememiş ancak yasal takibe intikal ettirilmiş yargı harçlarının varlığı halinde, hükmün kurulması için takibin neticesini beklemeye gerek var mıdır? Tüm bu soruların cevabını madde hükümünden çıkarmak mümkün değildir. Yukarıda belirtilen mevzuat ve buna ilişkin yerleşik yargı içtihatları uyarınca, kanuni mükellefi tarafından süresinde ödenmeyen yargı harçları için vergi dairesine harç tahsil müzekkeresi yazılacaktır. Bu aşamadan sonra, söz konusu yargı harcının vergi dairesi veznesine ödenmesi, bu ödemenin hiç yapılmaması

30 Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişidir (Vergi Usul Kanunu md.8). Anayasa'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen vergilerin kanuniliği ilkesi uyarınca, mükellefin de kanunla belirlenmesi gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 14/02/2012 tarih ve 28204 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 17/11/2011 tarih ve E.2010/11, K.2011/153 sayılı kararı). Harçlar Kanunu'nda yükümlüler harç konularına göre ayrı ayrı belirtilmiştir (ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, 2014, s. 438.). Harçlar Kanunu'nun “Mükellef” başlıklı 11'inci maddesinde, “Genel olarak yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle mükelleftir. Vasinin hesabının görülmesi dolayısıyla alınacak harçlar, vesayet altındaki şahsa izafeten vasiden alınır. Herhangi bir istek olmaksızın resen yapılacak işlemlere ait harçlar, aksine hüküm yoksa, lehine işlem yapılan kişilerden alınır.” hükmü ile yargı harcının mükellefi tayin edilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere yargı harcının mükellefi davayı açan kişi yani davacı veya harca mevzu işlemin yapılmasını isteyen kişidir. Yargı harcının mükellefinin kanunla davacı olarak belirlenmiş olması, harçların oluşturduğu mali yükümlülüğü, teoride “ *faydalanma*” ilkesine dayandırarak görüşle de uyumludur. Harçlar Kanunu'nun 40'inci maddesinde; noter harçlarını harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları, 73'üncü maddesinde; konsolosluk harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları, 84'üncü maddesinde; pasaport, ikamet tezkeresi ve tasdik harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları, 120'nci maddesinde; trafik harçlarını, harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişilerin ödemekle mükellef oldukları hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, yargı harcının mükellefinin davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişi olarak belirlenmesi Harçlar Kanunu'nun genel sistemiyle uyumludur. Öte yandan, dava neticesinde, davacının haklı taraf olarak saptanmış olması kanunla belirlenmiş olan yargı harcı mükellefi olma vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Yargı harçlarının yargılama gideri olarak davada haksız bulunan tarafa yükletilmesi de yargı harcının kanuni mükellefini değiştirmemektedir.

ya da eksik yapılması nedeniyle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca yasal takip başlatılmış olması, yasal takip üzerine harç tahsilatının yapılmış olması, takibin sonuçsuz kalması, yasal takibe ilişkin, örneğin; ödeme emrine karşı dava açılmış olması gibi değişik ihtimaller söz konusu olabilecektir. Bir hükmün bozulmasını müteakip verilecek hüküm sırasında tüm bu ihtimaller dikkate alınarak, bozulan hükümden kaynaklanan harcın akıbetinin ne olduğu hususunun tespit edilmesi gerekir. Aksi takdirde, bozulan hükümden evvelce alınmış olan karar ve ilam harcının, müteakip hükme ait harçtan mahsubu mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, mahkemelerin bir hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümden önce; ilgili vergi dairesine yazılan harç tahsil müzekkeresinin, ilgili vergi dairesine tebliğ tarihini ve üzerinden geçen süreyi dikkate alarak, tahsil için makul bir süre geçmiş olması durumunda, harcın akıbetini, vergi dairesinden ya da davacıdan sormaları isabetli olacaktır. Bilhassa idari yargıda geçerli olan re'sen araştırma ilkesi,<sup>31</sup> idare mahkemeleri için bu araştırmayı daha da gerekli kılmaktadır. Mahkemenin sadece dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerle sınırlı hareket etmesi düşündürülemez.

#### 4.3. Vergi Mahkemesi Kararlarına Ait Vergi Yargısı Harçlarının Mahsup Usulü

Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesindeki mahsup müessesesinin, 56'ncı maddesi hükmü nedeniyle, vergi mahkemesi kararları için uygulanma imkânı yoktur. Harçlar Kanunu'nun "Harcın Geri Verilmesi" başlıklı 56'ncı maddesi; "*Vergi Mahkemelerince verilen nihai kararlar üzerinden alınan nispi ve maktu harçlar (Başvurma harcı hariç) Bölge İdare Mahkemelerince veya Danıştay'ca mükellef lehine karar verilmesi halinde mükellefçe kazanılan miktar üzerinden, kesin kararın tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde geri verilir veya*

31 İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'nci maddesinin 1'inci fıkrasında "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.*" hükmüne yer verilerek suretiyle re'sen araştırma ilkesi, idari yargıda hakim ilkeler arasında düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme tek başına, idari yargıda re'sen araştırmanın varlık nedeni olamaz; böyle bir yasal düzenlemeye hiç yer verilmeseydi bile kamu hukukunun özellikleri ve hedeflediği amaçlar nedeniyle idari yargılama usulünün bünyesinde, "re'sen araştırma" gibi yargı yerine sorumluluk yükleyen bir ilkeyi barındırdığı tartışmasızdır. Öz olarak re'sen araştırma ilkesi gereği mahkeme; dosyanın tamamlanması için gerekli usul işlemlerini yerine getirerek davanın sevk ve idaresi, maddi olayların tespiti konusunda tarafların hiç değinmedikleri olayların ve delillerin elde edilmesi ve dava ile ilgili gerekli görülen ve kamu düzeninden olan konularda kendiliğinden araştırma yapacak (İBİŞ, Recep, **Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 49-50.), gerektiğinde taraflardan ek bilgi ve belge isteyebilecektir (KALABALIK, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 241.). Hakim, dosyanın tekemmül ettirilebilmesi için, harç dahil olmak üzere gerek dosya içi gerek dosya dışı maddi olayları araştırabilecektir (BAYRAKLI, Hüseyin, **Vergi Yargılama Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, Afyon, 1998, s. 56.). İdari yargı yerlerinin, uyumsuzluk konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden, tam bir yetkiye sahip oldukları; olayın maddi yönünün belirlenmesinde de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilecekleri; iddia ve savunmalarda ortaya konulan maddi durumun gerçekliğini serbestçe araştırabilecekleri; tarafların değinmedikleri olay ve maddi unsurları araştırabilecekleri açıktır (Danıştay 9. Dairesi, 30/6/1998 tarih ve E.1997/3122, K.1998/2797).

*istek üzerine vergi borcuna mahsup edilir.”* hükmünü âmiridir.<sup>32</sup> Bu hüküm münhasıran vergi mahkemelerince verilen kararlar üzerinden alınan nisbî ve maktû karar ve ilâm harçlarına ilişkin olup, vergi yargısı harçları dışında kalan diğer yargı harçlarının, lehine karar verilen kişilere geri ödenmesi hususunda Harçlar Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>33</sup>

Harçlar Kanunu’nun 56’ncı maddesi kapsamında harcın geri verilebilmesi için, ilk derece vergi mahkemesi tarafından verilmiş nihai bir kararın mevcut olması şarttır. Söz konusu karara istinaden nisbî ya da maktû bir harç ödenmiş olmalı, karara karşı, niteliğine göre itiraz, istinaf veya temyiz yoluna başvurulmuş ve bunun üzerine bölge idare mahkemesi veya Danıştay’ca mükellef lehine karar verilmiş olmalıdır. Böylelikle, artık hukuki geçerliliği kalmayan, bozulan karar nedeniyle daha evvel ödenmiş olan karar ve ilam harcı davacıya iade edilmekte ya da vergi borcuna mahsup edilmektedir. Harçlar Kanunu’nun 56’ncı maddesinde yer alan harcın geri verilmesi düzenlemesinin İdari Yargılama Usulü Kanunu’na ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na uygunluğu hususunda bazı tereddütler olmakla birlikte, vergi mahkemesi kararlarına ilişkin harçların mahsubunda ya da geri verilmesinde, Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesi hükmü yerine bu hüküm geçerlidir.<sup>34</sup> Bir başka ifade ile Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesi hükmü vergi mahkemesi kararları için tatbik edilemez. Nitekim, anılan maddenin “yargı harçları”nı düzenleyen birinci kısımda yer alması, aynı Kanun’un “vergi yargısı harçları”nı düzenleyen 52 ila 56’ncı maddelerini içeren üçüncü kısımda yer almaması da bu görüşü desteklemektedir.

32 Harçlar Kanunu’na ekli vergi yargısı harçlarına ilişkin (3) sayılı tarifede, nisbî harçları düzenleyen bölümün sonunda “*Bu miktardan evvelce ödenen nispi harç mahsup edilir*” şeklindeki parantez içi hükümde mahsup konusunda bir başka düzenleme daha mevcuttur. (3) sayılı tarifenin nisbî harçlarla ilgili bölümünün altında yer alan parantez içi hükme göre, hesaplanacak nisbî harçtan, evvelce ödenen nisbî harcın mahsubu gerekmektedir. “*Bu miktardan evvelce ödenen nispi harç mahsup edilir.*” şeklindeki hüküm nisbî harçlarla ilgili bölümün en altında ayrı bir fıkra gibi yer aldığından üstteki (a) ve (b) fıkralarının her ikisiyle de ilgili olduğu düşünülebilir. Bu takdirde, ilk derece mahkemesinde peşin alınan nisbî harç söz konusu olmadığından, hüküm bu mahkemelerin kararları için anlam ifade etmeyebilir. Yalnızca (b) fıkrasını, yani, Danıştay kararlarını ilgilendirdiği kabul edilirse; bu durumda da, bölge idare mahkemelerince verilecek kararlardan alınacak nisbî harçtan itiraz konusu karardan alınan nisbî harcın mahsubu mümkün olmayacaktır.” (CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 318). Mahsup konusundaki parantez içi hükmün kapsamına ilişkin doktrindeki bu belirsizliğe rağmen, uygulamada bölge idare ve vergi mahkemeleri kararlarını kapsamadığı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, vergi mahkemeleri, bozma sonucunda, bozma kararına uyarak hüküm tesis ederken söz konusu parantez içi hükmü uygulayarak daha önce alınan “nisbî” harçların mahsubu yoluna gitmemektedir. Bölge idare mahkemeleri tarafından da itiraz üzerine verilen kararlarda benzer şekilde, mükellefler tarafından daha önceden vergi dairesine ödenmiş olan “nisbî” harçlar dikkate alınmamakta, parantez içi hüküm uygulanmamaktadır. Ayrıca, bahse konu parantez içi hükmün sadece “nisbî” harçları” kapsadığını, evvelce ödenmiş olan “maktû” harçların mahsubunu düzenlemediğini belirtmekte yarar görüyoruz.

33 Harçlar Kanunu’nun “Peşin alınan karar ve ilâm harçlarının geri verilmesi” başlığını taşıyan 31’inci maddesi; “*Peşin alınan Karar ve İlâm Harcı için hitamında ödenmesi gerekenden fazla olduğu anlaşılırsa fazlalık istek üzerine geri verilir.*” hükmünü âmirdir. Bu hüküm, madde metninden de anlaşılacağı üzere “ödenmesi gerekenden fazla ödenmiş” olan peşin harçların iadesine ilişkin olup, bozulan hükümden alınmış olan karar ve ilam harcının geri ödenmesi hususunu kapsamaz.

34 ÖZTÜRK, İhlami “Harçlar Kanunu’nun 56’ncı Maddesinin ve Bu Maddeye Dayanılarak Uygulamada Geliştirilen Sistemin Hukuka Uygunluğu”, **Maliye Dergisi**, Yıl:2015, Sayı:168, (s. 201-226), s.210-211.



Öte yandan, Harçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesi kapsamında geri verme işlemi için davacının (mükellefin) bir talepte bulunması gerekir. Nitekim Harçlar Kanunu gerekçesinde; 56'ncı madde ile harcın geri verilmesinin mükellefin isteğine bağlandığı, istek bahis konusu olmadığı müddetçe harcın re'sen geri verilmeyeceği belirtilmiştir. Oysa ki, yukarıda da ifade edildiği üzere Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi ile bozulan hükme istinaden daha evvel ödenmiş olan harcın mahsup edilmesi bir talebe bağlı olmaksızın re'sen mahkeme tarafından yapılmaktadır.

#### 4.4. İstinaf Yoluna Tabi Kararlara İlişkin Ödenmiş Olan Harçların Mahsubu

Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde yer alan; "*hükmün bozulmasını*" ve "*bozulan hükümden*" ibareleri dolayısıyla, mahkemelerin istinaf yoluna başvurulabilen kararlarının, bu madde hükmü kapsamında olup olmadıkları tartışmaya açıktır. İdare mahkemesi kararlarına karşı uygulamada "itiraz"<sup>35</sup> ve "temyiz"<sup>36</sup> olmak üzere başvurulabilecek iki yol vardır. 18/6/2014 tarih ve 6543 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'na eklenen geçici 8'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca, ivedi yargılama usûlü hariç olmak üzere idarî yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, yeni yapıya göre oluşturulan bölge idare mahkemeleri tüm yurttaki görev başladıkları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanmaya başlayacak ve idare mahkemelerinin kararlarına karşı bölge idare mahkemelerine "istinaf"<sup>37</sup> yoluna ve Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46'ncı maddesinde sayılan davalar hakkında verdikleri kararlara karşı Danıştay'a "temyiz" yoluna başvurma<sup>38</sup> söz konusu olabilecektir. İtiraz yolu, 6543 sayılı Kanun sonrasında getirilen yeni düzenlemede kararlara karşı başvuru yolları arasında sayılmadığından, yeni getirilen düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra geçerliliğini yitirecektir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45'inci maddesinin "itiraz" başlığı altında düzenlenen şekilde, bölge idare

35 İtiraz idare mahkemelerinin, kanunda belirtilen uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hâkimle verdikleri (2576 sayılı Kanun, m.7, ek m.1) nihai kararlara karşı özel bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. Bölge idare mahkemeleri, yapılan itirazı haklı bulursa işin esası hakkında karar verir. Bölge idare mahkemesinin kararları kesin olup bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

36 İdare mahkemelerinin tek hakimli kararları dışındaki davanın esası hakkında kurul halinde verilen nihai kararlarına karşı Danıştay'a "temyiz" yolu ile başvurma olanağı vardır. Danıştay temyiz incelemesi sonucunda "bozma", onama ya da kararın kısmen onanması kısmen bozulması yönünde karar verir. Bozma kararı üzerine dosya kararı veren mahkemeye gönderilir (İdari Yargılama Usulü Kanunu, m.49-50).

37 İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının "kaldırılmasına" karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir (İdari Yargılama Usulü Kanunu, md.45).

38 İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, 20/A-1/f, 20/B-1/h, 49, 50 ve 52'inci maddelerinde temyiz incelemesi sonucunda kararın "bozulması" ibaresi yer almaktadır.

mahkemesinin itirazı haklı bulması halinde “bozma” kararı verebileceği<sup>39</sup> belirtilmiştir. Ancak, anılan maddenin 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’un 19’uncu maddesi ile değiştirilerek, “istinaf” başlığı altında yeniden düzenlenen şekilde yer alan; “*Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir*” hükmünden de anlaşılacağı üzere istinaf başvurusu sonucunda “bozma” değil “*kararın kaldırılması*” söz konusu olabileceğinden istinaf yoluna tabi kararlar için Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesinin uygulama kabiliyeti tartışmalı hale gelecektir. Benzer şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 341 vd. maddelerinde düzenlenen “istinaf” yolunun aynı Kanun’un geçici 3’üncü maddesi uyarınca bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması ile yürürlüğe girmesinden sonra istinaf yoluna başvurulmuş hukuk davalarında da aynı tereddüt yaşanacaktır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca da istinaf incelemesi sonucunda “bozma” değil “kaldırma kararı” verilmesi söz konusudur.<sup>40</sup>

Bu itibarla, Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesi kapsamındaki “mahsup” işleminin, madde hükmünde yer alan “hükmün bozulmasını” ve “bozulan hükümden” ibareleri nedeniyle sadece bozma kararı verilebilen mahkeme kararları için geçerli olacağı, istinaf yoluna başvurulabilen ve “*kararın kaldırılmasına*” konu olan davalar için geçerli olamayacağı ileri sürülebilecektir. Bu sonucu, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak değerlendirmek kanaatimizce güçtür. Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesinin 02/07/1964 tarihinde bir başka ifade ile İdari Yargılama Usulü Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu kanunlarda düzenlenen istinaf başvuru yolunun kabul edildikleri tarihten çok önce yürürlüğe girdiği, dolayısıyla bu tarihte yürürlükte olmayan istinaf başvuru yolunu dikkate almaksızın bir düzenleme yapılmasını, kanun koyucunun istinaf başvurusuna konu kararları harç mahsup mekanizmasının dışında tutmaya yönelik bilinçli bir tercihi olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla uygulamada, tereddüt ve ihtilaflara yer verilmemesi açısından, madde metninin istinaf yoluna başvurulabilecek kararları da kapsayacak şekilde düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır. Aksi takdirde, Kanun’un mevcut lafzı, bozmaya konu edilemeyen istinaf incelemesine tabi kararları Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesi hükmünden yararlandırmamaya müsaittir. Bu durumda, örneğin bölge idare mahkemesinin istinaf başvurusunu haklı görerek kararın kaldırılmasına hükmetmesini müteakip uyuşmazlığın çözümüne yönelik vereceği yeni hükümden Harçlar Kanunu’nun 8’inci maddesindeki mahsup müessesesi uygulanmayacaktır. Kaldırılan idare mahkemesi kararından kaynaklanan ve önceden ödenmiş olan harçların mahsubu yapılamayacak, bu harçlar için geriye sadece davacı tarafından vergi

39 Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nin 27/12/2013 tarih ve E.2013/29378, K.2013/27100 sayılı ile 20/12/2013 tarih ve E.2013/31638, K.2013/25793 sayılı kararları ile itiraz isteminin kabulüyle ilk derece mahkemesi kararlarının “bozulmasına” hükmedilmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11/12/2013 tarih ve E.2013/27089, K.2013/24434 sayılı kararı ile de; ilk derece mahkemesinin kararının hukuka uygun olup “bozulmasını” gerektiren bir neden bulunmadığına, itiraz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına hükmetmiştir. Bu kararlardan da görüleceği üzere, bölge idare mahkemeleri itiraz üzerine yaptıkları incelemede itirazı haklı bulmaları halinde “bozma” kararı verebilmektedir.

40 Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 68 ve 353/1-a maddeleri; AKKAYA, Tolga, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 322-323.

dairesinden iadesinin istenmesi seçeneği kalacaktır. Davacının talebi üzerine vergi dairesi tarafından harcın iade edilmesi, yargı hükmünün gereğinin yerine getirilmesi işlemi değil, genel hükümlere tabi idari işlem mahiyetindedir.

## 5. Mahkeme Kararı ile Harç Mahsup İşleminin Yapılmamasının Hukuki Sonuçları

Bozulan karara istinaden evvelce ödenmiş olan yargı harçları, bozmayı müteakip verilen bazı mahkeme kararlarında dikkate alınmamakta ve mahsup edilmemektedir. Bu yöntem, Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesi hükmüne aykırı olmakla birlikte mahkemeler açısından daha basit ve pratiktir. Bu yönleme gerekçe olarak, mahkemelerin iş yükü, dava dosyasında mahkeme veznesine ödenen harç dışında bilgi ve belgenin mevcut olmaması, harç mükellefinin ödemesi gereken harcı vergi dairesine ödeyip ödemediğinin ya da vergi dairesince bu harcın tahsil edilip edilmediğinin mahkemece bilinmediği gibi hususlar gösterilebilir. Harcın ödenip ödenmediğinin araştırılmasının mahkemelerin iş yükünü artıracığı açıktır. Üstelik bu iş yükü artışı, uyumsuzluğun asıl konusunu çözüme kavuşturmanın dışında, bir mali yüküm olan yargı harcının mahsubu amacına yönelik yargılama dışı bir faaliyetten kaynaklanmaktadır. Buna ilave olarak mahkemece bozulan karara ait harcın ödendiği hususu dikkate alınmayarak mahsup işleminin yapılmamış olması durumunda, harç mükellefinin bozulan karara istinaden ödediği harcın iadesini vergi dairesinden talep etmesine olanak vardır.

Bozulan karara ait harcın, bozmayı müteakip verilen kararda hesaplanan harçtan mahsup edilmesi kanun hükmü gereği olup<sup>41</sup> bu hususta mahkemelere bir takdir hakkı tanınmamıştır. Buna rağmen, yargı kararlarının tetkiki neticesinde, yukarıda belirtilen gerekçelerin etkisiyle, yaygın olarak harç mahsup işleminin hükme bağlanmadığı müşahede edilmiştir. Harçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesindeki özel hüküm nedeniyle sadece "*vergi mahkemesi*" kararlarından kaynaklanan vergi yargısı harçları, Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde düzenlenen mahsup müessesesine tabi değildir. Oysa ki yargı kararı ile vergi mahkemeleri dışında kalan diğer mahkeme kararları için de mahsup sisteminin uygulanmaması söz konusudur. Burada, yargının yasamaya müdahalesi bir başka ifadeyle, yasama yetkisi ile düzenlenmesi gereken bir alanda yargı içtihadı ile düzenleme yapılması durumu ile karşılaşılmaktadır. Bozulan karara ilişkin olarak ödenmiş olan harcın, bozmayı müteakip verilecek kararda hesaplanan harçtan mahsup edileceği hususunda açık bir düzenleme mevcut olduğundan, aksi istikametteki yargı içtihatlarının boşluk doldurma amacına yönelik olduğunu söylemek de mümkün değildir.

Bozulan karar uyarınca ödenen harcın, mahkeme kararı ile mahsup edilmemesi yönündeki yargı içtihatlarının; yargılama giderlerinin kararda yer alması gerektiği kuralına tam olarak uygun olduğunu söylemek güçtür. Yargı harçlarının, mahkeme kararı ile

41 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 03/03/2015 tarih ve E.2014/27904, K.2015/3576 sayılı kararında; Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesindeki, "Bir hükmün bozulmasını müteakip verilecek hükümlerden yeni bir hüküm gibi karar ve ilam harcı alınır ve bozulan hükümden evvel alınmış olan karar ve ilam harcı müteakip hükme ait harçtan mahsup olunur." düzenlemesi mevcut olup mahkemece mahsup yapılmaksızın fazla karar ve ilam harcına hükmedilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir.

mahsup edilmemesi, bu harçların iadesinde yargı kararlarına tanınan hukuki statüden yararlanılmasını da engellemektedir. Harç iadesi işleminin müstakil idari bir işlem olarak tesis edilmesi, bu işlemin yargı denetimine tabi olması nedeniyle, yargılama gideri niteliğindeki harcın ayrı bir davaya konu edilme ihtimalini doğurmaktadır. Ayrıca aynı dava nedeniyle önceden ödenen harçların mahsup edilmemesi, bozma kararı üzerine yargı harcının mükellefi tarafından fazla harç ödenmesine sebebiyet vermektedir.

### 5.1. Yargılama Giderinin Bir Parçası Olan Yargı Harçlarının Mahkeme Kararında Hükme Bağlanmaması

Bir davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar ödenen paraların tümüne yargılama giderleri denir.<sup>42</sup> Yargılama giderlerinin neler olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323'üncü maddesinde sayılmıştır.<sup>43</sup> Bu hüküm uyarınca yargı harçları yargılama gideri niteliğindedir. Benzer şekilde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında da harçlar yargılama gideri tanımına dahil edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Yargılama giderlerine hükmedilmesi*" başlıklı 332'nci maddesinde; yargılama giderlerine, mahkemece re'sen hükmedileceği, yargılama gideri, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümünün hüküm altında gösterileceği; hükümden sonraki yargılama giderlerini hangi tarafın ödeyeceği, miktarı ve dökümü ile bu giderlerin hangi tarafa yükletileceğinin mahkemece ilamın altına yazılacağı kurala bağlanmıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Kararlarda Bulunacak Hususlar*" başlıklı 24'üncü maddesinin (f) bendi uyarınca da yargılama giderleri ve hangi tarafa yükletildiğinin kararda belirtilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında da hüküm ve kararda yargılama giderlerinin kimlere yükletileceğinin gösterileceği vurgulanmıştır.

Bu itibarla, yargılama giderlerinin bir unsuru niteliğindeki yargı harçlarının, şüphe ve tereddüdü mucip olmayacak surette gayet açık bir şekilde hükümde gösterilmesi gerekir.<sup>44</sup> Bozulan karar uyarınca ödenmiş olan harç, hükmün kesinleşmesine kadar, niteli-

42 PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 983; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1411; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2011, s. 415; YILMAZ, Zekeriya, **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 17-19; ALDEMİR, Hüsnü, **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009, s. 22; İNAN, Ahmet, **Notlu ve İzahlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili İçtihatlar**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1969, s. 172.

43 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323'üncü maddesinde sayılan yargılama giderleri şunlardır: Celse, karar ve ilam harçları; dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri; dosya ve sair evrak giderleri; geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekaletname düzenlenmesine ilişkin giderler; keşif giderleri; tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler; resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler; vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hakimın takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu halde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri; vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti yargılama sırasında yapılan diğer giderler.

44 MUŞUL, Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 500; TUTUMLU, Mehmet Akif, **Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçli Karar**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 291-293; ALDEMİR, 2009,

ği itibarıyla yargılama gideridir. Harcın dayanağı hüküm bozulmuş olmakla birlikte fiilen ödenmiş olan yargı harcının yargılama gideri olma vasfı değişmemektedir. Bu nedenle yargılama giderlerinin hükümde yer alması kuralı gereğince mahsup işlemi dolayısıyla da olsa ödenen bu harcın bozmayı müteakip verilecek kararın hüküm fıkrasında belirtilmesi uygun olacaktır.

## 5.2. Hakkaniyete Aykırı Olarak Fazla Harç Ödenmesi

Bozma kararını müteakip verilen kararda, bozulan karara istinaden ödenmiş olan harçların mahsup edilmemesi davacıların fazla karar ve ilam harcı ödemelerine yol açmaktadır. Mahsup yapılmaması suretiyle, ödemek zorunda bırakıldığı fazla karar ve ilam harcının daha sonra yargılama gideri olarak davacıya ödenecek olması davacıların mağduriyetini tam olarak gidermemektedir. Davacı tarafından karar ve ilam harcının ödendiği tarih ile fazla ödemiş olduğu tutarın vergi dairesi tarafından iade edildiği tarih arasında bir zaman farkı söz konusudur. Vergi dairesi tarafından harç iadesi yapılırken bu tutarlara enflasyon etkisi nedeniyle uğramış oldukları değer kaybını telafi edici yönde bir faiz uygulanmamaktadır.

Mevzuat ile paranın değer kaybını telafi etmek amacıyla değişik oranlarda faiz hesaplanması<sup>45</sup> öngörülmüş iken bozma kararı uyarınca evvelce ödenmiş olan ancak bozmayı müteakiben verilen hükümde hesaplanan harçtan mahsup edilmediği için vergi dairesinden iadesi istenen yargı harcının, davacı tarafından fiilen ödendiği tarih ile kendisine iade edildiği tarih arasındaki zaman farkı dikkate alınmaksızın aynı tutarlarda iade edilmesi, enflasyondan kaynaklanan paranın satınalma gücündeki reel değer kaybı nedeniyle, harç mükellefinin aleyhine sonuç doğurmaktadır.

Diğer taraftan, bozma kararını takiben verilen mahkeme kararında, aynı dava nedeniyle daha önce ödenmiş olan harç tutarı mahsup edilmeyerek, karar ve ilam harcının davacıya tamamlattırılmasına hükmedilmesi; davacıyı daha yüksek bir meblağı temin

s.135; TOPUZ, İbrahim / ÖZKAYA, Kadir, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002, s. 545-546; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, 2014, s. 993.

45 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'da; kanuni faiz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda; taraflarca serbestçe belirlenen akdi faiz ve temerrüt faizi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda; ticari işlerde taraflarca serbestçe belirlenen akdi faiz ve temerrüt faizi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda; gecikme faizi, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da; gecikme zammı ve tecil faizi gibi. Bozulan karara ait karar ve ilam harcının davacı tarafından fiilen ödendiği tarih ile vergi dairesi tarafından iade edildiği tarih arasında bir yıl zaman farkı olduğunu varsayarsak; yürürlükteki yıllık % 9 kanuni faiz oranı (1/1/2006 tarihinden geçerli olmak üzere 19/12/2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kararlaştırılmıştır.) dikkate alındığında %9, aylık 1,4 olan gecikme faizi ya da gecikme zammı oranı (19/10/2010 tarihli ve 27734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12/10/2010 tarih ve 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın eki Kararın 1'inci maddesiyle her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere belirlenmiştir.) dikkate alındığında %16,8 oranında değer kaybindan söz etmek mümkündür. Harçlar Kanunu'nun Mükerrer 138'inci maddesi gereğince; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan maktu harçlara (Maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil), o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında (10/11/2015 tarihli ve 29528 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Maliye Bakanlığı'nın 457 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile 2015 yılı için yeniden değerlendirme oranı %5,58 olarak tespit edilmiştir.) artış uygulanmaktadır. Bir başka ifade ile yargı harçları her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılmakta iken, yargı harçlarının iadesinde fiilen ödenen tutar esas alınmaktadır.

etmek ve ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bozulan karar nedeniyle evvelce ödenmiş yargı harcının vergi dairesi tarafından daha sonra davacıya iade edilmesi, mahsup işleminin yapılmamış olmasından kaynaklanan ve davacıyı fazla ödeme yapmaya zorlayan yargı uygulamasının hakkaniyete ve hukuka aykırılığını bertaraf etmeye yetmemektedir.

### 5.3. Harcın İadesine İlişkin Ayrı Bir Dava Açılması

Mahkemeler yargılama giderlerine hükmederken tarafların bu konuda bir talepte bulunması şartını aramaz. Talep olmasa bile, yargılama giderlerine re'sen hükmederler. Yargılama giderlerinin re'sen hükme bağlanmasının doğal bir sonucu olarak; lehine yargılama gideri hükmedilmesi gereken taraf, hükmedilmeyen yargılama giderleri için ayrı bir dava açamaz. Başka bir ifade ile mahkeme, (talep edilmiş olsun veya olmasın) hükümde yargılama giderlerine karar vermeyi unutmuş ve hüküm bu şekilde kesinleşmiş ise davayı kazanan taraf yargılama giderleri için ayrı bir dava açamaz.<sup>46</sup> Bu noktada ayrı dava açılmamasını Anayasa'nın 141'inci ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30'uncu maddelerinde hükme bağlanan usul ekonomisiyle de irtibatlandırmak mümkündür.<sup>47</sup>

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması gerekir. Dava açılması sadece tarafları değil, toplumun yararını da etkileyici bir hak arama işlemi olduğundan; çabukluk, basitlik ve az masraf kavramlarıyla karşılanan usul ekonomisi ilkesi dava açıldığı andan itibaren işlerlik kazanır.<sup>48</sup>

Diğer taraftan, yargı harcının dava gideri olarak hükme bağlanmaksızın "idari bir işlem"<sup>49</sup> ile geri verilmesi durumunda, bu geri verme işlemine karşı yargı yolunun kapatılması Anayasa'nın 125'inci maddesine aykırılık teşkil edecektir. Zira, söz konusu harcın geri verilmemesi, eksik verilmesi ya da geç verilmesi durumunda bu idari işlemin yargı organlarınınca denetlenmesi gerektiği açıktır. Nitekim Danıştay, kanuna aykırı tahsil edilen yargı harçlarının da idari yargıda dava konusu edilebileceği görüşündedir.<sup>50</sup>

46 BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 335; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, Cilt:V, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 5341-5342; YILMAZ, **2010**, s. 39; UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 968-969; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, **2014**, s. 993; YILMAZ, **2013**, s. 1460; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, **2011**, s. 418. Yargılama sırasında yapılan masraflar dava kapsamında çözümlenmesi gereken hususlar olup ayrı bir dava ile istenemez (Yargıtay 4. HD. 08/12/2005, 2004/16394-2005/13261). Yargılama giderine, asıl davada hükmedilebilir. Asıl davanın kesinleşmesinden sonra o davaya ilişkin yargılama giderleri ayrı bir dava konusu yapılamaz (Yargıtay 4. HD. 05/05/2003, 861-5860). Kanun koyucu, muhakeme masraflarını ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacak ile pek sıkı suretle mütalaa etmiş ve bu taleplerin asıl dava ile birlikte ve asıl davaya el koyan kaza mercii tarafından hüküm altına alınmasını ilzam ve deriş eylemiştir (Yargıtay İBK 15/05/1957-14/8). Karşı tarafa yükletilmesi gereken yargılama giderleri ait olduğu davanın ayrıntısı olduğundan o davada istenmesi, ayrı dava konusu yapılamayacağı 29/05/1957 gün ve 4-16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereği olduğu halde aksi yönde hüküm tesisi kanuna aykırıdır (Yargıtay 3. HD. 10/04/1989- 9144/3680).

47 MUŞUL, **2012**, s.281; UMAR, **2014**, s.137-138.

48 TUTUMLU, Mehmet Akif, **Medeni Usul Hukuku Sorunları**, 3. Baskı, Cilt:1, Seçkin, Ankara, 2010, s. 132.

49 Devletin temel organlarından birisi olan yürütme organından çıkan bütün işlemler kural olarak idari işlemdir (GÖZLER, **2009**, s. 645.).

50 Adana 1. Vergi Mahkemesi 31/10/2007 tarih ve E.2007/778, K.2007/1258 sayılı kararı ile; "2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 17/07/2003 tarih ve 4949 sayılı Kanunla değişik 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında

Bu sebeple, bozulan karara ait harçların, bozmayı müteakiben verilen kararda mahsup edilmemesi sonucunda, vergi dairesinden iadesini talep etme mecburiyeti doğacaktır. Bu iade işlemi yargı kararına dayalı olmayıp, harç mükellefinin başvurusu üzerine tesis edilecek müstakil bir idari işlem niteliğindedir. Harcın iade edilmemesi, eksik iade edilmesi ya da zamanında iade edilmemesi gibi durumların varlığı halinde meselenin dava konusu edilerek idari yargıya taşınabileceği hususu ihtimal dahilindedir.

Yeni bir davanın açılmasına sebebiyet verilmesi, yargılama giderlerinin ayrı bir dava konusu edilemeyeceği kuralına ve usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Açılacak bu dava nedeniyle de yargı harcı dahil olmak üzere yargılama gideri yapılacağı bunun da yargılamanın toplam maliyetini artıracacağı, adaleti daha pahalı hale getireceği ve adaleti geciktireceği unutulmamalıdır.<sup>51</sup>

#### **5.4. Mahkeme Kararı ile Mahsubu Yapılmayan Yargı Harcının Yargılama Gideri Kapsamında Mahkeme Kararlarına Sağlanan Hukuki Korumadan Yararlanamaması**

Anayasa'nın 138'inci maddesinin son fıkrasında; yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm "mahkeme kararları" için geçerlidir.<sup>52</sup> Bozulan

*icra ve iflas dairelerinin muamelelerine karşı yapılan şikayetlerle itirazların incelenmesinin icra mahkemesi hakimi yahut Kanun gereğince bu görev kendisine verilmiş olan hakim tarafından yapılacağı, aynı Kanunun 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında, kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere icra ve iflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında Kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabileceğinin hükme bağlandığı, dosyanın incelenmesinden; davacı banka tarafından kullanılan kredilerin vadesinde ödenmemesi nedeniyle kredinin teminatını oluşturan taşınmazın başlatılan icra takibi sonucu satılması sırasında tahsil edilen bedel üzerinden icra müdürlüğü aracılığıyla ödenen tahsil harcının kaldırılması ve iadesi istemiyle davanın açıldığından anlaşıldığı olayda davacı bankadan tahsil harcının alınmasına ilişkin işlem, icra müdürlüğü tarafından tesis edildiğinden, söz konusu harcın hukuka uygun olmadığı iddiasıyla iadesinin, yukarıda açıklanan Kanun hükümleri gereğince icra mahkemesine yapılacak şikayet başvurusu ile talep edilebileceği, icra mahkemesinden olumsuz karar çıkması durumunda ise bu karara karşı icra ve iflas Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince istinaf ve temyiz yollarına başvurulabileceğinin açık olduğu, bu sebeple adli yargı düzeni içerisinde çözümlenmesi gereken ve adli yargılamanın bir parçasını oluşturan uyumsuzluğun çözümünün vergi mahkemesinin görevine girmediği, aksi takdirde yargılamanın bir unsuru olan "başvurma harcı" ve "karar harcı" gibi yargılama sırasında alınan harçlara ilişkin olarak adli mahkemelerde verilen kararların da usule ve yasaya uygun olup olmadığının denetiminin ilgili itiraz/temyiz mercii yerine, vergi mahkemesince yapılacağı gibi bir durumun ortaya çıkacağı" gerekçesi ile görev yönünden reddetmiştir. Bu kararın temyizi neticesinde, Danıştay 9. Dairesi 15/10/2008 tarih ve E.2008/278, K.2008/4607 sayılı kararında; Anayasa'nın 73'üncü maddesi kapsamında mali yükümlülük teşkil eden harçların tahsiline ilişkin davalarla birlikte gereksiz olarak ödendiği ya da kanuna ve usule aykırı olarak tahsil edildiği iddiasıyla idareye karşı açılacak davaların görülüp çözümlenmelerinin de niteliği gereği idari yargı yerlerine ait olduğu, ödenen harcın iadesi istemli olarak açılan davanın da 2576 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca idari yargı sistemi içerisinde vergi mahkemesince görülüp çözümlenmesinin icap ettiği, Vergi Mahkemesince işin esasının incelenmesi gerektiği halde icra dairelerince tesis edilen işlemlere karşı yapılan itiraz ve şikayetlerin incelenmesinin icra mahkemesi hakimi tarafından yapılacağından bahisle davanın görev yönünden reddinde isabet bulunmadığına karar vermiştir.*

51 YILMAZ, 2013, s. 334-354; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, 2013, s. 397-399.

52 İdarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve bu kararları yerine getirmede gecikmemeleri

karara ait olan ve daha önce ödenmiş olan harcın bozmayı takiben verilen mahkeme kararında hesaplanan harçtan mahsup edilmemesi neticesinde vergi dairesinden harcın iadesine ilişkin talep ile başlayacak süreç bir idari işlem niteliği taşıdığından yargı kararlarına tanınan hukuki korumadan yararlanamaz.

İdare, vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz gün geçemez (İdari Yargılama Usulü Kanunu, md.28/1). Karar gereklerini yerine getirmek zorunda olan idare, yargı kararlarının uygulanmasını herhangi bir koşula bağlayamaz.<sup>53</sup>

Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur (İdari Yargılama Usulü Kanunu, 28/2). Bu hüküm uyarınca yargılama giderlerinin bir unsuru olarak davacıya ödenmesi gereken nispi ve maktu karar ve ilam harcının, yargılama gideri olarak hükme bağlanmış olması şartıyla otuz gün içinde ödenmesi gerekir. Ayrıca bu süre içinde ödenmemesi halinde de genel hükümler dairesinde “ilamlı icra” yoluna başvurulabilir. Ancak, mahkeme kararı ile mahsup edilmeyen yargı harcının iadesi idari bir işlem ile yapıldığında, hükme bağlı olmayan harcın iadesinde otuz günlük ödeme süresinden ve ilamlı takibe başvurma hakkından, ilamlı icranın etkinliğinden ve ilama tanınan diğer hukuki korumalardan yararlanma imkânı yoktur. Bozulan karar, artık ilam niteliğinde hüküm ve sonuç doğurma kabiliyeti taşımaz.

İdare mahkemesi kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunmayan hallerde idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. (İdari Yargılama Usulü Kanunu, md.28/3). Yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi durumunda idareler maddi<sup>54</sup> ve manevi<sup>55</sup> tazminat ödemeye mahkûm edilebilecektir.<sup>56</sup> Ayrıca, mahkeme kararlarını yerine getirmede ihmali bulunan veya

---

gerektiğinin Anayasa'nın 138'inci maddesinde de ifade edildiği, idarenin aleyhine verilen iptal ve tazminat hükümlerinin kendiliğinden yerine getirmek zorunda olduğu, idarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınmasının ne “idari işlem” ne de “idari eylem” olarak nitelendirilemeyeceği, bu sebeple açılacak tazminat davalarında idari işlem ve eylemlere ilişkin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan süreye ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığı, idarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınması veya icrada gecikmesi yolundaki davranışının süregelen bir tutumu ifade ettiği ve mahkeme kararının zamanın geçmesi ile önemini ve etkisini kaybetmeyeceği, bu halin doğurduğu zararların talep ve dava edilmesini bir süreyle sınırlandırmanın mümkün olmadığı açıktır (Danıştay 4. Dairesi, 13/04/1995 tarih ve E.1994/3382, K.1995/1690).

53 ALTAY, Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 7.

54 Danıştay 6. Dairesi'nin 23/03/1983 tarih E.1978/3793, K.1983/1254 sayılı ile 07/03/1983, E.1979/521, K.1983/953 sayılı kararları.

55 Danıştay 5. Dairesi'nin 11/10/2002, E.1999/2053, K.2002/3798 sayılı, Danıştay 6. Dairesi'nin 21/05/1985 E.1985/143, K.1985/880 sayılı ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 16/06/2005 tarih ve E.2003/591, K.2005/2154 sayılı kararları.

56 GÜÇLÜ, Yaşar, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 191-208.



bunları keyfi olarak veya kasten yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında ceza yaptırımını da söz konusu olabilecektir.<sup>57</sup>

Bozmayı müteakip verilen hüküm ile mahsup edilmeyen ve bu kararda dikkate alınmayan, bozulan hükme istinaden ödenmiş olan yargı harçlarının iadesi hususu mahkeme kararı ile hükme bağlanmadığından, karar gereğinin yerine getirilmediğinden bahisle maddi ve manevi tazminat davası ile ceza davası açılmaz.

Bozulan hükme istinaden önceden ödenmiş olan harcın mahsup edilmemesi yönündeki uygulama, yargı harcının geri verilmesini, mahkeme hükmünün sağladığı hukuki koruma ve statü dışında tutmakta, yargı kararı gereğinin yerine getirilmesine dayalı bir işlem değil müstakil idari işlem niteliği ile sınırlandırmaktadır.

### **Sonuç**

Yargı hizmetinden yararlanmanın karşılığı olarak, davacılar tarafından kanunla belirlenen oran ve miktarlarda yargı harcı ödenir. Nispi karar ve ilam harcının dörtte biri dava açılırken peşin olarak ödenir. Bakiye dörtte üçlük kısmı ise kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu süre içerisinde ödenmeyen harç, ilgili vergi dairesi tarafından takip ve tahsil edilir. Temyize başvurulmuş olması ya da temyiz incelemesi neticesinde hükmün bozulmuş olması, karar ve ilam harcının tahsiline engel teşkil etmez. Harcın tahsili için kararın kesinleşmesi de gerekmez.

Hükmün bozulması durumunda, bozmayı müteakip tesis olunan hüküm uyarınca hesaplanacak harçtan, bozulan karara istinaden ödenmiş olan harçların mahsup edilmesi gerekir. Böylece, bozulan hüküm uyarınca evvelce alınmış olan harç tutarı ile bozma üzerine verilecek hüküm gereğince hesaplanan harç tutarı arasında, fazla veya eksik harç alınmasını önlemek amacıyla, bağlantı kurulmaktadır. Söz konusu harç mahsubu, kanun ile kurala bağlanmış emredici bir hüküm olup bu hususta mahkemelerin bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Ancak, uygulamada bozma kararını müteakip verilen bazı mahkeme kararlarında bozulan hükme istinaden ödenmiş olan karar ve ilam harcının dikkate alınmadığı ve kanun hükmüne rağmen mahsup işleminin yapılmadığı görülmektedir.

Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesinde düzenlenen mahsup işleminin mahkemelerce re'sen yapılması gerekir. Bozulan hükme ait harcın mahsuba konu edilebilmesi için tahakkuk etmesi ya da hesaplanmış olması yeterli değildir. Bu harç ödenmiş olmalıdır. Bozma kararını müteakip hüküm tesis edilirken, mahkemelerin, bozulan karara ait karar ve ilam harcının ödenip ödenmediği hususunu, dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerle sınırlı kalmaksızın, araştırmaları ve açıklığa kavuşturmaları gerekir. Harçlar Kanunu'nun 56'ncı maddesinde münhasıran "vergi mahkemesi" kararları için düzenlenen ve davacının talebi üzerine işletilebilen mahsup ve geri verme müessesesinin varlığı nedeniyle, Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesindeki mahkemelerin re'sen başvurdukları mahsup müessesesinin, vergi mahkemesi kararları için uygulanmasına imkân yoktur.

57 İdari yargı mercilerinin kararlarının yerine getirilmesinde ihmal gösterilmesi veya ısrarla yerine getirilmesinden kaçınılmasının suç oluşturduğu, 25/09/1978 gün ve 230/3003 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da benimsenmiştir.

Harçlar Kanunu'nun 8'inci maddesindeki mahsup işleminin, madde metninde yer alan; "hükmün bozulmasını" ve "bozulan hükümden" ibareleri nedeniyle sadece "bozma"ya konu kararlar için geçerli olduğu, mahkemelerin istinaf yoluna başvurulabilen kararlarının ise "bozma" yerine "kararın kaldırılması" hükmü ile karşılaşabilecek olmaları nedeniyle mahsuba konu edilemeyeceği görüşünün ileri sürülmesi mümkündür. Bu itibarla istinaf mahkemelerinin çalışmaya başlamasıyla uygulamada karşılaşılacak olası tereddüt ve ihtilafların önlenmesi açısından, mahsubu düzenleyen kanun hükmünün istinaf yoluna başvurulabilecek kararları da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır.

Bozulan karar uyarınca ödenen harcın, mahkeme kararı ile mahsup edilmemesi yönündeki hatalı uygulamanın, yargılama giderlerinin kararda yer alması gerektiği kuralına uygunluğu tartışmaya açıktır. Bozulan karara istinaden evvelce ödenen yargı harçlarının, mahkeme kararı ile mahsup edilmemesi, bu harçların iadesinin müstakil bir idari işlem ile talep edilmesini zorunlu kılmakta, bu durumda ise yargı kararlarına tanınan başta ilamlı takip olmak üzere, hukuki statüden yararlanılmasına imkân tanınmamaktadır. Harç iadesinin idari bir işlem olarak tesis edilmesi, bu işlemin idari yargı denetimine tabi olması nedeniyle, yargılama gideri niteliğindeki harcın usul ekonomisine aykırı bir şekilde ayrı bir davaya konu edilme ihtimalini de beraberinde getirmektedir.

Aynı dava nedeniyle daha önceden ödenen harçların mahsup edilmemesi bozma kararı üzerine yargı harcının mükellefinin, daha sonra iade edilecek olsa bile, fazla ve yersiz harç ödemesine sebebiyet vermektedir. Bozmayı müteakip verilen karar sonucunda, mahsup edilmeyen harç tutarı kadar bir başka ifade ile bozulan karara istinaden ödenmiş olan harç tutarı kadar fazla harç ödenmesi söz konusu olmaktadır.

## KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006.
- AKKAYA, Tolga, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AKINCI, Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- AKINTÜRK, Turgut, **Borçlar Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2001, s. 175-176.
- ALDEMİR, Hüsnü, **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2011.
- ALTAY, Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- ARSLAN, Mehmet, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2006.
- AYDIN, Selda / ÇAŞKURLU, Eren, **Kamu Maliyesi**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.
- BAYRAKLI, Hüseyin, **Vergi Yargılama Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, Afyon, 1998.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- COŞKUN, Mahmut, **Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- EDİZDOĞAN, Nihat / ÖZKER, Niyazi, **Türk Vergi Sistemi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- ERDEM, Metin / ŞENYÜZ, Doğan / TATLIOĞLU, İsmail, **Kamu Maliyesi**, 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2011.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- GEREK, Şahnaz / AYDIN, Ali Rıza, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2005.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt:1, 2. Baskı, Ekin, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetim Hukuku**, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetimsel Yargı**, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt:1, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜÇLÜ, Yaşar, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanması**, Seçkin, Ankara, 2010.
- İŞİK, A. Kadir / ORGAN, İbrahim / KARAYILMAZLAR, Ekrem, vd., **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.
- İBİŞ, Recep, **Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2013.
- İNAN, Ahmet, **Notlu ve İzahlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili İçtihatlar**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1969.
- İNAN, Ali Naim, **Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi**, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.
- KABAOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2005.
- KALABALIK, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- KARAKOÇ, Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- KARATEPE, Şükrü, **Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- KIRBAŞ, Sadık, **Vergi Hukuku**, Siyasal Kitabevi, 16. Baskı, Ankara, 2004.
- KIZILOT, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin, vd., **Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, Cilt:V, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- MUŞUL, Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2012.
- MUTLUER, M. Kamil, **Vergi Genel Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

- ORHANER, Emine, **Kamu Maliyesi**, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2000.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- ÖZER, Attila, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- ÖZER, İlhan, **Devlet Maliyesi**, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayını, 1980.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- ÖZTÜRK, İlhami "Harçlar Kanunu'nun 56'ncı Maddesinin ve Bu Maddeye Dayanılarak Uygulamada Geliştirilen Sistemin Hukuka Uygunluğu", **Maliye Dergisi**, Yıl:2015, Sayı:168, (s. 201-226).
- PEHLİVAN, Osman, **Vergi Hukuku**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2009.
- PINAR, Burak, **Yargı ve İcra Harçları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.
- ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.
- TEKBAŞ, Abdullah, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2009.
- TOPUZ, İbrahim / ÖZKAYA, Kadir, **Açıklamalı-İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını.
- TUNCER, Selahattin, **Vergi Hukuku ve Uygulaması**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, **Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar**, Seçkin, Ankara, 2007.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, **Medeni Usul Hukuku Sorunları**, 3. Baskı, Cilt:1, Seçkin, Ankara, 2010.
- UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ÜNSAL, Hilmi, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÜREL, Gürol, **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- YILMAZ, Kazım, **Türk Vergi Hukuku**, 4. Baskı, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2005.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- YILMAZ, Zekeriya, **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.w w

# İkinci On Yılına Girerken Koruma Sorumluluğunu Yeniden Düşünmek: Lex Ferenda Olarak R2P

Hakemli Makale

## **Pınar GÖZEN ERCAN**

Yrd. Doç.Dr., Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler (E-Posta: mpgozen@hacettepe.edu.tr).  
Asst. Prof. Dr. Hacettepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences Department of International Relations

---

## İÇİNDEKİLER

---

Giriş . . . . .	167
1. Koruma Sorumluluğu: Amaç, Temel Prensipler ve Kapsam . . . . .	168
2. "Truva Atı"ndan Uluslararası bir Norma: BM Çerçevesinde Koruma Sorumluluğunun Gelişimi ve Mevcut Hukuki Düzendeki Kazandıği Statü . . . . .	169
2.1. Koruma Sorumluluğunun BM Çerçevesine Taşınması ve 2005 Dünya Zirvesi'nde Kabulü . . . . .	169
2.2. Oybirliğiyle Kabulünün Ardından Koruma Sorumluluğunun Kavramsal ve Hukuki Gelişimi . . . . .	170
2.3. Güvenlik Konseyi'nin R2P Uygulamaları ve Normun Mevcut Hukuki Statüsü . . . . .	173
3. İkinci On Yılında Koruma Sorumluluğu: Normun Lex Ferenda Yönünde Revizyonu. . . . .	176
Sonuç . . . . .	179
REFERANSLAR . . . . .	181

---

## ÖZET

---

2001 yılında Uluslararası Müdahale ve Devlet Egemenliği Komisyonu (ICISS) tarafından ortaya atılan “koruma sorumluluğu” (R2P) kavramının Birleşmiş Milletler üye devletlerince kabulünün üzerinden on yıl geçmiş olmakla beraber normun uluslararası toplumca istikrarlı bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, bu makale koruma sorumluluğu normunun uluslararası hukuk nezdindeki statüsü tartışma temelinde, literatürdeki mevcut çalışmalardan farklı olarak BM Güvenlik Konseyi’nce bugüne kadar istikrarsız bir şekilde uygulanan normun ikinci on yılında etkili bir şekilde uygulanabilmesinin ancak hukuki anlamda yeni düzenlemelerle mümkün olduğunu vurgulamakta ve bunun için ne tür değişiklikler/reformlar gerektiğini tartışmaktadır. Bu amaçla öncelikle koruma sorumluluğunun temel prensipleri ve BM çerçevesindeki kurumsallaşma süreci özetlenmekte, normun kapsamına dair temel değişimler ortaya konmakta, ardından da normun BM Güvenlik Konseyi’nce uygulamalarının genel bir değerlendirmesi üzerinden normun bu on yıllık süreçte uluslararası hukuk nezdinde kazandığı statü tartışılmaktadır. Son olarak, ikinci on yıllık süreçte normun etkin ve zamanlı bir şekilde uygulanmasını sağlamak için koruma sorumluluğunun *lex ferenda* olarak düşünülmesi gerekliliği ortaya konacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Koruma sorumluluğu, Birleşmiş Milletler, Güvenlik Konseyi, uluslararası etik norm, *lex ferenda*.

---

## ABSTRACT

---

Despite the fact that it has already been a decade since the unanimous adoption of the “responsibility to protect” (R2P) by the state members of the United Nations (UN) -which was first introduced in 2001 by the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)-, it can hardly be argued that the international community has consistently implemented the norm. In this vein, this article discusses the current status of the R2P norm within the realm of international law. Diverging from the existing works in the literature, it argues that an effective and consistent implementation of the norm in its next decade depends on a revised regulation of the norm under international law, and accordingly discusses what sorts of changes/reforms are required. To this end, firstly a brief background on the fundamental principles of R2P and its institutionalisation within the UN framework will be provided. Following this, a general evaluation of the UN Security Council’s implementation of R2P so far will be presented prior to explaining the current status of R2P in relation to international law. Finally, it will be argued that an effective and timely implementation of R2P requires a reconsideration of the norm as *lex ferenda*.

**Keywords:** Responsibility to Protect, United Nations, Security Council, legality, international law, *lex ferenda*.

## Giriş

1990'lı yıllarda dünyanın farklı bölgelerinde yaşanan büyük ölçekli insan hakları ihlallerini ve katliamları takiben önce 1999'da, ardından da 2000'de dönemin Birleşmiş Milletler (BM) Genel Sekreteri Kofi Annan şu soruyu uluslararası toplumun gündemine getirmiştir: "eğer insancıl müdahale, gerçekten, egemenliğe karşı kabul edilemez bir saldırı ise, Ruanda ve Srebrenitsa gibi ortak insanlığımızın her türlü temel kuralını etkileyen büyük ölçekli ve sistematik insan hakları ihlallerine nasıl cevap vermeliyiz?"<sup>1</sup> Bunu takiben 2000 yılında Kanada Hükümeti öncülüğünde Uluslararası Müdahale ve Devlet Egemenliği Komisyonu (International Commission on Intervention and State Sovereignty - ICISS) kuruldu. Bölgesel farklılıkların temsilini sağlayabilecek bir üye çeşitliliğine sahip olan Komisyon, 2001 yılında çalışmalarını tamamladı ve Aralık ayında "Koruma Sorumluluğu Üzerine Rapor"unu yayınladı.

ICISS raporunun giriş bölümünde, çalışmanın konusunu insani müdahale hakkı olarak tanımlarken amacının "devleti tarafından hayatları tehlikeye sokulan insanları korumak için, eğer mümkünse, ne zaman zorlayıcı yöntemlere -özellikle de askeri güç kullanımına- başvurmak uygundur sorusu"nu cevaplamak olduğunu ifade etmiştir.<sup>2</sup> Her ne kadar insani müdahale odak noktasında görünse de, önceki yaklaşımlardan farklı olarak Komisyon insani müdahalede kimileri tarafından bir hak olarak tanımlanan askeri güç kullanımının devletlerce tek taraflı ya da Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın uygulandığı durumlarda istismara açık olması nedeniyle alternatif bir yaklaşım geliştirmiş ve hem devletler seviyesinde hem de uluslararası toplum seviyesinde bir "koruma sorumluluğunun" varlığından söz etmiştir.<sup>3</sup> Rapor, temelde devletlerin kendi inisiyatifleri doğrultusunda bir müdahale hakkına sahip olmasından ziyade halkların korunması konusunda devletlere ve uluslararası topluma düşen bir sorumluluğun varlığını ortaya koymayı amaçlamış olsa da, kavramın genel bir kabul görmesi ancak 2005 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi (World Summit Outcome Document) ile mümkün olmuştur.

Bu bağlamda, bu makalede öncelikle BM üyelerince oybirliğiyle kabulünün üstünden on yıl geçmesinin ardından koruma sorumluluğu (R2P) normunun uluslararası hukuk nezdindeki statüsü tartışılacaktır. Ardından, literatürdeki mevcut çalışmalardan farklı olarak BM Güvenlik Konseyi'nce bugüne kadar istikrarsız bir şekilde uygulanan normun ikinci on yılında etkili bir şekilde uygulanabilmesinin ancak hukuki anlamda yeni düzenlemelerle mümkün olduğu vurgulanacak ve bunun için ne tür değişiklikler/reformlar gerektiği tartışılacaktır. Bu amaçla öncelikle koruma sorumluluğunun temel prensipleri ve BM çerçevesindeki kurumsallaşma süreci özetlenecek, BM belgelerinde normun kapsamına dair yapılan temel değişiklikler ortaya konacaktır. Ardından, normun BM Güvenlik Konseyi'nce uygulamalarının (özellikle güç kullanımına izin veren kararları üzerinden) genel bir

1 ICISS, **The Responsibility to Protect: The Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty**, International Development Research Center, Ottawa, 2001, s. vii.

2 ICISS, 2001, s. vi.

3 GÖZEN ERCAN, Pınar, "Uluslararası Müdahale", **Uluslararası İlişkilere Giriş: Tarih, Teori, Kavram ve Konular**, (der. Ş. Kardaş ve A. Balcı), 1. Basım, İstanbul, Küre Yayınları, 2014, (s. 316-21).

değerlendirmesi yapılacak ve normun bu on yıllık süreçte uluslararası hukuk nezdinde kazandığı statü tartışılacaktır. Son olarak, ikinci on yıllık süreçte normun etkin ve zamanlı bir şekilde uygulanmasını sağlamak için koruma sorumluluğunun *lex ferenda* olarak düşünüülmesi gerekliliği olası senaryolar üzerinden örneklendirilerek ortaya konacaktır.

### 1. Koruma Sorumluluğu: Amaç, Temel Prensipler ve Kapsam

Koruma sorumluluğu normunun kapsamı Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi ile daraltılmış olmakla beraber normun özünü ve hukuki statüsünü kavrayabilmek için ICISS'in raporunda ortaya koyduğu temel amaç ve prensiplere göz atmakta fayda vardır. Komisyon'un önerdiği şekliyle koruma sorumluluğu iki temel prensipten oluşmaktadır. İlki, devlet egemenliğinin sorumluluğu beraberinde getirdiğidir (*sovereignty as responsibility*). Bu anlayışa göre bir devletin halkının korunması sorumluluğu öncelikle o devletin kendisine aittir. İkinci prensip ise bir halkın iç savaş, ayaklanma, baskı veyahut devlet başarısızlığı (*state failure*) nedeniyle ciddi bir zarara maruz kalması ve söz konusu devletin bu mağduriyeti sonlandırmak veya engellemek konusunda isteksiz ya da aciz olması durumunda, müdahale etmeme prensibinin yerini uluslararası koruma sorumluluğuna bıraktığı anlayıştır.<sup>4</sup>

Savunduğu iki seviyeli sorumluluk anlayışıyla ICISS, bir müdahale hakkının varlığı tartışmalarından sıyrılıp sadece güç kullanımı ile sınırlı olmayan, insan hakları krizlerini önlemeye ve kriz sonrasında yeniden yapılandırmaya da odaklanan bir yaklaşımın benimsenmesini amaçlamıştır. Buna göre, koruma sorumluluğu 1- engelleme sorumluluğu (*responsibility to prevent*), 2- tepki verme sorumluluğu (*responsibility to react*) ve 3- yeniden yapılandırma sorumluluğu (*responsibility to rebuild*) olmak üzere üç çerçevede tanımlanmıştır. Raporun çıkış noktasını oluşturan insani müdahale sorusu da tepki verme sorumluluğu çerçevesinde, zorlayıcı olmayan yöntemlerin yetersiz olması sonucunda, son çare olarak başvurulacak bir araç olarak R2P normu içerisinde yer almaktadır.

ICISS'in raporunu yayınlaması 11 Eylül'ü takiben teröre karşı ilan edilen uluslararası savaşla aynı zamana denk geldiği için ve özellikle başlarda R2P insani müdahaleye ve dolayısıyla bir çeşit güç kullanımına eş değer görüldüğü için, normun hemen genel bir kabul görmesi mümkün olmamıştır. ICISS her ne kadar askeri müdahaleye dair unsurları detaylı bir şekilde ele almaya çalışmış ve bazı "adil sebep" kriterleri ortaya koymuş olsa da, kavramın büyük ölçekli insan hakları ihlalleri ve katliamlarla başlayıp doğal afet ve salgın hastalık gibi durumları da kapsayabilecek şekilde geniş bir içerikle tanımlanması nedeniyle güç kullanımının istismar edilebilmesi olasılığı ve devletlerin bu bağlamdaki endişeleri, R2P anlayışının uluslararası boyutta kabul görebilmesi için kapsamının daraltılması gerekliliğini doğurmuştur.<sup>5</sup> Makalenin ikinci bölümünde ortaya konacağı üzere, R2P'nin BM'de kurumsallaştırılması çerçevesinde geçirdiği değişimler normun ilk on yıllık evrim sürecindeki olası hukuki statüsünü de doğrudan etkilemiştir.

4 ICISS, 2001, s. xi.

5 GÖZEN ERCAN, Pınar, "R2P: from slogan to an international ethical norm", **Uluslararası İlişkiler**, Yıl: **Sonbahar 2014**, Cilt: 43, Sayı: 1, s. 40.



## 2. "Truva Atı"ndan Uluslararası bir Norma: BM Çerçevesinde Koruma Sorumluluğunun Gelişimi ve Mevcut Hukuki Düzendeki Kazandıği Statü

Her ne kadar ICISS koruma sorumluluğu kavramını ortaya attığında bir müdahale hakkının varlığı üzerine olan söylemi değiştirerek odağı halkların korunması yönünde bireysel olarak devletlere ve uluslararası topluma düşen sorumluluğa çekmeyi amaçlamış olsa da bazı devletler bu yeni normu büyük/güçlü devletlerin emperyalist emellerini gerçekleştirmek için şekillendirdiği bir Truva Atı<sup>6</sup> olarak algılamışlardır. Bu nedenle R2P'nin uluslararası toplumca kabulü ancak normun dönemin Genel Sekreteri'nce BM çerçevesine taşınmasıyla ve norma daha ihtiyatlı ya da önyargılı yaklaşan devletlerin endişelerini giderip desteklerini alabilmek için normun kapsamının daraltılması ve güç kullanımına dikkati çeken "müdahale kriterleri" gibi unsurların R2P'den söz eden belgelerden aşamalı olarak çıkartılmasıyla mümkün olmuştur.<sup>7</sup>

### 2.1. Koruma Sorumluluğunun BM Çerçevesine Taşınması ve 2005 Dünya Zirvesi'nde Kabulü

2004 yılı itibariyle Genel Sekter Kofi Annan BM çerçevesinde R2P normunun tanınması için çalışmalarına başladı. "Daha Güvenli Bir Dünya: Ortak Sorumluluğumuz" (*A More Secure World: Our Shared Responsibility*) başlıklı raporunun üçüncü bölümünde kolektif güvenlik ve güç kullanımı konuları çerçevesinde "Yasallık Sorusu" alt başlığı altında koruma sorumluluğunu üye devletlerin dikkatine sunan Annan, müdahale etmeme prensibinin Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelendirilebilecek büyük ölçekli insan hakları ihlallerine karşı tavır alamaması için bir neden olmadığını öne sürmüştür.<sup>8</sup> Sorumluluk olarak egemenlik anlayışının yaygın olarak kabul görmeye başladığını iddia eden Annan, koruma sorumluluğunun engelleme, tepki ve yeniden yapılandırma aşamalarından oluştuğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, ICISS'in raporuna paralel bir şekilde askeri müdahalenin söz konusu olması durumunda gözden geçirilmesi gereken kriterleri de "tehdidin ciddiyeti", "uygun amaç", "son çare", "orantılı araçlar", "sonuçlar dengesi" ve "makul beklentiler" olarak sıralamıştır.<sup>9</sup> ICISS'in raporundakinden farklı olarak R2P'nin kapsamından doğal afet ve salgın hastalıkları çıkartan Genel Sekreter Annan, doğru otoriteyi sadece BM Güvenlik Konseyi olarak tanımlamış ve Konsey'in BM Sözleşmesi'nin VII. Bölüm'ü çerçevesinde (güç kullanımı da dahil olmak üzere) ortak olarak hareket için karar alabileceğini de ifade etmiştir.<sup>10</sup>

6 BELLAMY, A. J., "Responsibility to Protect or Trojan Horse? The Crisis in Darfur and Humanitarian Intervention after Iraq", *Ethics & International Affairs*, Yıl: 2005, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 31-53.

7 Normun gelişiminin ve değişiminin detaylı bir incelemesi için bkz. GÖZEN ERCAN, P., "Chapter 4: Tracing the Process", *Debating the Future of the Responsibility to Protect: the Evolution of a Moral Norm*, Palgrave, 2016.

8 ANNAN, K., "A More Secure World: Our Shared Responsibility". *Report of the Secretary General's Report High-level Panel on Threats, Challenges and Change*, 2004, <http://www.un.org/secureworld/report2.pdf> (erişim tarihi 10.10.2015), s. 65.

9 ANNAN, 2004, s. 67.

10 ANNAN, 2004, s. 66.

Normun kabulü ve uygulanmasına yönelik sonraki adımında Annan, R2P'yi 2005'teki "BM Reformu Üzerine Rapor"unda (*Report on UN Reform: In Larger Freedom*) ele almış ve 2004 raporundan farklı olarak R2P'yi kolektif güvenlik başlığından çıkartarak "Haysiyetle Yaşama Özgürlüğü" bölümünde "Hukukun Egemenliği" başlığı altında tartışmıştır. Dildeki bu değişiklik güç kullanımı üzerine kayan odağı daha barışçıl çağrışımları olan "sorumluluk" üzerine çekmek ve üye devletlerin desteğini kazanmaya yönelik bir yumuşatma olarak tanımlanabilir. Buna paralel olarak Annan güç kullanımına dikkati çeken müdahale kriterlerini raporuna dahil etmemiş ve normun kapsamını daha netleştirerek egemenliğin "soykırım, insanlığa karşı suçlar ve büyük ölçekli eziyetlere" karşı bir kalkan olamayacağını savunmuştur<sup>11</sup>.

Koruma sorumluluğu kavramı birkaç ay sonra BM çerçevesinde nihai halini 2005 Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi'nde (A/60/L.1) almış ve bu haliyle BM Genel Kurulu üye devletlerince oybirliğiyle kabul edilmiştir. Sonuç Belgesi "Koruma Sorumluluğu"<sup>12</sup> başlığı altında 138. ve 139. paragraflarda normun kapsamını "soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve etnik temizlik" olmak üzere dört ağır suçla kısıtlamıştır. Paragraf 138 bu suçlar çerçevesinde sorumluluk olarak egemenlik anlayışı üzerinden devletlerin halklarına karşı sorumluluklarını tanımlarken, Paragraf 139 uluslararası toplumun sorumluluğunu yine aynı suçlar üzerinden ve sadece Güvenlik Konseyi'ne yetki vererek (gerek BM Sözleşmesi Bölüm VI ve/veya Bölüm VIII, ya da gerekli durumlarda Bölüm VII kapsamında hareket etmek üzere) tanımlamıştır. ICISS'in yüz sekiz sayfalık raporundan yola çıkılarak BM çerçevesinde kurumsallaştırılan R2P, bu süreç sonucunda iki paragrafa indirgenmiş, yeniden inşa sorumluluğu unsurlarından çıkartılmış, müdahale kriterleri tamamen kaldırılmış, yegane otoritesi Güvenlik Konseyi olarak belirlenmiş ve dört büyük suç kapsamında yeniden tanımlanmış bir norm halini almıştır.

2005 Dünya Zirvesi'nde koruma sorumluluğunun uluslararası toplumun kabulünü kazanması, bunu takip eden yıllarda gerek önleme gerekse de tepki aşamalarında seyreden R2P kapsamına giren krizlerde zamanlı ve etkili bir R2P uygulamasının oluşmasında yeterli olmamıştır. Dünyanın çeşitli yerlerinde süregiden büyük ölçekli toplu insan hakları ihlalleri nedeniyle, BM Genel Sekreteri olarak Annan'dan bayrağı devralan Ban Ki-moon 2009'da "Koruma Sorumluluğunun Uygulanması" başlıklı ilk kapsamlı R2P raporunu yayınlamıştır.

## 2.2. Oybirliğiyle Kabulünün Ardından Koruma Sorumluluğunun Kavramsal ve Hukuki Gelişimi

2005'ten 2009'a kadar geçen zaman zarfında (en temel R2P örneklerinden kabul edilen) Darfur krizinin engellenememesi ve koruma sorumluluğunun bu ve benzeri

11 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, "Report of the Secretary-General", *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, A/59/2005, 21 Mart 2005, s. 34-5.

12 Yine bu başlık altında bulunan Paragraf 140, Genel Sekreter'in "Soykırımın Engellenmesi konusundaki Özel Danışmanı"na destek verileceği yönünde bir ifade içermekte ve normun kapsamı ya da uygulanmasına yönelik herhangi bir konuya değinmemektedir.

olaylarda durumun gerektirdiklerine uygun bir şekilde uygulanmamış olması, Dünya Zirvesi'nde verilen sözlerin yeterince işlerlik kazanmadığının bir göstergesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, 2007 yılında R2P dahilinde "verilen sözlerin fiiliyata dönülmesi için mücadele edeceğini"<sup>13</sup> ifade eden Genel Sekreter Ban Ki-moon, 2009'da R2P üzerine yayınladığı ilk detaylı raporda (A/63/677) koruma sorumluluğunun uygulanması konusunu ele almış ve raporun amacının Dünya Zirvesi'nin çıktılarını yeniden yorumlamak ya da tartışmaya açmak değil, çıkan kararın sadakatle ve istikrarlı bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yolları bulmak olduğunu vurgulamıştır.<sup>14</sup> Bu bağlamda, raporunda ilk olarak R2P'nin BM çerçevesinde tanımlanan kapsamına değinen Ban, normun üç temel sütununu şöyle ortaya koymuştur: birincisi, "devletin koruma sorumluluğu", ikincisi "uluslararası yardım ve kapasite artırımı" ve üçüncüsü ise "zamanlı ve kararlı" tepkidir.<sup>15</sup> Birinci sütun, Sonuç Belgesi'nin 138. Paragraf'ında tanımlanan ve uluslararası hukukun mevcut ödevlerine dayanan, devletlerin halklarını (vatandaşı olsun olmasın) soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve etnik temizlik suçlarından korumasına yönelik sorumluluğunu içeren aşamasıdır. İkinci sütun, devletlerin halklarına karşı sorumluluğunu yerine getirebilmesi için uluslararası toplumun onlara destek vermesine ilişkin yardım programları, önleyici mekanizmalar ve erken uyarı mekanizmalarına odaklanmaktadır. İlk ikisinden farklı olarak üçüncü sütun Paragraf 139 kapsamında, ICISS'in tanımladığı tepki verme sorumluluğu paralelinde, uluslararası toplumun engellenememiş R2P krizlerinde devletin aşikar başarısızlığına (*manifest failure*) istinaden olaya durumun gerekliliklerine göre ya barışçıl yollardan BM Sözleşmesi Bölüm VI ve VIII çerçevesinde, ya da barışçıl yöntemlerin etkisiz kalması durumunda Bölüm VII çerçevesinde müdahalesini<sup>16</sup> içerir. Bu bağlamda, karar verici otorite olarak BM Güvenlik Konseyi atanmış ve Konsey dışında, BM Genel Kurul'u da dahil olmak üzere, alternatif bir otorite tanımlanmamıştır.

R2P'nin BM Genel Kurulu'nda oybirliğiyle kabulünün ardından 2006 yılında normun önde gelen müteşebbislerinden ve ICISS'in eş başkanlarından Gareth Evans şu yorumda bulunmuştur: "son beş yılda tanıklık ettiğimiz, neredeyse gerçek zamanlı olarak, nihayetinde uluslararası teamül hukukunun yeni bir kuralı olabilecek- yeni bir uluslararası normun ortaya çıkışıdır."<sup>17</sup> Ne var ki normun takip eden yıllardaki gelişimi

13 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TOPLANTI YORUMLARI VE BASIN BİLDİRİLERİ, *Secretary-General, in Address to General Assembly, Lays Out Vision of Stronger, More Flexible, Efficient, Accountable United Nations*, SG/SM/11182, 25 Eylül 2007, <http://www.un.org/press/en/2007/sgsm11182.doc.htm> (erişim tarihi: 18 Haziran 2013).

14 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, "Report of the Secretary-General", **Implementing the Responsibility to Protect**, A/63/677, 12 January 2009, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/63/677&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/63/677&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E), (erişim tarihi 25.10.2015), s. 4.

15 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, **2009**, s. 2.

16 "İnsani müdahale üçüncü unsur çerçevesinde, bir devletin koruma sorumluluğunu yerine getiremediği aşikar olduğunda ve olası barışçıl ve zorlayıcı yöntemler yetersiz kaldığında Güvenlik Konseyi kararıyla [son çare olarak] gerçekleştirilebilir" (GÖZEN ERCAN, **2014a**, s. 318-21).

17 Evans, G., **From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect**, Keynote Address to Symposium on Humanitarian Intervention, University of Wisconsin, Madison, 31 Mart 2006, <http://www.cri>

hukuki bir statü kazanmak yönünde olmamıştır. Özellikle 2009 raporunda da ifade edildiği üzere, Paragraf 138 altında devletlerin bireysel sorumluluğu olarak tanımlanan anlayış mevcut hukuk kuralları ve yasalara<sup>18</sup> dayanmaktadır. Bu bağlamda, devletlerin taraf oldukları temel insan haklarının korunmasına yönelik antlaşmalardan, uluslararası ceza hukukundan ve uluslararası insani hukuktan kaynaklanan mevcut ödevleri temelinde halklarını dört büyük suça karşı koruma sorumluluğu doğmaktadır. Her ne kadar norm kapsamında böylesi bir koruma sorumluluğuna vurgu yapılmış olsa da, devletlerin hukuki anlamdaki zorunlulukları norm ortaya çıkmadan önce zaten tanımlanmış ve bu bağlamda kavramsal bir egemenlik anlayışı revizyonu dışında hukuki anlamda yeni bir tanımlama ya da kural ortaya konmamıştır. Bu temelde, sorumluluk olarak egemenlik anlayışının (ki bu anlayış Soğuk Savaş sonrasındaki dönemde ilk olarak Francis Deng ve diğerleri tarafından ortaya atılmıştır) mevcut hukuki sistemle örtüştüğü söylenebilir.

Koruma sorumluluğu normunun inşa edilişi itibariyle uluslararası hukuka değışiklik getirebileceği esas nokta uluslararası toplum için tanımlanan sorumluluktur. Uluslararası toplumun engelleme sorumlulukları bir yana, etkili ve zamanlı tepki sorumluluğu dahilinde güç kullanımına varan önlemler alınabilmesi ve bunun ana fikir olarak insan haklarının korunması çerçevesine oturtulması hukuki anlamda potansiyel bir farklılık yaratmaktadır. Çünkü böylesi bir anlayış temel hukuk prensiplerinden güç kullanımı ve tehdidine başvurulmaması (BM Sözleşmesi Madde 2/4) ve devletlerin iç işlerine karışılmaması (BM Sözleşmesi Madde 2/7) prensiplerine istisna oluşturabilecektir. Ne var ki, R2P normu Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi Paragraf 139'da ifade edildiği haliyle tüm koruma sorumluluğu yetkilerini Güvenlik Konseyi'nin BM Sözleşmesi'nin (VI. ve VIII. Bölümlerine ek olarak) VII. Bölümü'nde sıralanan yetkilerine dayandırdığı için yeni bir kural ya da istisna tanımlamamıştır. Bu bağlamda R2P çerçevesinde güç kullanımı ancak Güvenlik Konseyi'nin kararıyla, Bölüm VII çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturan bir durum (ya da barışın ihlalinin söz konusu) olduğunun değerlendirilmesiyle mümkün olabilmektedir.<sup>19</sup>

1990'lı yıllarda insani müdahalenin devletlerin inisiyatiflerinde ve çoğunlukla milli çıkarları doğrultusunda uygulanmış olması, kimi olaylarda askeri müdahalenin gerekliliğine rağmen uluslararası toplumun tepkisiz kalması ile sonuçlanırken (bkz. Somali

sisgroup.org/ home/index.cfm?id=406 0&l=1 (erişim tarihi 28.10.2007).

18 Bazı örnekler şöyledir: Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide); Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (International Covenant on Civil and Political Rights) ve İkinci Seçimlik Protokolü; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (International Covenant on Social, Economic and Cultural Rights); İşkence ve Diğer Kötü Muamelelere Karşı Sözleşme (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment); Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women); Her Türü Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesi Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination); Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ve 1967 Protokolü (Convention relating to the Status of Refugees); Çocuk Hakları Sözleşmesi (Convention on the Rights of the Child); Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsü (Rome Statute of the ICC).

19 GÖZEN ERCAN, 2014b, p. 42.

örneği), kimi durumlarda da BM Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın müdahalelerin yapılmasıyla sonuçlanmış, neticede yasallık ve meşruiyet tartışmalarına neden olmuştur (bkz. Kosova örneği). Bu bağlamda, koruma sorumluluğu anlayışıyla ulaşılmak istenen keyfi uygulamaların terk edilmesi ve gereklilik çerçevesinde uluslararası toplumun istisnasız her durumda ortak ve zamanlı hareket etmesini sağlamaktır. Bu amaçla yönelik olarak, ICISS raporunda Güvenlik Konseyi'ne alternatif olarak BM Genel Kurulu kararıyla ve gönüllü devletlerin oluşturduğu koalisyonlar yoluyla müdahalede bulunabileceğini söylemiş<sup>20</sup> fakat bu öneri Paragraf 139'da yer almamıştır. Dolayısıyla her ne kadar mevcut BM mekanizmaları R2P krizlerinde mobilize edilebilir durumda olsa da bu karar tamamen Güvenlik Konseyi'ne ve temelde Konsey'in beş daimi üyesinin hem fikir olması ve/veya veto hakkını kullanmamasına bağlıdır. Güvenlik Konseyi yasal değil, politik bir organdır ve üyeleri Konsey'de milletler üstü bir yapıyı değil devletlerini temsilen bulunmaktadır, bu nedenle de Soğuk Savaş dönemindeki örneklerde de yaygınca görüldüğü üzere, Komisyon'un karar süreci politik bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, R2P normunun gerçekten hukuki bir statü kazanıp kazanmadığını değerlendirmek için BM çerçevesindeki uygulamalarına bakmakta fayda vardır. Bunun için bir sonraki bölümde BM Güvenlik Konseyi kararlarındaki R2P atıfları üzerinden genel bir değerlendirme sunulacaktır.

### 2.3. Güvenlik Konseyi'nin R2P Uygulamaları ve Normun Mevcut Hukuki Statüsü

2005'ten günümüze Burma, Orta Afrika Cumhuriyeti, Fildişi Sahili, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Gine, Kenya, Kırgızistan, Libya, Mali, Nijerya, Güney Sudan, Sri Lanka, Yemen, Zimbabve ve yakın zamanda da Suriye ve Irak'ta yaşanan krizler R2P kapsamında incelenen olaylar<sup>21</sup> arasında yer almıştır. Uluslararası toplum bu olaylardan Gine ve Kenya'ya hızlıca müdahale etmiş ve koruma sorumluluğunu engelleme aşamasında (/ikinci sütun çerçevesinde) başarıyla uygulamıştır.<sup>22</sup> Diğer vakalarda koruma sorumluluğunun etkili bir şekilde yerine getirildiğinden söz etmek mümkün değilken, Fildişi Sahili ve Libya örneklerinde istisnai olarak R2P'nin üçüncü sütunu kapsamına girecek nitelikte askeri müdahalelerin yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, özellikle güç kullanımı söz konusu olduğunda Güvenlik Konseyi'nin norma nasıl atıfta bulunduğuna bakmakta R2P'nin hukuki statüsünü netleştirebilmek açısından fayda vardır.

20 ICISS, 2001, s. 55.

21 Bu liste BM Genel Sekreteri'nin R2P raporlarında ifade edilen örnek olaylar ve *Global Centre for the Responsibility to Protect (GCR2P)*, *the International Coalition for the Responsibility to Protect (ICRtoP)* ve *the Asia Pacific Centre for the Responsibility to Protect (APCR2P)* gibi önde gelen R2P gruplarının incelediği olaylar göz önünde bulundurularak hazırlanmıştır.

22 GÖZEN ERCAN, Pinar, **Debating the Future of the "Responsibility to Protect": the Evolution of a Moral Norm**, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2016, s. 121.

Bu bağlamda öne çıkan 1970<sup>23</sup> ve 1973<sup>24</sup> sayılı Libya kararları ile 1975<sup>25</sup> sayılı Fildişi Sahili kararı olmak üzere üç Güvenlik Konseyi kararında da net bir dille Paragraf 138'e tekabül eden birinci sütun çerçevesinde her iki devletin otoritelerinin halklarına karşı olan koruma sorumlulukları<sup>26</sup> söz konusu halklara karşı artmakta olan şiddet nedeniyle hatırlatılmıştır. 1970 sayılı kararın oybirliğiyle kabulünün ardından alınan önlemlerin Libya'da süregelen durumu kontrol altına almada yeterli olmadığını değerlendiren BM üyesi devletler 1973 sayılı kararı oylamaya sunmuştur. İlk karardan farklı olarak güç kullanımına Bölüm VII temelinde "sivillerin ve Bingazi de dahil olmak üzere Libya Arap Cemahiriyesi'nde tehdit altında olan sivil yerleşkelerinin korunması için her türlü tedbirin alınmasına" ve uçuşa yasak bölge uygulamasına<sup>27</sup> yetki veren 1973 sayılı karar on olumlu oya karşı beş çekimser (Almanya, Brezilya, Çin, Hindistan ve Rusya Federasyonu) oyla kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

Libya'da yaşanan ani gelişmelerden farklı olarak özellikle 2010 yılı itibarıyla Genel Sekreter'in özel danışmanlarının radarına giren Fildişi Sahili vakasında halihazırda bölgede bulunan BM Barış Güçleri'nin (*UN Operation in Côte d'Ivoire - UNOCI*) mandası 2011 yılı öncesinde uzatılmış fakat alınan önlemler "soykırım tehdidini"<sup>29</sup> ortadan kaldırmaya yetmemiştir. R2P kapsamında değerlendirilen krize cevaben 1973 sayılı

23 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **Resolution 1970**, "Adopted by the Security Council at its 6498<sup>th</sup> meeting", S/RES/1970, 17 Mart 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011)) (erişim tarihi: 18.06.2013).

24 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **Resolution 1973**, "Adopted by the Security Council at its 6498<sup>th</sup> meeting", S/RES/1973, 17 Mart 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)) (erişim tarihi: 18.06.2013).

25 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **Resolution 1975**, "Adopted by the Security Council at its 6508<sup>th</sup> meeting", S/RES/1975, 30 Mart 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1975\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1975(2011)) (erişim tarihi: 18.06.2013).

26 Orijinal metinlerde R2P'nin birinci sütununa atfen kullanılan ifadeler şöyledir: "Recalling the Libyan authorities' responsibility to protect its population" (A/Res/1970); "Reiterating the responsibility of the Libyan authorities to protect the Libyan population and reaffirming that parties to armed conflicts bear the primary responsibility to take all feasible steps to ensure the protection of civilians" (A/Res/1973); Fildişi Sahili içinse "Condemning the serious abuses and violations of international law in Côte d'Ivoire, including humanitarian, human rights and refugee law, reaffirming the primary responsibility of each State to protect civilians and reiterating that parties to armed conflicts bear the primary responsibility to take all feasible steps to ensure the protection of civilians and facilitate the rapid and unimpeded passage of humanitarian assistance and the safety of humanitarian personnel, recalling its resolutions 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009) and 1889 (2009) on women, peace and security, its resolution 1612 (2005) and 1882 (2009) on children and armed conflict and its resolution 1674 (2006) and 1894 (2009) on the protection of civilians in armed conflicts," (A/Res/1975).

27 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **2011b**, s. 3.

28 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TOPLANTI YORUMLARI VE BASIN BİLDİRİLERİ, **Security Council Approves "No-Fly Zone" over Libya, Authorizing "All Necessary Measures" to Protect Civilians, by Vote of 10 in Favor with 5 Abstentions**, SG/SM/13454-SC/10201-AFR/2144, 17 Mart 2011, <http://www.un.org/press/en/2011/sc10200.doc.htm> (erişim tarihi: 22.10. 2015).

29 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TOPLANTI YORUMLARI VE BASIN BİLDİRİLERİ, *Press Conference by Secretary-General's Special Advisers On Responsibility to Protect, Genocide, in Connection with Situation in Côte D'Ivoire*, 19 Ocak 2011, [http://www.un.org/press/en/2011/110119\\_Guest.doc.htm](http://www.un.org/press/en/2011/110119_Guest.doc.htm) (erişim tarihi: 22.10. 2015).

kararı takiben 30 Mart 2011 tarihinde, Güvenlik Konseyi yine Bölüm VII çerçevesinde hareket ederek 1975 sayılı kararı oybirliğiyle almıştır. Paragraf 138 ve 139'a atıf yapan önceki kararlarını anımsatan<sup>30</sup> Konsey, açık bir ifadeyle "devletlerin halklarına karşı olan sorumluluğunu" hatırlatmış, ardından da mevcut durumu uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturan bir durum olarak değerlendirerek Bölüm VII altında UNOCI'nin fiziksel şiddet yakın tehdidi altındaki sivilleri korumak için tanınmış yetkisini gerçekleştirmesini sağlayacak yönde gerekli her türlü yöntemi kullanmasına<sup>31</sup> karar vermiştir.

Özellikle Libya olmak üzere her iki vaka da R2P'nin zamanlı ve etkili uygulama örnekleri olarak literatüre geçmiş fakat daha sonra müdahalelerin yapılagelişi ve güç kullanımını BM adına gerçekleştiren unsurların yetkilerini aştığı gerekçeleriyle eleştirilmişlerdir. Libya ve Fildişi Sahili olaylarının müdahale aşamaları ve sonraki sonuçları bu makale kapsamında tartışılmayacaktır. R2P'nin statüsünü belirlemek açısından esas olan, Güvenlik Konseyi kararlarında kullanılan dil, yapılan vurgular ve yetkilendirme gerekçeleridir. Bu bakımdan incelendiğinde her iki vakada dikkati çeken Paragraf 138 çerçevesinde devletlerin halklarına karşı olan bireysel sorumluluklarına yapılan atıflardır. Diğer taraftan her ne kadar hem 1973 hem de 1975 sayılı kararlarda sivillerin korunması amacı ortaya konmuş olsa da, güç kullanımı BM'nin geleneksel uygulaması çerçevesinde Güvenlik Konseyi'nin BM Sözleşmesi Bölüm VII dahilindeki yetkisine ve uluslararası barışa tehdit algılamasına dayandırılmıştır. Bu bağlamda, R2P normunun varlığı BM'nin karar verme mekanizmalarında ne prosedür açısından ne de hukuki açıdan bir değişime ya da sapmaya işaret etmemektedir. ICISS'in eş başkanlarından ve R2P'nin en ateşli savunucularından Ramesh Thakur'un da ifade ettiği gibi, Libya ve Fildişi Sahili örneklerinde R2P terminolojisinin kullanımı 1973 ve 1975 sayılı kararlarda sivillerin korunması yönündeki talepler için normatif bir meşrulaştırma<sup>32</sup> zemini olarak nitelendirilebilir.

2009 yılında üye devletlerin norma dair eleştirilerine cevaben BM Genel Sekreteri'nin Koruma Sorumluluğu konusundaki ilk Özel Danışmanı olan Edward Luck, "koruma sorumluluğunun amacının yeni hukuk normları önermek ya da Güvenlik Konseyi'nin BM Sözleşmesi temelindeki karar mekanizmalarını değiştirmek" olduğu fikrini reddederken, R2P'nin uluslararası hukuka ve BM Sözleşmesi'nin maddelerine dayanan hukuki değil siyasi bir kavram olduğunun altını çizmiştir.<sup>33</sup> Gerek Dünya Zirvesi'nin 138 ve 139. paragraflarında kullanılan dilde, gerekse de BM Genel Sekreteri'nin R2P raporlarında görüleceği üzere, devletlerin bireysel sorumlulukları mevcut uluslararası hukuk düzenlemelerine dayandırılırken, uluslararası toplumun üstüne düşen sorumluluk herhangi bir

30 Önceki kararlar için bkz. dipnot 27.

31 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, 2011c, s. 3

32 Thakur, R. **R2P, Libya and International Politics as the Struggle for Competing Normative Architectures**, 7 Eylül 2011, <http://www.e-ir.info/2011/09/07/r2p-libya-and-international-politics-as-the-struggle-for-competing-normative-architectures/> (erişim tarihi: 22.10. 2014).

33 Luck, E. C. **Remarks to the General Assembly on the Responsibility to Protect (RtoP)**, New York, 23 July 2009, <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/EL%20GA%20remarks%202009.pdf> (erişim tarihi: 27.10.2012).

hukuki taahhüt ortaya konmaksızın, muğlak ifadeler çerçevesinde tanımlanmaktadır.<sup>34</sup> Paragraf 139'un metninde gözlemlenen bu esnek tavır, Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi'nin oybirliği ile kabulünü sağlayan unsurların başında gelmektedir.<sup>35</sup> R2P normunun BM çerçevesindeki kavramsal gelişimi ve Güvenlik Konseyi'nin uygulamalarının genel bir değerlendirilmesi yapıldığında mevcut durumda koruma sorumluluğunun uluslararası hukuk nezdinde kendine ait hukuki bir statü kazandığını ve BM mekanizmalarına yeni unsurlar kattığını söylemek mümkün olmamakla beraber R2P'nin uluslararası etik bir norma dönüştüğünü ve BM terminolojisinin bir parçası haline geldiğini iddia etmek mümkündür.<sup>36</sup> R2P'nin bir hukuk normuna değil de etik bir norma dönüşmüş olması uluslararası toplumun sorumluluklarını zamanlı ve etkin bir şekilde yerine getirmesi söz konusu olduğunda normun yaptırımı olan bir otoriteye sahip olmaması ve Güvenlik Konseyi'nin siyasi bir organ olması nedeniyle istikrarsız bir şekilde uygulanmasına neden olmakta ve büyük ölçekli insan hakları ihlallerine gereken tepkiler gerektiği şekilde gösterilememektedir. Genel Sekreter Ban Ki-moon'un 2009'dan 2015'e kadar yayınladığı yedi raporda da farklı yönleriyle ve farklı sütunları çerçevesinde R2P'nin uygulamalarına değinildiği ve zayıflıkların giderilmesinin hedef alındığı aşikardır. Bu bağlamda, mevcut çalışmalardan farklı olarak bir sonraki bölümde R2P'nin ikinci on yıllık sürecine girilirken ulusal ve uluslararası sorumlulukların söz verildiği şekilde yerine getirilebilmesi için ne tür düzenlemelere gidilebileceği tartışılacaktır.

### 3. İkinci On Yılında Koruma Sorumluluğu: Normun *Lex Ferenda* Yönünde Revizyonu

BM çatısı altında kurumsallaştırılması sürecinde koruma sorumluluğuna kavramsal olarak getirilen kısıtlamalar (örneğin R2P'nin ikinci ve üçüncü sütunlarının uygulamasının Güvenlik Konseyi otoritesiyle sınırlandırılması, bu bağlamda Konsey'in beş daimi üyesinin veto haklarını R2P vakalarını değerlendirirken de kullanabiliyor olmaları, uluslararası toplumun R2P çerçevesinde tanımlanmış hukuki bir yükümlülüğünün olmaması gibi), R2P için hedeflenen noktaya ulaşılamamasına neden olmuştur. Genel Sekreter Ban Ki-moon, 2013 Raporu'nda R2P ile ilişkilendirilen suç ve ihlallerin kapsamına giren her türlü fiilin -devletlerin mevcut antlaşmalarından doğan ödevlerinden bağımsız

34 Bkz. Paragraf 139'un orijinal metni: "The international community, through the United Nations, also has the responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other peaceful means, in accordance with Chapters VI and VIII of the Charter, to help to protect populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. In this context, we are prepared to take collective action, in a timely and decisive manner, through the Security Council, in accordance with the Charter, including Chapter VII, on a case-by-case basis and in cooperation with relevant regional organizations as appropriate, should peaceful means be inadequate and national authorities are manifestly failing to protect their populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity (vurgu eklenmiştir, BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, 2005b, s. 30)."

35 Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) daha genel ve ahlaki karaktere sahip bir sorumluluğun benimsenmesini amaçlamıştır. Bunun temelinde de Washington'un BM'nin bütünü ve/veya Güvenlik Konseyi ya da bireysel devletler açısından uluslararası hukuktan kaynaklanacak bir müdahale zorunluluğunu kabul etmemesi yatmaktadır. (REINOLD, T., "The Responsibility to Protect: Much Ado About Nothing?", *Review of International Studies*, Cilt: 36, s. 67)

36 Bkz. GÖZEN ERCAN, 2014b ve GÖZEN ERCAN, 2016.



olarak- tüm devletler üzerinde bağlayıcılığı olan uluslararası teamül hukuku altında yasaklanmış olduğunun altını çizmiş ve ayrıca etnik temizliğin uluslararası ceza hukuku altında ayrı bir suç olarak tanımlanmamış olsa da, bu fiilin genellikle soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların bir sonucu olduğunu hatırlatmıştır.<sup>37</sup> Dolayısıyla öne çıkan fikir, tüm devletlerin insan haklarının korunması konusunda uluslararası hukuktan kaynaklanan ortak ödevlerinin olduğudur. Bu bağlamda değerlendirildiğinde koruma sorumluluğunun etkili bir şekilde uygulanması önündeki engel, devletlerin bu yönde hukuki yükümlülüklerinin olmaması değil, uluslararası toplumun -mevcut durumda da karar verici organ olan Güvenlik Konseyi'nin- böylesi bir yükümlülüğünün olmaması ve bu karar verici mekanizmayı denetleyici ya da koruma sorumluluğunun yerine getirilmemesi durumunda ona yaptırım uygulayabilecek üst bir otoritenin bulunmamasıdır. İlk on yıllık süreç sonunda BM üyesi devletlerin R2P konusundaki vaatlerinin (ahlaki/etik bir çerçeveye oturttukları) toplu koruma sorumluluklarını istikrarlı bir şekilde yerine getirmesine yetmediği aşikardır. Bu nedenle, makalenin bu bölümünde söz konusu ahlaki/etik çerçevenin hukuki bir çerçeveye dönüştürülmesi gerekliliği ve olası yollar tartışılacaktır.

R2P'nin uluslararası toplumca etkin bir uygulamasının olması her şeyden önce karar verici otoritenin BM Güvenlik Konseyi ile kısıtlanmaması ve temsil yeteneği çok daha yüksek, (örneğin BM Genel Kurulu gibi), bir makamca uygulanması gerekliliğini doğrulamaktadır. Güvenlik Konseyi ile ilgili en temel sorun Buchanan ve Keohane'in de ortaya koyduğu gibi Konsey'in ne yaptığından ziyade neyi yapmakta başarısız olduğudur.<sup>38</sup> Bu bağlamda, Güvenlik Konseyi'nin en büyük engeli daimi üyelerinin veto hakkını kendi ulusal çıkarları doğrultusunda çekinmeden kullanıyor ve karar alınmasını engelliyor olmasıdır.<sup>39</sup> Bu gözle bakıldığında alınabilecek önlemlerden ilki R2P vakası değerlendirmelerinde veto hakkının askıya alınmasını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesidir. Halihazırda daimi üyelerden Fransa "Code of Good Conduct" inisiyatifi<sup>40</sup> altında 2013 yılından bu yana bu fikri uygulamaya geçirmeye uğraşmaktadır fakat bu konuda henüz net bir adım atıldığını söylemek mümkün değildir.

R2P'nin etkin ve objektif bir şekilde uygulanabilmesi için Güvenlik Konseyi tekelinden kurtarılması ve hukuki mekanizmaların devreye sokulması gerekmektedir. Bu bağlamda R2P'nin Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) ile ilişkilendirilmesi ve mahkemelerin yetkileri ve yapabilirlikleri bazında güçlendirilmesi,

37 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU - GÜVENLİK KONSEYİ, "Report of the Secretary-General", **Responsibility to Protect: State responsibility and prevention**, A/67/929-S/2013/399, 9 Temmuz 2013, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/929&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/929&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E) (erişim tarihi: 17.10.2013), s. 3.

38 Buchanan, A. ve Keohane, R. "Precommitment Regimes for Intervention: Supplementing the Security Council", **Ethics and International Affairs**, Cilt: 25, Sayı: 1, Yıl: Bahar 2011, s. 51.

39 Örneğin Suriye konusunda Rusya üç farklı kararda veto hakkını kullanmış ve Güvenlik Konseyi nezdinde karar alınmasını engellemiştir.

40 United Nations Association - UK (UNA-UK). **UN Security Council and the responsibility to protect: Voluntary restraint of the veto in situations of mass atrocity**, [http://www.una.org.uk/sites/default/files/Briefing %20-%20Veto%20code%20of%20conduct.pdf](http://www.una.org.uk/sites/default/files/Briefing%20-%20Veto%20code%20of%20conduct.pdf) (erişim tarihi 01.07.2015).

BM üyesi devletlerin krizleri/insan hakları ihlallerini milli çıkarları ve ilgili devletlerle olan ikili ilişkileri çerçevesinde değerlendirmesini engellemeye yardımcı olabilir. Her ne kadar böylesi değişiklikler BM çerçevesinde ciddi reformlar ve dolayısıyla devletlerin rızasını gerektirse de bu zorluk farklı senaryoların ele alınmasına bir engel teşkil etmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler üzerindeki doğrudan yargı yetkisinin olması örneğinden yola çıkılarak, UAD'a sadece R2P vakaları için tanınacak doğrudan yetki hakkı, konunun BM üyesi devletlerce mahkemeye taşınması yoluyla koruma sorumluluğunu yerine getir(e)meyen devletlere ya da uluslararası toplumun kendi sorumluluğunu yerine getirmesine engel olan devletlere karşı bağlayıcı cezaların hızlıca uygulanması için gerekli zemini oluşturmayı sağlayabilir. Bu bağlamda, UAD'ın yetki kapsamında şu konular değerlendirmeye sunulabilir: R2P normunu kötü niyetle kullanarak tek taraflı olarak bir başka devlete karşı saldırı suçunu işleyen bir devlete karşı önlem alınması/tepki gösterilmesi; iç savaş halindeki bir devlette mevcut isyancı gruplara yasadışı destek verip ülke içerisindeki durumun kötüleşmesine katkıda bulunan devletlerin cezalandırılması; BM yetkilendirmesi çerçevesinde R2P sorumluluğunu insani müdahale yoluyla gerçekleştirirken yetkisini aşan devletlere (ör. *ultra vires*) karşı yaptırım uygulanması; veyahut UCM'nin hakkında tutuklama kararı çıkardığı bireyleri topraklarında barındırmak ve onlara güvence sağlamak suretiyle adaleti engelleyen devletlere karşı tavır alınması gibi. Ana fikir olarak böylesi bir düzenlemeyle sağlanmak istenen devletler nezdinde Güvenlik Konseyi gibi politik bir organın aksine güvenilir addedilebilecek ve aynı zamanda tarafsız bir hukuki organa yetki verilerek R2P çerçevesinde ivedilikle karar alınıp gerekli önlem ya da etkili yaptırımların BM Genel Kurulu yoluyla hızlıca uygulanmasını sağlamaktır.

Uluslararası ilişkiler literatüründe "anarşik" olarak nitelendirilen bir uluslararası sistemde böylesi bir yeniden yapılandırmanın söz konusu olabilmesi için devletlerin gerçek anlamda iyi niyetle ve milli çıkarlarından soyutlanarak hareket etmesi gerekmektedir. İmkansız olmamakla beraber bu amaca ulaşmanın gerçekten zor olduğu göz önünde bulundurularak alternatif senaryoları da gözden geçirmekte fayda vardır. Bu bağlamda, halihazırda işlevsel olan UCM ile R2P arasındaki ilişkilendirmeyi gözden geçirmek yararlı olacaktır. 2009 yılında "Koruma Sorumluluğunun Uygulanması" başlığıyla yayınladığı ilk R2P raporunda Ban Ki-moon, bir devletin halkını koruyamadığı gerçeğinin aşikar olduğu durumlarda uluslararası toplumun ilgili otoritelere koruma sorumluluğunu ve söz konusu fiillerin Roma Statüsü çerçevesinde UCM'ye götürebileceğini hatırlatması gerekliliğinin altını çizmiştir.<sup>41</sup>

Kurt Mills'in de özetlediği gibi "koruma sorumluluğu en menfur insan hakları sömürülerini durdurmayı amaçlarken, uluslararası cezai adalet -diğer bir deyişle kovuşturma sorumluluğu- aynı suçlar çerçevesinde kişilerin bu suçlar işlendikten sonra

41 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, 2009, s. 23.

sorumlu tutulmasını sağlar".<sup>42</sup> Yani R2P fiili gerçekleştirmek için normatif ve siyasi bir çerçeve sunarken, UCM de ilgili suçların dava edilmesine hizmet eder. R2P çerçevesinde UCM'nin nasıl işlevselleştirilebileceğine bakacak olursak: Roma Statüsü'nde de belirtildiği üzere soykırım, savaş suçları ve/veya insanlığa karşı suçların işlenmesi durumunda ilgili devlet Roma Statüsü'ne üye olsun olmasın, failer Güvenlik Konseyi kararıyla UCM'ye yönlendirilebilir. Bu bağlamda, mevcut yetkileri çerçevesinde UCM, R2P kapsamındaki suçlara dair iddiaları incelemeye alıp koruma sorumluluğu sürecini hukuki yollardan iki farklı şekilde destekleyebilir. Birincisi, R2P kapsamına giren suçların işlendiğini belirleme (*determination*) çerçevesinde ilgili otoritenin koruma sorumluluğunu gerçekleştiremediğinin aşikar olduğunu ortaya koymak suretiyle uluslararası toplumun sorumluluğunun doğduğunun netleştirilmesi olarak tanımlanabilir. İkincisi ise yürütme (*enforcement*) çerçevesinde, iddia edilen suçlara dair yasal sürecin başlatılması veya gerekli cezaların suçu tespit edilen bireylere verilmesi ve onların bu suçları işlemeye devam edememesini sağlamak suretiyle R2P sürecine verilebilecek desteklerdir.

Her ne kadar UCM süreçlerinin de tam anlamıyla efektif bir şekilde işlediğini iddia edemesek de, UCM Başsavcısı Fataou Bensouda'nın da ifade ettiği gibi R2P suçlarını işleyenlerin sorumlu tutulup cezalandırılması ileride başkaları için caydırıcı olabilir, dolayısıyla da R2P'nin birinci sütunundaki sorumlulukların daha güçlü ve yaygın bir şekilde yerine getirilmesi sağlanabilir.<sup>43</sup> Orta ve uzun vade etkisi olarak değerlendirilebilecek olan caydırıcılığın yanı sıra, kısa vade de R2P suçlarının UCM'ye taşınması BM Genel Sekreteri'nin süregiden bir krize uluslararası toplumun dikkatini çekmesi ve Güvenlik Konseyi'nin bloke olduğu durumlarda konunun "*Uniting for Peace Resolution*" (A/Res/377 A (V), 3 Kasım 1950) temelinde BM Genel Kurulu'na taşınmasına yardımcı olabilir. Diğer taraftan UCM'de açılan davalardaki süreçlerin uzun olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda R2P-UCM ilişkisinin tamamlayıcı bir ilişki olduğunun da altını çizmekte fayda vardır.

## Sonuç

Bu makalede koruma sorumluluğu normunun 2001'den bu yana geçirdiği değişimler çerçevesinde hukuki anlamda edindiği statü ele alınmış ve mevcut durumda R2P'nin ahlaki/etik bir normdan öteye gidemediği ve (ne kavramsal ne de uygulama boyutunda) herhangi bir yasal yaptırımının olmadığı ortaya konmuştur. Bu tespit çerçevesinde, literatürde R2P'yi hukuki bir perspektiften ele alan diğer çalışmalardan farklı olarak BM çerçevesinde ikinci on yıllık dönemine giren normun ilk on yıllık sürecinin aksine nasıl etkin ve istikrarlı bir şekilde uygulanabileceği sorusuna cevap aranmış ve bu yönde alternatif senaryolar ortaya konmuştur. Sonuç olarak ortaya atılan iddia şudur: kavramsal

42 MILLS, K., "R2P3: Protecting, Prosecuting, or Palliating in Mass Atrocity Situations", **Journal of Human Rights**, Cilt: 12, Sayı: 3, s. 334.

43 INTERNATIONAL COOPERATION FOR THE RESPONSIBILITY TO PROTECT, **Practitioners and Academics Assess RtoP from 2001-2022 at R2P: The Next Decade**, 24 Ocak 2012, <http://icrtopblog.org/category/event/> (erişim tarihi 16.08.2015).

olarak R2P önemini koruyan bir norm olmakla beraber BM'de şekillendirildiği haliyle uygulaması devletlerin siyasi isteği ve Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin tavırları ile direkt olarak bağlantılı olması itibarıyla büyük ölçekli insan hakları ihlallerine karşı kesin/etkin bir çözüm olmaktan uzaktır. Bu nedenle, halihazırda içinde bulunduğumuz anarşik uluslararası düzende hayata geçirilmesi zor ama imkansız olmayan reformlar çerçevesinde yeni düzenlemelere gidilmeli ve R2P'ye hukuki bir statü kazandırılarak hem normun suistimali engellenmeli hem de gerek bireysel anlamda devletlerin, gerekse de uluslararası toplumun sorumluluklarını yerine getirmesi bağımsız ve tarafsız hukuki mekanizmalarla sağlanmalıdır.

---

**REFERANSLAR**


---

- ANNAN, Kofi, **A More Secure World: Our Shared Responsibility**, "Report of the Secretary General's Report High-level Panel on Threats, Challenges and Change", 2004, <http://www.un.org/secureworld/report2.pdf> (erişim tarihi 10.10.2015).
- ANNAN, Kofi, **In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All: Report of the Secretary-General**, A/59/2005, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 59. Oturum, 21 Mart 2015, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/270/78/PDF/N0527078.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 10.10.2015).
- BELLAMY, Alex J., "Responsibility to Protect or Trojan Horse? The Crisis in Darfur and Humanitarian Intervention after Iraq", **Ethics & International Affairs**, Yıl: 2005, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 31-53.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, "Report of the Secretary-General", **In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All**, A/59/2005, 21 Mart 2005, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/59/2005&referer=http://www.un.org/en/events/pastevents/in\\_larger\\_freedom.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/2005&referer=http://www.un.org/en/events/pastevents/in_larger_freedom.shtml&Lang=E) (erişim tarihi 05.11.2012)
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, "Resolution Adopted by the General Assembly on 16 September 2005", **60/1. 2005 World Summit Outcome**, A/Res/60/1, 24 Ekim 2005, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 05.11.2012)
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, "Report of the Secretary-General", **Implementing the Responsibility to Protect**, A/63/677, 12 January 2009, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/63/677&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/63/677&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E) (erişim tarihi 25.10.2015).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU - GÜVENLİK KONSEYİ, "Report of the Secretary-General", **Responsibility to Protect: State responsibility and prevention**, A/67/929-S/2013/399, 9 Temmuz 2013, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/67/929&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/929&referer=http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml&Lang=E) (erişim tarihi: 17.10.2013).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **Resolution 1970**, S/RES/1970, 17 Mart 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011)) (erişim tarihi: 18.06.2013).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **Resolution 1973**, S/RES/1973, 17 Mart 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)) (erişim tarihi: 18.06.2013).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, **Resolution 1975**, S/RES/1975, 30 Mart 2011, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1975\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1975(2011)) (erişim tarihi: 18.06.2013).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TOPLANTI YORUMLARI VE BASIN BİLDİRİLERİ, **Secretary-General, in Address to General Assembly, Lays Out Vision of Stronger, More Flexible, Efficient, Accountable United Nations**, SG/SM/11182, 25 Eylül 2007, <http://www.un.org/press/en/2007/sgsm11182.doc.htm> (erişim tarihi: 18.06.2013).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TOPLANTI YORUMLARI VE BASIN BİLDİRİLERİ, **Press Conference by Secretary-General's Special Advisers On Responsibility to Protect, Genocide, in Connection with Situation in Côte D'Ivoire**, 19 Ocak 2011, [http://www.un.org/press/en/2011/110119\\_Guest.doc.htm](http://www.un.org/press/en/2011/110119_Guest.doc.htm) (erişim tarihi: 22.10. 2015).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TOPLANTI YORUMLARI VE BASIN BİLDİRİLERİ, **Security Council Approves "No-Fly Zone" over Libya, Authorizing "All Necessary Measures" to Protect Civilians, by Vote of 10 in Favour with 5 Abstentions**, SG/SM/13454-SC/10201-AFR/2144, 17 Mart 2011, <http://www.un.org/press/en/2011/sci0200.doc.htm> (erişim tarihi: 22.10. 2015).
- BUCHANAN, A. ve KEOHANE, R. "Precommitment Regimes for Intervention: Supplementing the Security Council", **Ethics and International Affairs**, Cilt: 25, Sayı: 1, Yıl: Bahar 2011, s. 41-63.
- EVANS, Gareth, **From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect**, Keynote Address

- to Symposium on Humanitarian Intervention, University of Wisconsin, Madison, 31 Mart 2006, <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=4060&l=1> (erişim tarihi 28.10.2007).
- GÖZEN ERCAN, Pınar, "Uluslararası Müdahale", **Uluslararası İlişkilere Giriş: Tarih, Teori, Kavram ve Konular**, (der. Ş. Kardaş ve A. Balcı), 1. Basım, İstanbul, Küre Yayınları, **2014**, (s. 316-21).
- GÖZEN ERCAN, Pınar, "R2P: from slogan to an international ethical norm", **Uluslararası İlişkiler**, Yıl: **Sonbahar 2014**, Cilt: 43, Sayı: 1, (s. 35-52).
- GÖZEN ERCAN, Pınar, **Debating the Future of the "Responsibility to Protect": the Evolution of a Moral Norm**, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2016.
- INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS), **The Responsibility to Protect: The Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty**, International Development Research Center, Ottawa, 2001, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> (erişim tarihi 23.06.2007).
- INTERNATIONAL COOPERATION FOR THE RESPONSIBILITY TO PROTECT, **Practitioners and Academics Assess RtoP from 2001-2022 at R2P: The Next Decade**, 24 Ocak 2012, <http://icrtopblog.org/category/event/> (erişim tarihi 16.08.2015).
- LUCK, Edward C., **Remarks to the General Assembly on the Responsibility to Protect (RtoP)**, New York, 23 Temmuz 2009, <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/EL%20GA%20remarks%202009.pdf> (erişim tarihi 27.10.2012).
- MILLS, Kurt, "R2P: Protecting, Prosecuting, or Palliating in Mass Atrocity Situations", **Journal of Human Rights**, Cilt: 12, Sayı: 3, s. 333-56.
- REINOLD, Teresa, "The Responsibility to Protect: Much Ado About Nothing?", **Review of International Studies**, Cilt: 36, s. 55-78.
- UNITED NATIONS ASSOCIATION - UK (UNA-UK). **UN Security Council and the responsibility to protect: Voluntary restraint of the veto in situations of mass atrocity**, <http://www.una.org.uk/sites/default/files/Briefing%20-%20Veto%20code%20of%20conduct.pdf> (erişim tarihi 01.07.2015).

# Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü

Hakemli Makale

**Seda KARA KILIÇARSLAN**

Öğr. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Öğretim Görevlisi  
Lecturer, Kırıkkale University Justice Vocational School

## İÇİNDEKİLER

Giriş	
Konunun Takdimi ve Sistematiği . . . . .	185
1. Konunun Takdimi . . . . .	185
2. Sistematiği . . . . .	185
I. Tüketici Sözleşmeleri . . . . .	186
1. Kavram. . . . .	186
2. Kavramın Belirlenmesindeki Temel Esaslar . . . . .	187
3. Tüketici Sözleşmelerinin Unsurları . . . . .	188
4. Başlıca Tüketici Sözleşmeleri . . . . .	190
II. Bilgilendirme Yükümlülüğü . . . . .	197
1. Genel Olarak . . . . .	197
2. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Konusu . . . . .	199
3. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Niteliği. . . . .	199
4. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Türleri . . . . .	202
5. Mukayeseli Hukukta Bilgilendirme Yükümlülüğü . . . . .	203
6. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kapsamı. . . . .	206
7. Bilgilendirme Yükümlülüğünde Konuşma Rejimi . . . . .	210
8. Bilgilendirme Yükümlülüğünde Yöntem . . . . .	211
9. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Şekli . . . . .	213
10. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Durumunda Yaptırım. . . . .	214
Sonuç . . . . .	218

---

## ÖZET

---

**B**u çalışmanın konusu, tüketici sözleşmeleri ve tüketicinin korunması bağlamında bilgilendirme yükümlülüğü merkezindedir. Tüketici sözleşmeleri için bilgilendirme yükümlülüğü vazgeçilmez niteliktedir. Gerçekten de tüketici talep etmiş olduğu mal veya hizmeti karşılıklı bir dengeyi olmadığı, kendine göre daha bilgili olan sağlayıcı karşısında ve birçok ürün çeşitliliğinin olduğu bir ortamda edinebilecektir. Dolayısıyla böyle bir ortamda tüketicinin dezavantajlı olan konumu, bilgilendirme yükümlülüğü vasıtasıyla düzeltilebilecektir. Bu kapsamda, tüketicinin mevcut durumu, piyasadaki şeffaf olmayan yapı ve çok sayıdaki ürün karşısındaki tecrübesizliği ve doğru ve yeterli biçimde bilgilendirmeyle sağlayacağı yeni konumunu inceleyebilmek amacıyla çalışmamızda bilgilendirme yükümlülüğünün tanımı, niteliği, kapsamı, yöntemi ve şekline 4077 Sayılı TKHK ve 6502 Sayılı TKHK'ların karşılaştırılması suretiyle yer verilmiştir. Öte yandan tüketici hukuku açısından önemli bir yere sahip olan AB Direktifleri ve 6502 Sayılı TKHK'un uygulama usul ve esaslarını düzenlemek üzere yönlendirdiği bir dizi yönetmelik de rehber niteliğinde olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici Hukuku, Tüketici Sözleşmeleri, Tüketici, Bilgilendirme Yükümlülüğü, Tüketicinin Korunması.

---

## ABSTRACT

---

**T**he subject of this study is in the center of information obligations in the context of consumer contracts and consumer protection. Information center has the indispensable quality for consumer contacts. Indeed, consumer will be able to obtain the goods or services that she/he has requested in an environment where there is no mutual balance and there are many product diversity against the provider having more knowledge than himself. Therefore, in such an environment, position which is disadvantageous of the consumer can be corrected by the information obligation. In this context, our study includes the definition, nature, scope, method and type of information obligation by comparison of TKHK No 4077 and TKHK No 6502, in order to examine the consumer's current situation, non-transparent structures in the market and his inexperience in the face of the numerous products and position to be provided with accurate and adequate information. On the other hand, a series of regulations directed to arrange EU Directives which has an important place in terms of law, and TKHK No 6502 application procedures and principles have the nature of guidance.

**Key Words:** Consumer law, Consumer contracts, Consumer information obligation, Consumer Protection



## Giriş

### Konunun Takdimi ve Sistematigi

#### 1. Konunun Takdimi

Borçlar hukukuna hâkim olan irade özerkliği ilkesinin sözleşmeler açısından uzantısını, sözleşme özgürlüğü teşkil eder. Buna göre, kişiler özgürce istedikleri türde bir sözleşmenin tarafı olabilir, bu sözleşmeyi istedikleri gibi sona erdirebilir<sup>1</sup>. Sözleşmenin kimler arasında kurulacağı yine hiçbir sınırlamaya maruz kalmadan salt taraf iradelerine bağlıdır. Söz konusu genel kuralın mantıksal açıdan ortaya atıldığı an için, tartışmasız kabul edilen bir durum olduğu su götürmez bir gerçektir. Zira Jhering'in şu sözleri bizi aynı sonuca götürmektedir: "İçeriği yasadışı ve ahlaksız olmadığı sürece, haklı olarak bir sözleşmenin hukuku koruma iddiasında olmasından daha vahim bir hata düşünemiyorum<sup>2</sup>". Derken çok geçmeden tavizsiz bir şekilde bu ilkenin uygulanamayacağı anlaşılmıştır<sup>3</sup>. Çünkü sanayideki hızlı ilerleyiş, ekonomik ve sosyal anlayışın değişikliği ve bunlara paralel olarak da toplumdaki mantalite farklılığı bu değişikliği gerektirmiştir. Bilhassa seri üretimin artması, her geçen gün piyasaya yeni ürünlerin girmesi ve insanların tüketim odaklı yaşamaları örnek olarak gösterilebilir. Böylece bu kadar çok seçeneğin içinde, piyasa şeffaflığının kalmadığı bir halde, kişilerden beklenemeyecek derecede dikkat ve özeni göstererek; en doğru tercihi, en uygun yolla seçmesini istemek imkânsızdır<sup>4</sup>. Dolayısı ile zamanla değişen sözleşme özgürlüğü kavramı belirli sınırlamalarla yoluna devam etmiştir. Bu kısıtlamalardan beklide en önemlisine ise tüketici hukukunda rastlamaktayız<sup>5</sup>.

Sonuç itibarıyla yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, taraflar arasında dengesizliğin açıkça görülebildiği, tüketicinin profesyonel girişimci karşısında tecrübesizliği, genel olarak düşük ve sabit gelire bağlı olmaları, tüketicileri daha ihtimam göstererek korumayı gerektirmiştir. Tüketicinin ödediği bedelin karşılığını, en üst düzeyde alması ve tüketiciyi yanıltacak her türlü durumdan uzak tutulması bu korumanın esas hedefidir<sup>6</sup>. Esasen tüketiciyi korumaya yönelik kanuni düzenlemeleri, sözleşme serbestisine yönelmiş bir kısıtlama olarak görmek kanaatimizce çok isabetli değildir. Bilakis düzenlemeler, söz konusu serbestinin kusursuz işlemesine hizmet eder. Doğrudan tüketiciyi korumaya yönelse de, dolaylı olarak piyasa güvenliğini, tüketicinin yasal enstrümanlar

1 Eren, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta Yayınları, 18. Bası, 2015, İstanbul, s. 16; Kılıçoğlu, Ahmet, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Turhan Kitabevi, 13. Bası, Ankara, 2010, s. 65- 66; Atamer, Yeşim, "Tüketicinin Hukukunun Gelişiminin Dünü, Bugünü, Yarını", Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2007, s. 21.

2 Jhering, von Rudolf, "Der Zweck im Recht", vol. I, (1877- 1883), s. 107, naklen: Zimmermann, Reinhard", "The New German Law Of Obligations", Oxford University Press, 2005, s. 205.

3 Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü", Ankara, 1999, s. 194.

4 Demir, Mehmet, "Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 13- 14.

5 Kılıçoğlu, s. 66.

6 Zevkliler, Aydın/ Aydoğdu, Murat, "Tüketicinin Korunması Hukuku", Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 36.

vasıtasıyla güçlü bir pozisyona sahip olmasını sağlayıp; gerek sınır içi gerekse sınır ötesi ekonomik canlanmayı gerçekleştirecektir<sup>7</sup>.

Genel olarak tüketiciyi, sözünü ettiğimiz belirsiz ve meşakkatli piyasa ortamından korumaya ilişkin yöntemleri iki grup içerisinde ele alabiliriz. Öncelikle tüketiciyi henüz bir hukuki ilişki içerisinde değilken korumayı hedefleyen, tüketiciyi daha işin başında aldatılmaktan korumaya çalışan önleyici koruma yöntemlerinden bahsedebiliriz. İkinci grupta ise, tüketiciyi zarara uğratacak bir takım davranışlar karşısında koruyabilmek için, gerekli olan yaptırımların belirlenmesinden söz etmek mümkündür. Çalışmamızın konusu, önleyici koruma yöntemlerinden bilgilendirme yükümlülüğüdür. Bilgilendirme yükümlülüğü tüketiciyi gerekli bilgilerle donatmak suretiyle sözleşmenin karşı tarafıyla eşit hale getiren bir kurumdur. Sonuç olarak çalışmamıza ilişkin olan genel tabloyu oluşturduktan sonra, aşağıda bir adım daha atarak konumuzu incelerken hangi aşamaları takip edeceğimizi inceleyeceğiz.

## 2. Konunun Sistematığı

Çalışmamızda ilk olarak tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlülüğünde söz edildiği için genel hatlarıyla bu kavramı inceleyeceğiz. Kavramdan temel olarak anlaşılması gerekenler, bilgilendirme yükümlülüğünün unsurları ve ayrıca belli başlı tüketici sözleşmelerine değinerek, konuyu genel bir bakış açısı oluşturacak şekilde ele alacağız.

Sonrasında ise, çalışmamızın temel noktası olan bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Söz konusu açıklamalardan kasıt, özellikle hangi kapsamda yapılan bir bilgilendirme yükümlülüğünün amaca hizmet edeceğini incelenmesidir. Bu incelemeleri yaparken, mümkün mertebe kavramı tüketici hukukuna dahil eden AB Direktiflerini dikkate alarak ve belirli oranda kıyaslamalarda bulunarak inceleyeceğiz. Ayrıca mukayeseli hukuktaki durum incelenerek, var olan aksaklıklara çözümler bulmaya çalışacağız.

## I. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ

### 1. Kavram

Tüketicinin, tecrübe, sosyal statü ve ekonomik konum vs gibi nedenlerle zayıf tarafı oluşturduğu; buna dayanarak da özel bir korumadan yararlanması gerektiği ve korumaya ilişkin yasal düzenlemelerinin yer aldığı alana tüketici hukuku diyoruz. Daha öncede, belirtildiği gibi, konumuzu oluşturan tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü bu koruma kurallarından biridir. Buna göre, tüketici, karşısındaki profesyonel girişimci (satıcı/sağlayıcı) ile bir hukuki işlem yürütmektedir ve bu işlem nedeniyle girişimci, tüketicinin gerekli vukufa sahip olabilmesi için bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Yani kısacası aralarında bir sözleşme ilişkisi vardır ve bu sözleşmeye rengini veren esaslar nedeniyle bu bir tüketici sözleşmesidir. Dolayısı ile bilgilendirme yükümlülüğü denildiğinde, bunun ne tarz bir hukuki müessese içinde mütalaa edileceği öncelikle açıklanması gereken

7 Lyszczarz, Barbara, "Avrupa Tüketici Yasasında Sözleşme Öncesi Yükümlülükler", <http://www.laweuropa.com/134-Avrupa-Tuketici-Yasasında-Sozlesme-Oncesi-Yukumlulukler>, (12.10. 2010), s. 1.

hususur ve bu sebeple tüketici sözleşmesi kavramı bihassa açıklanmalıdır.

Esasen bilgilendirme yükümlülüğünün varlık sebebi olan taraflardan birinin korunmaya değer olması, bu sözleşmenin tipik özelliğini oluşturmaktadır. Buna benzer diğer sözleşme tiplerine ise, iş hukuku, kira hukuku gibi sosyal hukuk devleti düşüncesinin hâkim olduğu hukuk dallarında rastlamaktayız. Burada borçlar hukukunun genel prensibi olan eşitlik prensibinden sapan, bir tarafın kayırıldığı düzenlemeler mevzu bahis olmaktadır. Bunun karşısında ise, tarafların profesyonel olduğu ve bu profesyonelliğin ağır bastığı ticari sözleşmeler vardır. Sözleşmeye niteliğini veren ve sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin ana felsefesini oluşturan esaslar sebebiyle, adi sözleşme diye adlandırabileceğimiz genel sözleşme tiplerinden sapmaktadır. Yani tüketici sözleşmesi kavramının açıklaması zorunluluğunu doğuran diğer sebepte burada yatmaktadır; bu da uygulanacak kuralların ve sözleşmeyle güdülen ana amacın belirlenmesidir<sup>8</sup>.

Yapmış olduğumuz bu kısa açıklamadan sonra, tüketici sözleşmesi kavramını genel hatlarıyla tanımlarsak; "taraflarından birinin mesleki olmayan amaçlarla, kişisel ihtiyaçlarını gidermek için, bir bedel karşılığında kurduğu sözleşmeler" diyebiliriz<sup>9</sup>. Yani bu tanımlamadan da anlaşıldığı gibi, bir tarafı tüketici olan sözleşmelerdir. Ne var ki tüketicinin tanımlanması meselesi özellik arz eder. Zira yukarıda saymış olduğumuz, borçlar hukukunun genel kriterlerinden sapmakta olan sözleşmelerin birbirinden ayırt edilebilmesi için, tüketici, tacirlik, kiracılık ve işçilik vasıflarını ayırt etmeliyiz. Aslında ilk bakışta bile, kiracılık ve işçilik kavramlarını belirlemek kolaydır. Önemli olan tacir ve tüketici vasıflarını ayırt etmektir. Çünkü her iki sıfat bir arada bulunabilecektir. Yani örneklendirirsek, tacirin ayrıca tacir sıfatı dışında bir tüketici sözleşmesinin tarafı olması mümkündür<sup>10</sup>. İşte bu durumlarda sorunu ileri sürülen teoriler vasıtasıyla çözümlenebileceğiz. Şimdi bu teorilere değinelim.

## 2. Kavramın Belirlenmesindeki Temel Esaslar

### A. Sübjektif Teori

Bu teori, tüketici sözleşmesini ve ona uygulanacak kuralların, bir hukuki ilişkide gündeme gelebilmesini, tüketen tarafın tacir olmamasına bağlamaktadır. Bağlayıcı ölçüt olarak, tüketenin ticaret ya da meslek odası siciline kayıtlı olması kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, tacir olmaya ilişkin tüm karineler burada bir ölçüt olarak kullanılabilir. Dolayısı ile bu ölçüte göre tacir olan birisi, tüketici sıfatını bir arada bulunduramayacaktır. Bu nedenle hemen fark edilecektir ki, yukarıda sordığımız soruyu cevaplamaya yetecek bir ölçüt değildir. Çünkü tacir ve tüketici sıfatlarını birbirinden tamamen ayırmakta ve tacir özel bazı ihtiyaçlarını karşılamak için tüketici olabilmesini engellemektedir<sup>11</sup>.

8 Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", AÜHFD, C. 50, S. 1, Y. 2001, s. 56-57.

9 Ozanoğlu, s. 61; Çınar, Ömer "Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar", On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 52.

10 Ozanoğlu, (Maddi Hukuk), s. 55- 60; Demir, s. 47- 49.

11 Demir, s. 47.

## B. Objektif Teori

İlk planda, tüketim malı niteliğini veya ekonomik niteliği barındıran tüketici sözleşmesinin bir arada ele alınmasına bağlıdır. Yani somut olayda, taraflar arasında bir dengesizliğin var olması halinde tüketici sözleşmesinden bahsedebiliriz. Önceden bir tahmin yapmak da mümkün değildir. Bakılması gereken, alıcı taraf, markası tescilli bir firma veya ticari şirketi işleten kişi ve ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi sıfatını taşıyorsa, kurulan sözleşmedeki edim veya alınan mal veya hizmet yine bu sıfatla ilgili ise, tüketici sözleşmesinden bahsetmeyiz. Ancak ne edinilen mal veya hizmet, ne de edim, tacirlik sıfatıyla bir bağlantı halinde değilse, işte o zaman bir tüketici sözleşmesiyle karşılaşırız. Bu teorideki aksayan yan ise, teorinin genel geçer bir kural veremeyişidir<sup>12</sup>.

## C. Amaç Teorisi

Gerek tacir gerek tüketici kavramları arasındaki dengeyi olması gerektiği gibi kuran bu teori, hâkim olarak kabul edilmektedir. Bu teoriye göre, aranan ne kişinin sıfatı ne de mal veya hizmetin niteliği ile ilgilidir. Her kim olursa olsun, tüketimi yapan tarafın bu hukuki işlemi, ne amaçla yaptığı önemsendir. Eğer tacir sıfatını haiz bir kişi, bu ilişkide bu vasfını kullanmaksızın, sırf ihtiyaç gibi özel bir amaçla hareket ediyorsa, tacir olmasının bir ehemmiyeti yoktur. Görüldüğü gibi, başlangıçta karşılaştığımız sorunu çözmeye en etkili yöntem olan amaç teorisi, tacir ve tüketici sıfatlarının birleştiği haller açısından yine en faydalı yöntemdir<sup>13</sup>.

## 3. Tüketici Sözleşmelerinin Unsurları

### A. Konusu: Mal ve Hizmet

Tüketici sözleşmeleri, adi sözleşmeler, ticari sözleşmeler gibi bir üst kavramı ifade etmektedirler. Dolayısı ile bünyesinde satım, kira, istisna gibi isimli sözleşmeleri taşıyabilecekleri gibi, isimsiz sözleşmeleri de taşıyabilir. Bu konuda mutlak bir özgürlük vardır. Sınırlama, sözleşmenin konusuyla ilgilidir. Yalnızca büyük çoğunlukla taşınır mallar ve hizmetler hakkında bir tüketici sözleşmesi kurulmaktadır. Mal kavramı, TKHK m. 3/ h.'de "Mal, alış- verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar" diye tarif edilmiştir. Burada da fark edebileceğimiz gibi, genel itibarıyla taşınır mallara ilişkin kanunun hâkim bir bakış açısı mevcuttur. Bu durum ise, tüketici hukukunun ortaya çıkışına ilişkin tarihsel sebeplerle açıklanmakta; tüketicinin zayıf tarafı oluşturması düşüncesinden kaynaklandığı söylenmektedir. Ancak zamanla değişen tüketim ve tüketici kavramları, tüketiciyi zayıf taraf olarak değil, tüketici sözleşmelerinde dengeleme gereken taraf unsuru olarak görmüş ve yine tüketici hukukundaki gelişmelere paralel olarak tüketicinin finansal desteklemesine ilişkin yeni sözleşme türleri sebebiyle yaşam düzeyinin artması, taşınmaz kavramının da bu sözleşmelere dâhil olması gerekliliğini gündeme getirmiştir. Taşınmazı konu alan ilk düzenleme ve diğer deyişle istisna,

<sup>12</sup> Demir, s. 48.

<sup>13</sup> Demir, s. 48- 49.

“Devre tatil sözleşmesi” ile birlikte gündeme gelmiştir. Sonraki ise, “konut finansmanı sözleşmesidir”. Bir bakıma zamanla değişen bakış açısına paralel olarak, kanun taşınmaz ilişkin sözleşmeleri, kapsamına alarak, ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap vermiştir<sup>14</sup>.

TKHK m. 3/ f. d’de ise hizmet, “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet” olarak tanımlanmıştır. Dolayısı ile bir hizmet edimini taahhüt eden bütün sözleşmeler bu kapsamda mütalaa edilebilecektir. Hatta salt hizmetin söz konusu olması gerekmez, mal satışına ilişkin bir sözleşmede dahi yine hizmet ediminin gündeme geleceği söylenebilir. Örneğin, servis hizmeti, bakım, kurulum, eğitim, nakliye vs. gibi hizmetler, malın satın alınması kadar önem arz eden hizmetlerdendir. Öyleyse, hizmet edimi ihtiva eden bir sözleşme, tüketici sözleşmelerinin diğer unsurlarını da taşıyorsa, artık tüketiciyi koruyan düzenlemeler kapsamında korumadan yararlanacaktır<sup>15</sup>.

## B. Tarafları: Tüketici ve Girişimci

Tüketici sözleşmeleri tüketici ve girişimci arasında akdedilir. Fakat daha önce ifade ettiğimiz üçlü sözleşme ayırımı, yani adi, ticari ve tüketici sözleşmeler ayırımında ayırt edici özellik, taraflardan birinin tüketici olmasıdır. Aslında anlatılmak istenen, yani tüketici sıfatının aranıyor olmasındaki sebep, taraflar arasında bilgi düzeyinde ya da sosyal açıdan eşitsizlik olması ve bu nedenle korunmaya değer bir tarafın var olmasıdır. Bu ise ancak tüketici sıfatıyla yapılan bir işlemde gündeme gelecektir. Gerçi, tüketicilik sıfatı, her birimizin toplum içinde birden çok role sahip olmamız sebebiyle, durağan bir kavram değildir. Ancak önemli olan somut olaydaki sözleşmenin hangi rol adı altında kurulduğunun tespit edilmesi olacağından sorun kolaylıkla hallolur. Yani burada ayrıca ele alınması gereken kriter, tüketicinin hangi gayeyle bu mal ve hizmeti aldığıdır<sup>16</sup>. Gerçekten bu durum TKHK m. 3/k’da belirtilmiştir. Şöyle ki, tüketici, “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Son değişiklikte kanun, nihai bir tüketiciden söz etmeyerek, açıkladığımız özelliğe dikkat çekmiştir. Aslında bir aforizmayla konuyu özetlersek, tüketici sözleşmesinin tespiti bütün unsurların bir arada değerlendirilmesiyle mümkündür. Dolayısı ile birazdan anlatacağımız özel amaç taşıma unsuru olmadan, tüketici olma unsuru destekten yoksun kalacaktır<sup>17</sup>.

Son olarak ise, girişimci kavramının kanundaki tanımına yer verip, konumuzu sonlandıralım. Ama bundan önce girişimci kavramı neyi kasteder ona bakalım. Tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturan kişileri tanımlamak için bir terim birliği mevcut değildir. Satıcı, sağlayıcı, kredi veren kavramları kullanılmaktadır. Oysa BGB § 14’de “unternehmer” terimi kullanılmış ve her birini ifade etme konusunda başarılı

14 Ozanoğlu, (Maddi Hukuk), s. 66- 68; Demir, s. 61- 62; Çınar, s. 43- 45.

15 Ozanoğlu, (Maddi Hukuk), s. 69.

16 Demir, s. 58; Çınar, 35- 38.

17 Ozanoğlu, (Maddi hukuk), s. 71- 72.

olmuştur<sup>18</sup>. Bu nedenle biz çalışmamızda unternehmer”in karşılığı olan girişimci ifadesini kullandık. Kanunda yer alan tanımlara bakıldığında ise, girişimci tanımı yer almadığından üçlü terminoloji devam etmiştir. TKHK m. 3/ i satıcıyı “kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlamış. 3. maddenin ı bendi gereğince, sağlayıcı “ kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiler” olarak ifade edilmiştir. Son olarak aynı maddenin k bendi gereğince, kredi veren “mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketleri” olarak tanımlamıştır.

### **C. Tüketicinin Mal ve Hizmet Arzını Özel Amaçlarla İsteddiği Sözleşmelerdir**

Yukarıda bahsettiğimiz tüketici kavramının belirlenmesi için mutlaka ele alınması gereken bu unsur, tüketicinin sözleşmeyi özel tüketim ihtiyacı, yani kişisel ve ailesel bir ihtiyaç için yapmasını şart koşar. Aksi takdirde, ticari veya mesleki amaç güdülse yani gelir elde etmek kazanç sağlama düşüncesi varsa artık o zaman tüketme ihtiyacı yoktur. Dolayısı ile tüketici sıfatıyla davranılmamaktadır. Bu unsur, daha önce bahsettiğimiz amaç teorisinin kanuni bir yansımasıdır<sup>19</sup>.

## **4. Başlıca Tüketici Sözleşmeleri**

### **A. TKHK’da Düzenlenen Tüketici Sözleşmeleri**

#### **a) Taksitli Satış Sözleşmesi**

Ekonomik darboğaz nedeniyle, ödeme güçlüğü çeken tüketicinin, yapacağı ödemeleri birden çok parçaya bölebilmesi veya satım anından sonraki bir tarihte ödemeyi yapabilmesi şeklindeki uygulamalar deyim yerindeyse adeta imdadına yetişmiştir. Zira her ne kadar satıcı kendi edimini derhal yerine getirirse de; alıcı yani tüketici, bedeli satıcı ile kararlaştırdıkları bir başka tarih ve miktarlarda ödeyebilecektir<sup>20</sup>.

TKHK m. 17 taksitli satışı şu şekilde tanımlamıştır: “Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmelerdir”. Burada söz konusu olan taksit tutarının veya sürelerinin eşit olmaması, sözleşmenin niteliğini değiştirmeyecektir; meğerki en az iki taksitle yapılmış olsun<sup>21</sup>. Esasında taksitli satıştan kasıt, iki ayrı sözleşmenin bir arada bulunmasıdır. İlk olarak, taraflar arasında, satım sözleşmesi yapılır. Ardında da, tüketicinin edimini ne şekilde gerçekleştireceğine ilişkin düzenlemenin yer aldığı; “ödeme şekli sözleşmesi” düzenlenir. İşte bizim konumuz olan yazılı şekil koşulunun yanında yerine getirilen bilgilendirme yükümlülüğü ve diğer birçok tüketiciyi korumaya yönelik yükümlülüğü bünyesinde barındıran sözleşme, “ödeme şekli sözleşmesidir”. Fakat uygulamada

18 Çınar, s. 39.

19 Ozanoğlu, (Maddi Hukuk), s. 70; Demir, s. 62.

20 Deryal, s. 63; Zevkliler/Aydoğdu, s. 169- 170.

21 Zevkliler/Aydoğdu, s. 170; Deryal, s. 63.

her iki sözleşmenin de genelde bir arada ve yazılı olarak yapıldığını görmekteyiz<sup>22</sup>.

Taksitli satışa ilişkin tek düzenleme, TKHK m. 17'dir. Bu düzenlemenin yanı sıra taşınır satımına ilişkin BK m. 259/2'de de bir hükme rastlamaktayız. Ancak çözüm bulabildiği sürece daha özel bir hüküm olan 17 maddesi uygulanacaktır. Ortada boşluk olduğu takdirde ise 259/2. maddeye müracaat edilecektir<sup>23</sup>. Son olarak değinmeliyiz ki temel anlamıyla, bir ödeme yöntemini içeren bu sözleşme ileride göreceğimiz diğer satış sözleşmelerinde de uygulanacağından, bu hükümlerin o sözleşmeler için de geçerliliği söz konusudur.

### **b) Kampanyalı Satış Sözleşmeleri**

4077 Sayılı TKHK m. 7 uyarınca yapılan tanıma göre, "gazete, radyo, televizyon ilanı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul edilmesi ve malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi suretiyle yapılan satışlar kampanyalı satışlardır". Tanımdan da anlaşılacağı üzere, tüketicilerin mal ve hizmetlere taleplerini arttırmaya yönelik, kitle iletişim araçlarının kullanarak duyurulan kampanyalar sözleşmelerin ana unsurudur<sup>24</sup>. 6502 Sayılı TKHK'da ise, taksitli satış düzenleyen m. 21'de ele alınmış olup; hükme göre, taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi ve satıcının da bedel tamamen ödenmeksizin satılanı tüketiciye teslim etmeyeceği sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Sözleşmeyle ilgili ayrıntı niteliğindeki diğer hususlar için "Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik"<sup>25</sup>ine yollama yapılmıştır.

Temelde, "ön ödemeli" bir satış niteliğini haizdir. Dolayısı ile önce satış parası ödenir, daha sonra ise mal ve hizmet teslimi gerçekleştirilir. Ancak yapısı gereği bir takım özel koşulları taşıdığından, diğer ön ödemeli sözleşmelerden ayrılır. Bununla birlikte, ön ödeme koşulu zorunlu bir unsur değildir. Mal ve hizmetin bedeli peşin ödenebileceği gibi, taksitli de ödenebilir<sup>25</sup>.

Genel yapısı itibarıyla tanımladığımız kampanyalı satış sözleşmesi, hakkında söylenebilecekler bunlarla sınırlı değildir. Hatta sözleşmenin yapısına paralel, tüketiciyi koruyucu birçok düzenlemeyi barındırır. Ancak biz kendi konumuzla ilgili düzenlemeye daha sonra yer vereceğimizden ve dahası diğer yükümlülüklerden bahsetmemiz çalışmamızın kapsamı bakımından mümkün olmadığından mevcut açıklamalarımızla yetiniyoruz<sup>26</sup>.

### **c) İş yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler**

Satım sözleşmesinin satıcının işyeri veya bu amaçla kullandığı bir yer dışında ve önceden bir görüşme yapmaksızın yapıldığı sözleşmelerdir<sup>27</sup>. Bu sözleşme tipi, satış eleman-

22 Deryal, s. 63.

23 Zevkliler/Aydoğdu, s. 170; Deryal, s. 63.

24 Demir, s. 67.

25 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Özel, Çağlar, "Tüketicinin Korunması Hukuku", Ankara, 2014, s. 160.

26 Zevkliler/Aydoğdu, s. 230; Deryal, s. 73- 74; Demir, s. 68.

27 Bu noktada TTK m. 55/a. b. 8 hükmü gereğince saldırgan satış yöntemlerine dair düzenleme, kapıdan

larının bizzat tüketiciye gitmesiyle veya tüketicinin bir mağaza veya dükkâna gitmeksi-  
zin gerçekleşir. Tüketici genelde önceden haberi olmadan, işyeri dışında bir yerde mal  
ve hizmete ilişkin icapla karşılaşmakta ve yine bu yerle bağlantılı olarak mal ve hizmeti  
kabul etmektedir<sup>28</sup>.

Bu satım tekniğinin daha maliyetsiz oluşu, hem mağaza gereksiniminin olmaması  
hem de aradaki elemanların fazla olmaması nedeniyle sıklıkla kullanılmaktadır. Ancak  
tüketici için bir o kadar, çeldiricidir. Zira tüketici karşılaştığı icap karşısında, bir takım pa-  
zarlama teknikleri, ısrarlar ve karşılaştırma imkânı olmaması nedeniyle yerinde kararlar  
verememekte; buna ek olarak bir de dolandırılma riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Yani  
son derece güçsüzdür ve bilgilendirme yükümlülüğünün önemi bu sözleşme tipi açısin-  
dan fark edilebilir derecede hissedilir<sup>29</sup>.

#### **d) Paket Tur Sözleşmesi**

İster yurtdışı olsun isterse yurtiçi, başka yerleri görme, gezme, konaklamayı gerektiren  
turizm sektörü, son dönemlerde rekabetin artması nedeniyle başka bir vizyon geliştiri-  
mek zorunda kalmıştır. Böylece her gelir seviyesindeki kişiler için tatil imkân dâhilinde  
olmuş, lüks olmaktan çıkmıştır. Eskiden yapıldığı şekliyle, kişilerin daha önce pek de  
bilgi sahibi olmadıkları, nerede kalacakları, ne kadar maliyeti olacağı belli olmayan tatil  
fikri geride kalmıştır. Çünkü insanların, bir dizi bilinmeyenle birlikte, makul davranması  
ve risk faktörlerine karşı kendini koruyabilmesi mümkün olamayacaktır. Dolayısı ile kar-  
şımıza yine, güç dengesizliğinin çıktığı, zayıf olanın kollanması gereken bir dizi tüketici  
sözleşmeleri çıkmıştır<sup>30</sup>.

Paket tur sözleşmeleri de, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, bu olumsuzluklar karşı-  
sında tüketicinin ilgisini çekebilmek amacıyla, ortaya atılmış yeni dönem tatil anlayışının  
görünüm şeklidir. Şöyle ki, tatil yapmak amacıyla, bir takım mal veya hizmet arasında  
olan tüketiciler, artık gittiği yerde, nerde ve nasıl kalacağını bilmediği bir tatil şeklinden  
ziyade, içerisinde konaklama, ulaştırma ve bunlara yardımcı sayılmayan bir diğer turistik  
hizmetlerden en az ikisinin bir arada bulunduğu ve 24 saatten uzun, gecelik konakla-  
mayı da içeren; bunun karşılığında talep edilecek bedelin bu paket hizmetlerin hepsini  
kapsayacak şekilde belirlendiği tüketici sözleşmeleri yardımıyla yapılan tatilleri tercih  
etmektedirler. Bu tüketici sözleşmeleri de yine azami seviyede tüketicuyu koruma düşün-  
cesiyle, tüketici haklarını TKHK hükümlerince bir dizi düzenlemeyle gözetmiştir<sup>31</sup>.

satış sözleşmeleri açısından irdelenmelidir. Şöyle ki, TKHK'nun kapıdan satış sözleşmesine ilişkin cayma hakkı  
düzenlemesi karşısında doğrudan kapıdan satışın saldırgan satış olduğunu kabul etmek doğru değildir. Zira  
haksız rekabet niteliğindeki kapıdan satışın varlığı için, dürüstlük kuralını ihlal edecek, tüketicinin karar verme  
yetisini sabote edecek türden bir davranış kastedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Pınar Hamdi, "Reklam ve  
Satış Yöntemlerine Karşı Haksız Rekabet Halleri", MÜHFHAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 14; Ayrıca "Tüketici Sözleşme-  
lerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik", hükümleri incelenmeye değerdir.

28 Demir, 123 vd...; Deryal, s. 38- 39; Aydoğdu Murat, "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna  
Göre Kapıdan Satışlar", İzmir, 1998, s. 38-39.

29 Deryal, s. 39.

30 Deryal, s. 69.

31 Deryal, 72.



### e) Devre Tatil Sözleşmesi

Yukarıda belirttiğimiz şekilde, tüketici bir otel veya pansiyonda konaklama suretiyle tatil yapılabileceği gibi, bu kapsamda bir taşınmaz da tatil yapmak maksadıyla kullanılabilir. Eğer bu taşınmaz, bir sözleşme çerçevesinde, yılın belirli aralıklarında kullanılıyorsa, devre tatil (devre mülk) sözleşmesi kurulmuş demektir. Tıpkı, paket tur sözleşmesinde olduğu gibi, devre tatil sözleşmesi de tüketici sözleşmesi olarak kanun kapsamında koruma altına alınmıştır. Zaten bakıldığında, tatil ihtiyacı ve tatile ilişkin mal ve hizmet arzı ciddi bir tüketim alanıdır. Dolayısı ile tüketiciyi bu denli ilgilendiren bu tipteki sözleşmeler, bilhassa korunmaya değerdir ve kanun kapsamında sayılması yerinde olmuştur. TKHK m. 50 ile getirilen düzenleme, devre tatili şu şekilde düzenlemektedir: “Devre tatil sözleşmesi, bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkanı veren sözleşmelerdir.” Öte yandan tüketicinin kanun kapsamında bir korumadan yararlanabilmesi için gerekli olan şartlar da bu düzenlemeyle belirtilmiştir. Yine bilgilendirme yükümlülüğü, bu sözleşmeye ilişkin bir koşuldur. Ancak ilerleyen başlıklar içerisinde, konu irdeleneceğinden burada bir açıklama yapmaya lüzum görmüyoruz<sup>32</sup>.

### f) Mesafeli Sözleşmeler

Sözleşmenin meydana gelmesi şeklini ifade eden üst bir kavramdır, mesafeli sözleşmeler. Daha farklı bir deyişle, sözleşmenin tipi her ne olursa olsun, ister satım, ister hizmet vs, tüketici ve girişimcinin yüz yüze bir araya gelmeden kurdukları sözleşmelerdir. Yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarının kullanılmasıyla, tüketiciyle karşı karşıya gelinmeksizin yapılmakta, daha sonra ise mal veya hizmetin tüketiciye teslimi öngörülmektedir. Böylece mesafeli sözleşmenin kuruluşunun niteliği gereği, tüketici aleyhine bir dizi sorunun gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Tüm bu sorunları göğüsleyebilmek adına yasal düzenlemeler yoluyla çeşitli önlemlere, tüketiciyi koruyucu kurallara yer verilmiştir. Hatta bu düzenlemeler, gerek uluslar arası direktifler, gerek kanunlar, gerekse yönetmelikler mahiyetinde karşımıza çıkmaktadır. Sonuç itibarıyla bu düzenlemeler incelendiğinde görülen odur ki, tüketiciyi korumaya yönelik en güçlü önlem, girişimcinin tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğüdür. Zira sözleşme taraflarının, karşı karşıya gelmeksizin kurduğu bu sözleşmede, diğerlerine nazaran bilgilendirme, daha gereklidir. Hatta bu nedenle, mesafeli satım sözleşmelerinde genel itibarıyla iki aşamalı bir bilgilendirmeyi kabul etmeyen 4077 Sayılı Kanun döneminden itibaren sözleşme öncesi ve sonrası bilgilendirmeden söz edilmektedir. Daha sonraki aşamalarda bu konuya ayrıntılı olarak değinileceğinden, daha fazla açıklamaya yer vermiyoruz<sup>33</sup>.

### g) Tüketici Kredisi Sözleşmesi

Dünya ekonomisinin büyük bir çoğunluğunun dar gelirli olması ve yalnızca uzun yıllar yapacakları tasarruflar neticesinde, elde edebilecekleri bir mal veya hizmeti, belirli

32 Deryal, s. 66- 67; Zevkililer/Aydoğdu, s. 181- 182.

33 Yıldırım, s. 163 vd..

yasal koruma sınırlarıyla kısa sürede elde edebilmelerine yardımcı olan mekanizma tüketici kredisidir. Dolayısı ile tüketiciye mevcut gelirin üzerinde bir harcama imkânı sağlayıp; kişilerin hayat standardını yükseltmeye yardımcı olur. Bu mekanizmaya ilişkin genel bir tanım yapılırsa; herhangi bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlı veya bağlı olmadan, ticari amaçlar dışında alınan belirli bir meblağda paranın, belirli bir plan dâhilinde geri ödemesinin yapıldığı kredi sözleşmeleridir. Yani hem serbest (nakdi) krediler, hem de bağlı krediler tüketici kredisinin konusunu oluşturmaktadır. Eğer ki, verilen kredi bir mal veya hizmet almak amacıyla verilmediyse veya hangi mal veya hizmeti alacağı tüketiciye bırakılmışsa serbest krediden bahsedilir. Ama tüketici hangi mal veya hizmeti alacağını, kredi verenin talimatıyla belirleyecekse işte o zaman bağlı krediden bahsedilir<sup>34</sup>.

Öte yandan eski Kanun döneminde, tüketici kredisi kavramı içerisinde tartışmalı bir takım sözleşmelere yer verilmiştir. Bunlardan ilki kredi kartı sözleşmeleridir. Esasında, kredi kartına ilişkin sözleşmeye bir tüketici kredisi sözleşmesi niteliği yüklenmesi, genel kabul edilir bir fikir olmamıştır. Halen daha bu konuda tartışmalar sürmekle birlikte 2003 yılında TKHK'da yapılan 4077 sayılı değişiklikte artık, kredi kartı yoluyla yapılan mal ve hizmet alımlarının nakdi krediye dönüşmesi veya doğrudan kredi kartına dayalı para çekilmesi, tüketici kredisi olarak sayılmıştır. Hatta 4077 Sayılı Kanun'da uyumu sağlamak adına, tüketici kredisi sözleşmelerinde bulunması zorunlu unsurlardan, TKHK m. 10/2 (a, b, h, i)<sup>35</sup> sayılanlar ve 4<sup>36</sup>. fıkra hükmü, kredi kartı sözleşmesinde aranmamıştır. Ancak yine de öğretilerde, bazı yazarlar kredi kartı sözleşmesini, tüketici kredisi şöyle dursun tüketici ilişkisi dahi oluşturmadığını savunur<sup>37</sup>. Ne var ki hala 6502 Sayılı TKHK m. 22/ 2 hükmü ile kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesi sürmektedir.

İkinci olarak ise, konut finansmanına ilişkin düzenlemeden söz edebiliriz. Konut finansmanına ilişkin bu düzenleme 4077 Sayılı TKHK'na 2007 yılında Kanunla eklenmiştir. Dolayısı ile taşınmaz bir malın edinilmesi için, verilen kredinin geri ödemesine ilişkin kuralları düzenleyen, bu sözleşmenin tüketici sözleşmeleri içerisinde zikredilmesi,

34 Zevkliler/Aydoğdu, s. 283; Wiegand, Wolfgang, "Die Zentralen Elemente Des Konsumkreditgesetzes", [http://www.wolfgangwiegand.ch/publikationen/\\_50\\_BBT%20Band%201%20Die%20Zentralen%20Elemente%20des%20Konsumkreditgesetzes/37\\_insgesamt.pdf](http://www.wolfgangwiegand.ch/publikationen/_50_BBT%20Band%201%20Die%20Zentralen%20Elemente%20des%20Konsumkreditgesetzes/37_insgesamt.pdf), (10. 12. 2010), s. 39. Deryal, s. 89; Demir, s. 63.

35 TKHK m. 10/2 "Sözleşmede; a) Tüketici kredisi tutarı, b) Faiz ve diğer unsurlarla birlikte toplam borç tutarı, c) Faizin hesaplandığı yıllık oran, d) Ödeme tarihleri, anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği ödeme planı, e) İstenecek teminatlar, f) Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, g) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, h) Kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar, i) Kredinin yabancı para birimi cinsinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar, yer alır".

36 TKHK m. 10/4 "Tüketici, kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da kredi veren, ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür. Bakanlık ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indiriminin ne oranda yapılacağını usul ve esaslarını belirler".

37 Aksi görüşteki yazarlar için belirtilen yazarlar, Buhur, Oğuzhan, "Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması", Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 32 vd.; lehte görüş için bkz, İşgüzar, Hasan, "Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 155.

tüketicinin koruma alanını genişletici niteliktedir. Geleneksel anlayışı ile zayıf taraf olarak kabul edilen tüketicinin, maddi imkansızlıkları nedeniyle genelde taşınır mal edinebileceği anlayışı zamanla değişim göstermiştir. Bu da bu değişimin en büyük kanıtıdır. Zira kişiler çok kısıtlı imkanlarını birleştirerek, zorunlu mesken ihtiyaçlarını karşılamak için kredi kullanmaktadır ve özellikle onu zorlayacak, ekonomik güçsüzlüğe düşürecek bu uygulamalarda korunması isabetli olmuştur. 6502 Sayılı TKHK'da ise konut finansman sözleşmeleri kendisine ayrı bir bölümde yer bulmak suretiyle m. 32 ve devamında düzenlenmiştir. Korunmadan bahsedildiğinde ise akla ilk gelen yükümlülüklerden biri olan bilgilendirme yükümlülüğü de özellikle kanunda ayrıntılarıyla düzenlenmiştir.

### **h) Promosyonlu Satım Sözleşmesi**

TKHK m. 53'de süreli yayın başlığı altında ele alınan promosyonlu satım, Abik<sup>38</sup> tarafından, "Promosyonlu satım sözleşmesi, öyle bir sözleşmedir ki, bununla satıcı satış konusu malın bedeline hiçbir ilave yapmaksızın, satış konusu malın mülkiyeti ile birlikte, promosyon konusu olan malın da mülkiyetini alıcıya geçirmeyi taahhüt eder, alıcı ise, sadece satış konusu malın bedelini semen olarak satıcıya öder" şeklinde tanımlanmıştır. Ne var ki, düzenleme yalnızca, süreli yayın promosyonları ile sınırlı ve dolayısı ile yetersiz bir düzenlemedir. Yasal düzenlemedeki tanıma bakacak olursak, "Süreli yayın kuruluşlarınca, düzenlenen ve her ne amaçla ve şekil olursa olsun, bilet, kupon, iştirak numarası, oyun, çekiliş ve benzeri yollarla süreli yayın dışında ikinci bir ürün ve/veya hizmetin verilmesinin taahhüt edildiği sözleşmeler" diyebiliriz.

Böyle bir hükmün yasaya eklenmesinin geçmişine baktığımızda, bir dönem kolaylıkla hatırlanacağı gibi gazetelerin satışlarını arttırmak üzere yapmış oldukları promosyonlar neticesinde gündeme geldiği görülecektir. Zira özellikle ülkemizde, gazete okuma talebinde düşük seviyeyi arttırmak amacıyla, süreli yayınlar arasındaki rekabet öyle bir artmıştı ki, televizyon, buzdolabı, araba, ev gibi promosyonlar verilmekteydi. Ancak bu durumun, ne gazete ne de dergi okuyuculuğuyla hiçbir ilgisi olmaması ve verilen promosyonların taahhüt edildiği niteliği taşımaması gibi sebeplerle, hukuki bir zeminde, promosyonlu satımın düzenlenmesi gerekliliği doğmuştur. İlk olarak, tebliğlerle sorun çözülmeye çalışılmış ve "Yazılı Basın Kuruluşları Tarafından Düzenlenen Promosyon Kampanyaları Hakkında Tebliğ" ve "Yazılı Basın Kuruluşları Promosyon Kampanyaları Hakkında Tebliğ" kabul edilmiştir. Nihayet 4226 S. Kanunla, 11. maddeye iki hüküm eklenmiş ve ancak kültürel ürünlerin süreli yayınların yanında ikinci ürün olarak verilebileceği kabul edilmiştir. Daha sonra ise, hemen hemen benzer bir düzenleme, 4822 Sayılı Kanun'la kabul edilmiş ve 11. maddede, süreli yayınlar başlığı ile promosyonlu satım ve 11/A maddesinde, Abonelik sözleşmesi ayrı ayrı düzenlenmiştir. Ayrıca, yeni bir düzenlemeye göre, kampanya konusu mal ve hizmetin bir bölümün tüketici tarafından karşılanması tamamen yasaklanmıştır. Yine diğer bir yenilik ise, süreli yayın kuruluşunun bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkindir. Şöyle ki, "Süreli yayın kuruluşu, kampanyaya ait reklam ve ilanlarında, kampanya konusu mal veya hizmetin Türkiye genelinde teslim

38 Abik, Yıldız, "Promosyonlu Satım Sözleşmesi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 93.

veya hizmetin teslim ve ifasını, kampanyanın bitiminden itibaren otuz gün içinde yerine getirmek zorundadır". 6502 Sayılı TKHK'a baktığımızda ise, m. 52 ve m. 53 hükümleri olmak üzere promosyonlu satım ve abonelik sözleşmesi ayırımı devam etmektedir. Bununla birlikte bilgilendirme yükümlülüğünün süresi kırk beş güne çıkartılmıştır.

### 1) Abonelik Sözleşmeleri

Abonelik sözleşmesi, tüketicinin belirli aralıklarla ödeyeceği abonelik bedeli karşılığında, karşı taraftan yine belirli aralıklarla mal ve hizmet almayı talep edebileceği bir tüketici sözleşmesidir. Konuya ilişkin düzenleme, 52. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm kapsamında abonelikten kasıt, gazete, dergi, bülten, katalog ve benzeri nitelikteki rutin bir şekilde yayımlanan yayınlara ilişki aboneliktir. Sonuçta belirli bir zamana yayılmış ve uzun bir zaman dilimine yayılmış olan abonelik sözleşmesine ilişkin madde 52'deki düzenleme, yayıncının edimini gereği gibi veya hiç yerine getirmemesi rizikosuna karşısında, tüketiciyi korumaya yönelik olarak tüketicinin geri alma hakkını ve bunun kullanım şeklini hüküm altına almaktan ibarettir<sup>39</sup>.

### B. TKHK'da Düzenlenmeyen Tüketici Sözleşmeleri

Tüketici kavramı üzerine oturtulmuş olan tüketici sözleşmesi TKHK uyarınca eser, vekalet, taşıma, simsarlık, bankacılık ve hatta kanun hükmünün ifadesiyle "ve benzeri sözleşmeleri" bünyesinde barındıran niteliği haizdir. Sayılan sözleşmeleri düşündüğümüzde uygulama alanı son derece geniştir. Bununla birlikte 6502 Sayılı TKHK m. 83/2'ye göre "tarafardan birini oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez" denilerek; söz konusu işlemler tüketici sözleşmesi sayılarak tüketici mahkemelerinin görev kuralları içerisinde değerlendirilmiştir<sup>40</sup>.

### a) Tedavi Sözleşmeleri

Her ne kadar, kanunda bir düzenlemesi olmasa da hasta ile hekim arasında, hastanın tedavisini yerine getirme, yani bir hizmet edimi doğuran, tedavi sözleşmeleri açısından da, hastanın tüketici sıfatıyla korunmasında fayda vardır. Hekim, tıp biliminin gelişimine paralel olarak, hastalığın tanısını koyacak ve en uygun tedaviyi uygulayacaktır. Ayrıca sözünü ettiğimiz bu asli edimlerin yanı sıra, hekimin hastayı aydınlatma, bilgilendirme,

39 Zevkliler/Aydoğdu, s. 319- 320; Demir, s. 69. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 22, "Sürelili veya süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir. Süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesindeki satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması halinde de tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Fesih bildirimini kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem belirleyemez."

40 Şeker, Tacettin, "6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici İşleminin Temel Özellikleri ve Temel İlkeleri Tüketici Mahkemeleri ve Hakem Heyetlerinin Görev Alanı Hakem Heyetlerine İlişkin Tüketici Hukuku ve Usul Uygulamaları", s.2, (<http://www.ankarabarasu.org.tr/HaberTop10img/haberpimages/tuketici-20150318/tuketici-20150318.pdf>.)

özenle gösterme, sıra saklama gibi bir takım yan yükümlülükleri mevcuttur. Tüm bu edimleri gereği gibi yerine getirmemesi halinde hastanın karşılaşacağı mağduriyet, belki de canı pahasına olabilecektir. Dolayısı ile bir takım ek yükümlülük ve haklarla güçlendirilmiş bir pozisyona sahip olmakta, hastanın haklı menfaati vardır ve tedavi sözleşmesi de yukarıda tüketici sözleşmelerine has unsurları ihtiva etmesiyle bir tüketici sözleşmesi olarak sayılması adilane bir yöntem olacaktır<sup>41</sup>.

## **b) Taşınır Kirası Sözleşmeleri**

Taşınır mallara ilişkin kira sözleşmelerinin de tüketici sözleşmesi olarak mütalaa edilmesi mümkündür. Böylece tüketici sözleşmesi içinde değerlendirilen özel bir tür daha oluşacağından, yasal kuralların getirdiği tüketici hukukuna has bir takım koruma ayrıcalıklardan faydalanılabilecektir. Buna ek olarak diğer tüketici sözleşmeleriyle aralarında daha net bir ayırımı yapmak mümkün olacaktır<sup>42</sup>.

## **III. Bilgilendirme Yükümlülüğü**

### **1. Genel Olarak**

Genel olarak bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi, tarafların birbirleriyle uyularak verdikleri irade beyanına bağlıdır. Bunun gerçekleşebilmesi ise her iki tarafın da bağlı olmak istedikleri sözleşme ve bunun doğuracağı sonuçlar, kendilerine sözleşmenin getireceği yükümlülükler hakkında tüm ayrıntılarıyla, sağlıklı bir şekilde kavramış olmasına bağlıdır. Şayet normal şartlar altında, taraflardan birisi sözleşmenin içeriğine bizzat kendisi vakıf olamayacaksa, karşı tarafın bu konuda onu aydınlatması, bilgilendirmesi, sözleşmeyle ilgili her detayı şeffaflaştırması gereklidir<sup>43</sup>. Bu yükümlülük, sözleşme müzakereleri sırasında taraflardan birine yükletilebilecekse, dürüstlük kuralından hareketle culpa in contrahendo sorumluluğunu işletmek mümkündür. Böylece sözleşmenin bedeli, konusu, koşulları ve diğer birçok esaslı noktalarıyla ilgili yanlış bir kanıya varıldığında, karşı taraf bu yanılgıyı fark ettikten sonra bertaraf etme borcunu yerine getirmediğinde, artık sorumlu olacak ve zararı karşılayacaktır<sup>44</sup>. Üstüne üstlük, bilerek sessiz kalıp bu sonuca sebebiyet veriyse, burada susma hile olarak kabul edilmelidir. Ancak bu durum yine yalnızca bilgi verme yükümlülüğünün olduğu hallerde gündeme gelecektir<sup>45</sup>. Öyleyse, adi sözleşmeler açısından herhangi bir bilgilendirmeye ilişkin genel bir hüküm söz konusu değilken, bilgilendirme yükümlülüğünün kabulü hangi gerekçeye dayandırılır? Bu soruya verilen cevap önemlidir. Bu hususta eğer genel bir hüküm

41 Demir, s. 73- 74.

42 Demir, s. 66.

43 Mehmet, Altunkaya, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", GÜHFD, C.VIII, S.1-2, (Haziran- Aralık) 2004, s. 23.

44 Zevkliler, Aydın, "Türkiye'de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa İle Düzenlenmesi", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu", Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 9; Kılıçoğlu, s. 71.

45 Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Arpacı, Abdulkadir/ Serozan, Rona, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Borçlar Hukukuna Giriş", Filiz Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 454- 458; Yıldırım, Mustafa Fadil, "Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Hile", Nobel Yayınevi, Ankara, 2002, s. 104 vd.; Yıldırım, s. 158.

aracılığıyla düzenleme yoksa, o takdirde ya tarafların aralarındaki bir sözleşme ilişkisiyle ya da yukarıda uyguladığımız gibi dürüstlük kuralı hükümlerince, doğacağı kabul edilir<sup>46</sup>. Dolayısı ile kesin bir yargı olmadığından, somut olayın özellikleri dikkate alınarak ne zaman bilgilendirme bir yükümlülük ne zaman değil çok dikkatli ayırt edilmelidir<sup>47</sup>.

Görüldüğü gibi, adi sözleşmeler açısından borçlar hukukunun genel prensipleri olan sözleşmesel serbestlik yanında, eşitlik prensibi de oldukça geniş bir şekilde uygulanmaktadır. Zira tarafların eşit bilgi, tecrübe ve donanımda oldukları varsayılır. Ortaya çıkacak olan küçük nispetizlikler ise, dürüstlük kuralının uygulanması ile kolayca bertaraf edilmektedir. Ancak tüketici sözleşmeleri açısından durum bu kadar basit değildir. Bir tarafta mesleği gereği sözleşmeyi kuran profesyonel bir girişimci; öte yanda ise tüketicimin hâkim olduğu günümüz dünyasında, her yeni bir gün farklı seçeneklerle karşılaşılacak ve doğru tercihi yapabilmek için adeta uzmanlık bilgisine sahip olması beklenen tüketici vardır. Özellikle yanıltıcı birçok reklam, ağır ekonomik yükler getiren fiyat ve faiz koşulları, ürün ve hizmetten beklenen özelliklere sahip olmama gibi daha fazlaştırılabilecek birçok durumda tüketici tuzaklarla dolu, bir sözleşme ilişkisine adım atacaktır<sup>48</sup>. Öyle ki genel işlem şartlarının sıklıkla kullanıldığı, tüketici sözleşmeleri düşünüldüğünde durumun vahameti ortadadır<sup>49</sup>. Dolayısı ile tüketici, gerek maddi imkânlar gerek tecrübe gerekse sosyal güç açısından zayıf tarafı oluşturur ve onu korumak için yasa koyucu tartışmalara mahal vermeden genel bir bilgilendirme yükümlülüğüne yer vermiştir<sup>50</sup>. Hal böyle olunca, dürüstlük kuralına veya tarafların iradeleri sonucu ortaya çıkan sözleşmeye gerek olmadan, istisnasız tüm tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlülüğü mevcuttur<sup>51</sup>.

İşte, bilgilendirme yükümlülüğünün mutlak olarak tüketici sözleşmelerinde uygulanması; taraflar arasındaki dengesizliği, tüketicinin zayıflığını olumlu anlamda değiştirecek ve tüketicinin sözleşme içindeki pozisyonunu güçlendirecektir. Hem de her türlü ayrıntıya vakıf olarak sözleşmeye olur diyen tüketici, artık bağımsız ve kararlarıyla bağlıdır. Bu durum aslında tüketicinin yanında, piyasanın güvenliğini de güçlü kılacaktır. Zira ne yaptığını bilen ve sözünün sonuçlarına bağlı bir tüketici ile yapılan sözleşme uzun solukludur. Bilhassa son zamanlarda, internet erişiminin artması, mesafeli veya elektronik sözleşmelerdeki yoğun talep düşünüldüğünde, sınır ötesi kusursuz bir işleyiş sağlanacaktır. Yani hem uluslararası ticaret ve piyasanın fonksiyonu, hem de tüketici daha güvende ve istikrarlı olacaktır<sup>52</sup>.

46 Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi./ Arpacı/ Serozan, (Giriş) s. 454- 458; Yıldırım,, s. 157.

47 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı/Serozan, (Giriş)s. 459.

48 Gürpınar, Bünyamin, "Sigortacı ve Sigorta Aracısının Bilgilendirme Yükümlülüğünün Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Değerlendirilmesi", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2013, 405.

49 Havutçu, Ayşe, "Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması", Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s. 1-2.; Çınar, s. 48 vd..

50 Zevkliler/ Aydoğdu, s. 40; Ozanoğlu, s. 194; Yıldırım, s. 158.

51 Ozanoğlu, s. 195; Yıldırım, s. 159.

52 Lyszczarz, s. 1; Koller- Tumler, "E- Banking und Konsumentenschutz", E- Banking Rechtliche Grundlagen, Herausgeber: Wolfgang Wiegand, Stampfli Verlag, Bern, 2002, s. 154- 157; Wiegand, (Zentrale Elemente), s.

## 2. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Konusu

Ne şekilde bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedilmektedir? Farklı bir deyişle bilgilendirme yükümlülüğünün ifası nasıl yapılmalıdır? Öncelikle hedeflenen tüketicinin bağımsız, akılcı, doğru kararı verebilmesi için gerekli olan bilgiler tüketiciye verilmesidir. Bu bilgiler, sözleşmenin genel şartlarına, tüketicinin kararını etkileyecek şartlara, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin olmalıdır<sup>53</sup>. Yani kararı etkileyebilecek oranda bir bilgi verilmelidir. Bilginin oranı ise, her somut olaya, yapılacak sözleşmenin önemine ve taşıdığı risklere göre belirlenmelidir. Eğer fazlaca bir bilgiye yer veriliyorsa, aslında bir fazla bilgiden dolayı bilgilendirilmemeye neden olacaktır. Zira kişilerin veri tabanları yoktur. İfadeler örtülür, fazla bilgi yoğunluğu sebebiyle ve tüketicinin ifadeleri kısmen veya tamamen anlayamaması riski doğar. Oysa dengeli bir sözleşme ve dengeli bir bilgilendirme tarafların menfaatlerini dengeler<sup>54</sup>.

Orantılı bilginin yanında, doğru bir bilgiden söz etmeliyiz. Dürüstlük kuralına uygun olarak, tüketiciyi aydınlatmaya sağlayacak gerekli bilgilere yer verilmelidir. Aksi takdirde yine bilgilendirme yükümlülüğü ile istenen amaçtan uzaklaşılacaktır<sup>55</sup>. Böylece bu koşullara uygun gerçek anlamda bir bilgilendirme yükümlülüğü ile yalnız tüketici korunmaz. Ayrıca girişimcinin de menfaatini sağlayacaktır. Zira gerekli bilgiyle donatılmamış, oransız bir tüketici, girişimci için daha maliyetli olacaktır<sup>56</sup>.

## 3. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Niteliği

Bilgilendirme yükümlülüğünün hukuki niteliği hakim görüş<sup>57</sup> uyarınca yan yükümlülükler içerisinde değerlendiriliyor olsa bile, böyle bir genellemeyi yapmak tutarlı bir sonuç doğurmaya uygun değildir. Bu durumun sebebi ise, bilgilendirme yükümlülüğünün (Informationspflichten- Mitteilungspflichten) bir üst kavram oluşu<sup>58</sup> ve bünyesinde farklı yoğunlukta ve çeşitte yükümlülükleri içermesidir<sup>59</sup>. Şöyle ki, aydınlatma, uyarma, danışmanlık yapma ve yol gösterme yükümlülüğünün tamamını kapsamaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü, piyasa gücü ve eşitsizliği olan sözleşme tarafları arasında olması gerekli olan dengeyi sağlamak adına, spontan bir biçimde kişiyi bilgilendirmeyi

40- 41.

53 Özdamar, s. 131; Zimmerman, s. 211; Kummer, Matthias, "Interrierte Konsumentenpolitik", Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Schulhess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1983, s. 115; Gürpınar, s. 406.

54 Koller- Tumler, Marlis,; s. 155- 156; Özdamar, s. 130- 131.

55 Yılıdırım, s. 166- 167.

56 Koller- Tumler, s. 155.

57 Eren, 34.

58 Jörg, Florian, "Informationspflichten im E- Commerce", Internet, Recht und Electronic Commerce Law, Florian S. Jörg/ Oliver Arter (Hr gb) 2. Tagungsband, Staempfli Verlag, Bern, 2003, s. 20.

59 Aksi görüşte olan Özdamar'a göre ise, "Aydınlatma yükümlülüğü üst bir kavramdır. Her ne kadar çoğu eserde bu kavramların hepsi birbirini karşılar şekilde kullanılsa da aslında bilgilendirme yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğüne hizmet eden ve uyarma yükümlülüğü, danışmanlık yapma, yol gösterme yükümlülüğü gibi diğer alt kavramlarla bir bütün olarak ele alındığından, ancak aydınlatma yükümlülüğü kavramına vücut verecek bir kavramdır." Bkz. Özdamar, Mehmet, "Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 127.

hedeflemektedir. Spontan olması hasebiyle, sözleşme öncesi, sonrası veya sırasında olması mümkündür<sup>60</sup>. Uyarma yükümlülüğü ise, sözleşmenin zayıf tarafına yönelik gerçekleştirilecek malvarlığı zararlarına karşı bilgilendirme ve bu bilginin değerlendirilmesini içermektedir. Öte yandan danışmanlık yapma, yol göstermeyi de barındıran tavsiye niteliğinde yönlendirmeleri kapsayan, ama ayrıca bazı eğitimleri de içinde bulunduran türden bir bilgilendirme yükümlülüğüdür<sup>61</sup>. Örneğin bilgilendirme yükümlülüğü tüketici sözleşmelerinin geniş bir bölümünde aydınlatma yükümlülüğü şeklinde vücut bulacaktır. Bilhassa mesafeli satım sözleşmeleri için geçerli olan bu çıkarım, herhangi bir değerlendirmeyi ve ikazı kapsamadan bilgilendirmeyi içermesi sebebiyledir. Gelgelelim tüketici kredisi sözleşmeleri gibi, yanlış anlaşılmanın kredi kullanıcısı açısından önemli maddi zararlar doğuracağı sözleşme tiplerinde uyarma yükümlülüğünün ön plana çıktığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedildiğinde, yükümlülüğünün sözleşme öncesi veya sonrası yapıyor olması ya da tüketici sözleşmesinin türü ve oluşum esasına göre değişen tipte yükümlülükler oluşturması sebebiyle; peşinen bir değerlendirme yapmak yanlıştır. Çünkü söz konusu yükümlülükler, somut durumun ihtiyacına göre barındırdıkları özellikler doğrultusunda uygulanacaktır ve bu minvalde bilgilendirme yükümlülüğü karşımıza gerek asli edim- yan edim yükümlülüğü gerekse koruma yükümlülüğü biçiminde çıkacaktır<sup>62</sup>.

Konuyu biraz daha açmak gerekirse; sözleşmenin kurulmuş olması veya sözleşme öncesi ya da sonrası zaman dilimleri edim yükümlülüğünün niteliğini belirlemede önemli bir role sahiptir. İlk olarak sözleşmenin kurulmasından başlanarak, sözleşme ilişkisinin sona ermesi anına kadar, yani başka bir deyişle sözleşme ilişkisi süresince; edim yükümlülüğünün niteliği bilgilendirmenin ne derece sözleşmenin varlığı içerisinde önemli olduğuna göre değişecektir. Genellikle koruma yükümlülüğü kapsamında ele alındığını görmekteyiz. Zira bilgilendirme yükümlülüğü çoğunlukla, sözleşenler için ne sözleşmeye esas rengini veren ne de sözleşmenin tür ve tipini belirleyen bir borçtur<sup>63</sup>. Dolayısıyla asli edim yükümlülüğü şekliyle bilgilendirme yükümlülüğünün çok fazla karşımıza çıktığını görmeyiz. Bununla birlikte her ne kadar, genelde bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmelerde yan yükümlülük olarak görülüyor olsa da, bazı hallerde sözleşmenin doğası gereği bir edimse, yani özelliğini ve niteliğini sözleşmeye veriyorsa o takdirde pekala asli edim yükümü olarak kabul edilebilecektir. Bu durumlara ise genelde, güven sözleşmeleri, teminat- doğrulama sözleşmelerinde rastlamaktayız<sup>64</sup>. Öte yandan yine kanundan dolayı veya sözleşmenin taraflarınca bilgilendirme yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğü olmasa da, yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilebilir; böylece de asli edim yükümlülüğü kadar birincil bir nitelik taşımasalar da bağımsız bir amaç ve içeriğe

60 Jörg, s. 20-21.

61 Jörg, s. 20-21.

62 Jörg, s.22; Schwenzler, Ingeborg, "Schweizerisches Obligationsrecht- Allgemeiner Teil", Bern, 2006, 26-27; Larenz, Karl, "Lehrbuch des Schuldrechts", Band I, Allgemeiner Teil, München, 1987, s. 6.

63 Eren, s. 35.

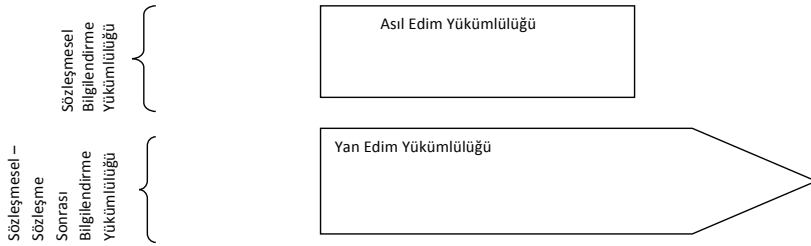
64 Merz., Art. 2 Nr. 272.



sahip olduklarından, ayrıca dava edilebilirler<sup>65</sup>. Fakat saydığımız bu haller genellikle istisnaidir ve çoğunlukla bilgilendirme yükümlülüğü tüketici sözleşmelerinde koruma yükümlülüğü olarak kabul görür. Kaynağını dürüstlük kuralından alan koruma yükümlülükleri, asli edimin sorunsuz yerine getirilmesi için gerekli bir takım özen yükümleridir. Başka bir deyişle asli edimin ifasını kolaylaştırmaktadırlar. Temel özelliklerinin gereği, bağımsız bir nitelik taşımamaları ve ayrıca dava edilememeleridir. Yani tazminat davasına konu olur<sup>66</sup>. Sadece yan yükümlülüklerle uyulmaması halinde uğranılan zararın giderilmesi istenir. Genelde rastlanan tazminat talebi, kusurlu ifa imkânsızlığı, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt halinde asli edimin ihlali ve yan yükümlülüklerin de zarara uğraması nedeniyle<sup>67</sup>.

Sözleşme öncesi döneme gelirsek, açıklanmış olan sistemde bilgilendirme yükümlülüğünün yalnızca koruma yükümlülüğü olma şansı vardır. Zira sözleşme öncesi döneme ait bir sorumluluğun sebebi hiçbir zaman sözleşme olamayacağı gibi, ayrıca böylesi sorumluluklar taraf iradelerinden bağımsızdırlar. Bu sebeptir ki, ne sözleşmenin varlığını şart koşan asli edim yükümlülüğünden, ne de asli edim yükümlülüğüne tanımları gereği bağlı olan yan edim yükümlülüklerden de bu dönem açısından bahsetmek mümkün değildir<sup>68</sup>.

Sözleşme sonrası bilgilendirme yükümlülüğünde ise, sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulması sebebiyle asli edim yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği malumdur. Dolayısıyla mevzu bahis olan bilgilendirme yükümlülüğü ya koruma yükümlülüğü ya da nadiren de olsa bir yan edim yükümlülüğü olarak vücut bulacaktır<sup>69</sup>. Açıklamaların özeti niteliğindeki aşağıdaki tablo faydalı niteliktedir<sup>70</sup>



65 Eren, s. 33; İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Ankara, 2014, s. 83.

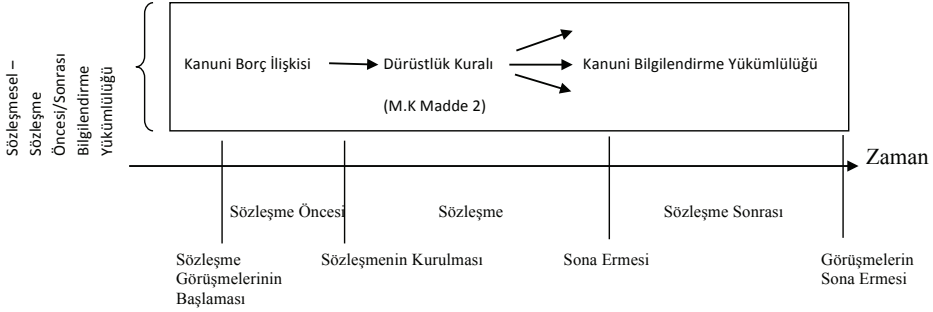
66 Eren, s. 36

67 Eren, s. 36; Tekinay, Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Filiz Kitabevi, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 74; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", İstanbul, 2015, N. 261; Özdamar, s. 115- 117; Merz, Hans, " ZGB Einleitung Artikel 1-10", Stämpfli & CIE Verlag, Bern, 1966, Art. 2, Nr. 297- 299; Larenz, Karl, "Lehrbuch Des Schuldrechts", C. H. Beck'sche Verlag, München, 1987, s. 138- 139; Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Geiser, Thomas, "Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I", Helbing& Lichenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002, Art. 2, Nr. 16; Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter, "Basler Kommentar Obligationenrecht I, Helbing& Lichtenhahn Verlag, 3. Auflage, Basel, Genf, München, 2003, Art. 2, Nr. 3.

68 Jörg, s. 30.

69 Jörg, s. 31.

70 Wiegand, Wolfgang, (Geschäftsverbindung)"Die Geschäftsverbindung im E Banking", Wiegand, Wolfgang (Hrsg), Berner Bankrechtstag, BBT Band 8, E- Banking, Rechtliche Grundlagen, Bern, 2002, s. 93.



Öte yandan tüketici hukukuna ait kuralların niteliğine bakılacak olursa; ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan tüketiciyi korumak maksadındaki bilgilendirme yükümlülüğü hükümlerinden, feragat edilmesi, aksinin kararlaştırılması ancak tüketici lehine bir değişiklikse mümkündür. Dolayısı ile nisbi emredici kuralları ihtiva eden bir alan olduğu söylenebilir<sup>71</sup>.

#### 4. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Türleri

Bilgilendirme yükümlülüğü denildiğinde akla ilk gelen tür sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüdür. Çünkü daha öncede belirtmiş olduğumuz gibi, yalnızca sözleşme ile bağlanmadan önce gerçekten sözleşmeyi yapmak isteyip istemediği sorusuna cevap vermesi beklendiğine göre, sözleşme öncesine ait bir süreçten bahsediyor olmalıyız. Bu sebeple tüketicinin her anda korunması sağlamak adına, çeşitli tipte bilgilendirme yükümlülükleri ait oldukları dönem içerisinde yerine getirilmelidir.

İlkini sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü olarak belirttikten sonra, mesafeli sözleşmelerde özellikle yasal düzenlemesi görmüş olduğumuz, sözleşme sonrası bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmek mümkündür<sup>72</sup>. Zira sözleşmenin özelliği gereği yazılı müzakere anında karşı karşıya gelemeyen taraflar, önceden bir bilgilendirmenin yapıldığını ancak sonradan beyan edebilirler. Bu durum hem bilginin teyidi olarak anlaşılmalıdır, hem bu aşamada başkaca bilgilerden söz edildiği için başlı başına sözleşme sonrası bir bilgilendirme alanıdır. Zaten bu tür bilgilendirmenin zamanını, 97/7/EC sayılı direktif uyarınca, malın teslimi ve hizmetin ifasına kadar olduğunu bilmekteyiz<sup>73</sup>.

Son olarak ise, sözleşme öncesi bilgilendirme denildiğinde, kişinin bu bilgiyi anlayabilecek, kavrayabilecek düzeyde düşünebileceği bir zamana ihtiyacı olduğunu belirtmemize gerek yoktur. Ne var ki, eğer düşünmeyi gerektirmeyecek kadar yalın bir bilgi ise sözleşmenin yapılması sırasında da bu bilginin verilebileceğini belirtecek bunun da olsa sözleşmenin yapım aşamasındaki bilgilendirme olacağını söylemek gerekir. Zira bilgi kavranabildikten ve doğru biçimde karar verildikten sonra, önemli olan bilginin paylaşılmış olmasıdır.

71 Yıldırım, s. 162.

72 Gezder, Ümit, "Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü", 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2013, s. 616.

73 Yıldırım. 202.

## 5. Mukayeseli Hukukta Bilgilendirme Yükümlülüğü

### A. Almanya

Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin AB Direktiflerine uygun son derece kapsamlı düzenlemelere Alman Hukukunda da rastlamaktayız. Bu konuda Alman Hukuku Direktiflere uyum sağlanmadan BGB § 242'deki iyiniyet kurallarıyla çözümlene taraftarıydı fakat daha sonrasında ise, konuya ilişkin olarak Tüketici Kredisi Kanununu kabul etmiştir. Söz konusu Kanunun 4. maddesi şekil kurallarına ek olarak bir takım bilgilerin yer alması gerekliliğini vurgulamıştır. Ayrıca BGB'ye bir takım hükümler eklenmiştir (§374- 379)<sup>74</sup> ve BGB § 242'de bağlı krediyi düzenleyen hüküm, genel olarak aydınlatma yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaktadır. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığı sözleşmenin kuruluşundaki kusura bağlayarak, "culpa in controhendo" kurumunu düzenlemektedir<sup>75</sup>.

### B. İsviçre

Swisslex paketin benimsenmesi ve bağlı kredinin Avrupa Birliği Direktiflerinden alınıp; İsviçre Hukukunda kabul edilmesi için yeni bir özel hukuk havzası geliştirilmiştir ve uluslararası düzenlemenin etkisi ile Tüketici Kredisi Hakkında Federal Kanun (KKG) ortaya çıkmıştır. Bu kanunda ayrıca bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin önemli hükümlere rastlamaktayız. Ancak KKG'nin yanı sıra İsviçre düzenlemesi bir dizi kanun ve yönergeyle bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemiştir. İlk olarak yukarıdaki girişe uygun olarak KKG hükümlerini inceleyelim. KKG. § 8. Abs. 1'de tüketici sözleşmesi için yazılı şekil koşulunu ve § 8/ Abs. 2 ve § 9 içerik hükümlerinin kataloguna yer vermiştir<sup>76</sup>. KKG. § 10 ise, mevcut hesapta belirtilmiş aşan kredi için yalın bir bilgilendirme yükümlülüğüne yer vermiştir. Düzenlemede bilgilendirme yükümlülüğü, çerçeve bir düzenlemedir. Önemli olan, karar verme sürecini doğu etkilemesidir. Bu yükümlülük kredi verene tanınmıştır. Ekonomik olarak güçlü olan taraf karşısında, bilgilendirilmiş tüketici eşitlenmiş bir durumdadır. Bilgilendirmenin yazılı olduğu anlaşılır. Zira "kopya" kavramı kullanılmıştır. Kopya ifadesinden kasıt, tüketiciye sözleşme senedine eş değer bir belgenin teslim edilmesidir. Yoksa yalın anlamıyla katkısız fotokopiden bahsedilmez. Çünkü ne de olsa, KKG, Alman Tüketici Kredisinin aksine, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığı yokluk olarak kabul etmiştir<sup>77</sup> Ayrıca Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yasası KIG<sup>78</sup>, kabul edilmiştir. KIG Art. 8'de konuya ilişkin spesifik hükme yer vermekle birlikte, genel olarak bilgilendirmeye ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Paket Tur Sözleşmesine ilişkin Kanunun<sup>79</sup>,

74 Huguenin, Claire./ Hermann, Mathias/ Benhamou, Yaniv, Çev. Gönen, Doruk, "Tüketici Sözleşmeleri Hukukunun Modern Mevzuattaki Yeri", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 26; Zimmerman, s. 211- 212.

75 Ozanoğlu, s. 119- 120; Zimmerman, s. 211- 212.

76 Metz, Rainer, "Verbraucherkreditgesetz", Nomos Verlag, Baden- Baden, 1999, Art. 4, Nr. 1.

77 Wiegand, s.40- 45.

78 Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz, KIG).

79 Bundesgesetz vom 18. Juni. 1993 über Pauschalreisen.

Art. 6'da sözleşmenin içeriği başlığı altında gerekli olan bilgilere yer vermiştir. Ayrıca kanunlar dışında bir takım yönergelerde bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

### C. Avusturya

KSChG. Art. 5c/ Abs. 1 mesafeli satıma ilişkin düzenlemedir. Tüketicuyu bilgilendirmek için gerekli olan bir kısım bilgileri saymış ve en azından bu bilgilerin girişimci tarafından tüketiciye verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eğer tüketici bu bilgilere kendisi ulaştıysa artık, girişimcinin böyle bir sorumluluğu yoktur. Örneğin, internetteki tanıtımlar, teleshopping, telefondaki tarifelerle öğrenmişse artık yükümlülükten bahsedilmemektedir<sup>80</sup>.

Verilmesi gerekli olan bilgilere ilk olarak, girişimciye ilişkin detaylı bir bilginin verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Detaylı bir adres bilgisi, ülke, şehir, cadde, posta kodu verilerek yerine getirilir. Ayrıca satışa ilişkin bilgiler, nerede yapılacağı ve sözleşmenin esaslı noktaları hakkında bilgiler verilmelidir<sup>81</sup>. Kapıdan satımlarda ise bilgilendirme daha kapsamlı ve ayrıntılı olmalıdır. Abs. 1 ve 2'deki bilgiler yeterli kabul edilmeyecektir<sup>82</sup>. Özellikle telefon yoluyla yapılan satışlarda, alıcının, başlama, erteleme, son vermesine ilişkin tuşların varlığı gereklidir. Satışlarda hem söz konusu olan bilgiler verilmeli hem de satımın amacı telefondaki otomatik bilgilendirmede yer almalıdır. Bu aydınlatma açık ve anlaşılır olmalıdır, eğer alıcı amacı kuşkusuz anladiysa sözleşme geçerli olarak kurulabilir. Telefonda hizmet edimi sunuluyorsa, genel olarak bir fiyat bilgisi verilmelidir<sup>83</sup>.

Ayrıca, KSChG Art. 24 yazılı şekil kuralıyla birlikte, sözleşmede yer alması gerekli olan bilgilere de yer vermiştir. Burada da ayrıntılı bir bilgiye yer verilmiştir. Dolayısı ile şekil koşulu vasıtasıyla, bilgilendirme yükümlülüğü teminat altına alınmış ve sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici korunmuştur<sup>84</sup>.

### D. Avrupa Birliği

Tüketici hukukundaki bilgilendirme yükümlülüğünün çıkış noktası AB Direktifleri olarak gösterilebilir. Zaten üye devletlerin uygunluğu sağlama çalışmaları nedeniyle, hukuk sistemlerinde yer bulmuş bir kavramdır<sup>85</sup>. Bu konuda başlıca direktifleri incelediğimiz de, sipesifik sözleşme türleri için çeşitli kapsamda bilgilendirmelerden bahsedildiği görülmektedir. İlk olarak 20 Aralık 1985 tarihli, 85/577/ AET Sayılı, "İşyeri Dışında Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında, Meclis Direktifi", madde 4'te "*Tacir, tüketiciyi 1. İnci maddedeki işlerde 5. maddede tespit edilen süreler içinde sahip olduğu cayma hakkı konusunda bilgilendirmek ve cayma hakkının yöneltileceği kişinin adını ve adresini bildirmek zorundadır. Bu bilgilendirmeye tarih atılmalı ve sözleşmenin*

80 Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/ Bollenberger, Raimund, "Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch", Springer Verlag, Wien- New York, 2005, Art. 5c, Nr. 1.

81 Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Art. 5c, Nr. 2.

82 Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Art 5c, Nr. 4.

83 Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Art 5c, Nr. 3.

84 Ozanoğlu, s. 191; Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Art. 24, Nr. 1.

85 Ferman, Murat, "Tüketicinin Korunması Meselesine Gelişimci Bir Yaklaşım", İstanbul, 1993, s. 39; Weatherill, Stehen, "EU Consumer Law and Policy", Cheltenham, 2005, s. 152 vd.

tanımlanmasını sağlayıcı bilgiler içermelidir. Bu tüketicie, 1/1 durumunda en geç sözleşmenin yapılması anında, 1/2 durumunda en geç sözleşmenin yapılması anında, 1/3 -4 durumlarda icabın tüketici tarafından yapılması anında verilmelidir. Üye devletler, bu maddede anılan bilgilendirmenin gerçekleşmemesi halinde alınacak tedbirlere ilişkin iç hukuk normlarını öngörmek için gerekeni yaparlar" şeklindedir. Düzenleme incelendiğinde, başlıca olarak geri alma hakkını belirtmekle birlikte; sözleşmenin tanımlanmasını sağlayıcı bilgilerden bahsedilmiştir. Ayrıca bilgilendirme yükümlülüğünün şekli ve ne zamana kadar yapılması gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir. Yine bir başka çok kapsamlı düzenleme 87/100/AET sayılı "Üye Devletlerin Tüketici Kredisi Üzerine Hukuki ve İdari Kurallarını Aynı Seviyeye Getirmeleri Hakkında Meclis Direktifi"nde m. 4/2'de çok geniş bir hükme yer vermiştir. Hatta üçüncü fıkra hükmüne bir de bilgilendirmeye ilişkin bir ek madde eklenmiştir. Genel olarak kısaca sıralarsak, fiyat ve peşin ödeme bedeli, yıllık efektif faiz ve hangi şartlarda değişeceği, ödeme planı, düşünme süresi, garanti bilgileri olarak belirtilebilir.

Yine 90/ 314/ EEC sayılı "Turistik Geziler Hakkında Yönerge", m. 4'de sözleşmenin özelliğinin gerektirdiği bir takım bilgilere yer vermiştir. Aynı yönde "Devre Tatil ve Devre Mülk İle İlgili Direktif (Time- Sharing)"te m. 4'de göre ekte belirtilen bilgiler sözleşmede zorunlu olarak bulunmalıdır.

Mesafeli Satıma İlişkin 97/7/EC sayılı direktif ise, iki farklı aşamada bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmektedir. Önceden bilgilendirme başlığı ile m. 4'teki bilgilere ek olarak, daha sonradan bilgilendirmenin yazılı olarak onaylanmasının gerektiği zamana kadar, başkaca bir takım bilgilerin verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

## E. İspanya

Tüketicinin bilgilendirilmesi genel hatlarıyla, LGDCU'un 4. bölümünde yer almaktadır. Burada Art. 4 etiketlemeye ilişkin hükümler içermektedir<sup>86</sup>. Ayrıca Art. 10/1 sözleşme öncesinde asgari bilgilerin tüketiciye sunulması gerektiğini belirtmiş, ayrıca Ar. 13 Nr. 1 hangi bilgilere yer verilmesi gerektiğini kısaca saymıştır. Ürün ve hizmete ilişkin bilgiler, ürünün üretim ve son kullanma tarihi, toplam maliyeti, oluşabilecek risklere karşı gerekli açıklamalar yer almalıdır. Ek olarak bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin bilgilendirme bürolarına genel bir rol yüklemiştir<sup>87</sup>.

## F. Japonya

Japonya'da tüketicinin korunmasına ilişkin yasa<sup>88</sup> gereğince, tüketicinin bağımsızca karar verebilmesi için gerekli aydınlatmayı girişimcinin yerine getirmesi lazımdır. Konuya ilişkin § 12 mal veya hizmete ilişkin gerekli olan önemli bilgilerin verilmesini ve tüketicinin makul bir davranışta bulunabilmesi için eğitilmesinin gerekliliğini belirtmiştir<sup>89</sup>

86 Ferman, s. 47.

87 Fuchs, Daniel, "Verbraucherschutz in Spanien", Nomos Verlag, Baden- Baden, 1989, s. 114- 115.

88 "Grundgesetz Über Verbraucherschutz", t. 30.05. 1968, s. 78.

89 Von Hippel, s. 173.

## 6. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kapsamı

### A. Zamansal Kapsam

#### a) Genel Olarak

Tüketicinin kuracağı sözleşmeyle ilgili gerekli olan bilgiyi edinmesi ve gerek sözleşme koşulları hakkında, gerek kendi hak ve yükümlülükleri gerekse girişimcinin hak ve yükümlülükleri hakkında fikir sahibi olması, sözleşme öncesi zamana denk gelir. Bu durum, bilgilendirmenin temelinde yatan mantığa uygun bir yaklaşımdır. Gerçekten tüketiciyi, tam bir korumayla donatabilmek ve doğru karara yönlendirmek için sözleşmenin kurulmasına kadar süremiz vardır. O halde en azami zaman dilimi, tüketicinin gerekli olan bilgileri öğrenip; bu bilgiler aracılığıyla doğru kararı alabilmesi için gerekli olan makul süreyle sınırlıdır. Yani girişimci tarafından sözleşmenin kurulması anından önce, karar verebilmesi için gerekli olan süreyi tartarak yükümlülük yerine getirilmelidir. Eğer bilgilendirme yükümlülüğü süreyi gerektiren bir araçla yerine getiriliyorsa, yine belirttiğimiz gibi makul süre dikkate alınmalıdır. Aksi durumda sözleşme kurulduktan sonra, bilgilendirmenin yerine getirilmesinde bir fayda yoktur<sup>90</sup>.

#### b) Bilgilendirme Yükümlülüğünün İki Aşamada Gerçekleştiği Hallerdeki Durum

Esas itibarıyla az önce de değindiğimiz gibi, tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme denildiğinde, sözleşme henüz daha kurulmadan verilen bilgileri anlamaktayız. Zira yükümlülüğün amacına en çok hizmet eden de sözleşme öncesi bilgilendirmedir. Çünkü yapacağı sözleşme hakkında yeteri kadar bilgisi olmayan ve mevcut tecrübesiyle de kavraması zor görünen tüketiciyi, içinde bulunduğu açmazdan kurtarmak ancak sözleşmenin başında mümkündür. Daha başka bir deyişle, tüketicinin bilgilendirilme gereksiniminin en maksimum düzeyde açığa çıktığı an, sözleşme öncesi aşamadır. Gerçekte bilgi eksikliği, sözleşmenin herhangi bir anıyla ilgili olabilir. Ne var ki, karar verme sürecini etkileyecek, tam anlamıyla koruyucu bilgilendirme, sözleşme öncesi bilgilendirme vasıtasıyla belirlenebilir. Çünkü anlaşmanın karakteri, alıcının hak ve yükümlülükleri bu aşamada netlik kazanır<sup>91</sup>. Ne var ki, 4077 Sayılı TKHK bilgilendirme yükümlülüğünü farklı zamanlarda ele almamış, ancak mesafeli satım sözleşmesinin niteliği gereği taşıdığı zorunluluk ve 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelere İlişkin AB Direktifin düzenlemeleri doğrultusunda iki aşamalı bilgilendirme yükümlülüğünü öğretti<sup>92</sup> mesafeli satıma özgü olarak kabul etmiştir<sup>93</sup>. Günümüzde ise, 6502 Sayılı TKHK döneminde çıkarılan yönetmelikler göstermektedir ki, yalnızca sözleşme öncesi aşamaya ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü düzenlemesi terk edilerek, birçok tüketici sözleşmesi açısından yükümlülük iki aşamalı biçimde ele almıştır. Ancak ikinci aşamada yer alan, sözleşme sonrası bilgilendirmeye amaçlanan, aslında ispat kolaylığı sağlayarak tüketiciyi korumaktır. Burada bir belgelendirme yükümlülüğü

90 Yıldırım, s. 172; İnal, s. 179- 180; Demir, s. 41.

91 Lyszczarz, s. 3.

92 Yıldırım, s. 169 vd.

93 Bozbel, Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler- 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 801.

söz konusudur. Ama sonraki aşamaya has bir takım ek bilgilerin yer alması, bunun bir sözleşme sonrası bilgilendirme yükümlülüğü olduğunu iddiasını haklı kılar<sup>94</sup>.

## B. İçeriksel Kapsam

Tüketici sözleşmeleri ifadesinden kasıt, daha öncede belirtmiş olduğumuz gibi, farklı kapsamda, amaçta ve özellikte tüketici ve girişimci arasında akdedilen, sözleşmelerdir. Hal böyle olunca, her birinin kendi özelliklerine göre, esaslı noktalarını teşkil eden ve karar verme sürecinde belirtilmesi gereken bilgisel doneleri vardır<sup>95</sup>. Nitekim eski düzenlemede bir genel hüküm niteliğini haiz, 4077 Sayılı TKHK m. 4'de bahsedilen asgari bilgilere yer verilmiştir<sup>96</sup>. Buna ek olarak, m. 7/4:

"Kampanyayı düzenleyen, kampanyalı satışlarda düzenlenecek yazılı sözleşmede, 6/A maddesinin ikinci fıkrasında, belirtilen bilgilere ek olarak "kampanya bitiş tarihi" ve "mal veya hizmetin teslim veya yerine getirilme tarih ve şekli"ne ilişkin bilgileri de içeren sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek zorundadır", biçiminde bir takım bilgilere yer vermiştir. Ayrıca, m. 9/1'de bir başka örnekleyici hükümdür.

"Kapıdan satış sözleşmelerinde, sözleşmede bulunması gereken diğer unsurlara ilave olarak mal veya hizmetin nitelik ve niceliğine ilişkin açıklayıcı bilgiler, cayma bildiriminin yapılacağı açık adres ve en az on altı punto ve koyu siyah harflerle yazılmış aşağıdaki ibare yer almak zorundadır".

Bunun dışında, mesafeli sözleşmeler açısından, durum sözleşmenin niteliğinin yalnızca satıma ilişkin olmaması nedeniyle biraz daha farklıdır. TKHK m. 9/A f. 2'de "...ayrıntılı Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgiler..." diyerek yönetmeliğe işaret etmiştir. Yönetmeliğe bakıldığında ise m. 4 temelinde bir bilgilendirmeden bahsedildiği görülecektir. Dolayısı ile 4077 Sayılı kanun döneminde ancak hem kanun hükümleri hem yönetmelik hükümleri incelenerek ulaşılan ortak hükümler vasıtasıyla bir bilgilendirme yükümlülüğüne ulaşılmaktaydı<sup>97</sup>. Bununla birlikte 6502 sayılı TKHK m. 4'de genel bir ilke olarak yer bulan bir bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur. Ancak bu düzenleme içerikten ziyade şekli açıklamaları kapsamaktadır. Buna göre, "Bu kanunda yazılı olarak düzenlemesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılır bir dilde, açık sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir". Fakat yukarıda belirtmiş olduğumuz içeriğe ilişkin sözleşme temelindeki bilgilere eski kanuna kıyasla yeni kanunla ayrıntılı bir biçimde yer verilmemiştir. Ancak yönetmeliklerle bilgilendirme yükümlülüğünün içeriği madde madde düzenlenmiştir, yani bu görev yönetmeliklere bırakılmıştır. Dolayısı ile çalışmamız da aynı şekilde bilgilendirme yükümlülüğünü somutlaştırabilmek adına, yönetmelikler ve eski düzenlemedeki bilgiler ışığında inceleme yolunu takip

94 Bkz. Yıldırım, s. 169 vd..

95 Baykan, Renan, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri İle Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri", İstanbul, 2008, s. 39.

96 Yıldırım, Abdulkarim, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 1024.

97 Baykan, s. 33.

edeceğiz. Bu noktada eski düzenlemeye kıyasla tüketici sözleşmeleri arasında yeknesaklık daha ağır bastığı için, sözleşmelerin kendilerine has sınırlı sayıdaki bir takım özel farklılıklarına çalışmamızın bütünlüğünü korumak amacıyla yer vermeyeceğiz.

### **a) Girişimci Hakkında Bilgiler**

İster girişimciyle bir arada, karşılıklı olarak tüketici sözleşmeleri kurulsun, isterse fiziksel olarak bir araya gelinemeyecek yöntemde bir tüketici sözleşmesiyle kurulsun, tüketicinin, girişimcinin kimliğini öğrenebilmesi ve ona ulaşabilmesi, tüketici menfaatinidir. Zira sözleşmenin edim borçlusu olan tarafın edimi gereği gibi veya hiç yerine getirme riski her daim vardır. Tüketicinin daha hassasiyetle korunduğu bu tür sözleşmelerde ise, bu riske karşı zaten tüketici daha bir özenle bilgilendirmeli ve savunma bakımından daha fazla donatılmalıdır<sup>98</sup>. Hele ki bilgilendirme yükümlülüğünün amacı dikkate alındığında bu sonuç kendiliğinden çıkacaktır<sup>99</sup>.

Girişimcinin kimliğinin bilinmesinin ne kadar önemli olduğunu açıkladıktan sonra, önemli bir soruna değinmek istiyoruz. Şöyle ki kimliğe ilişkin bilgilendirmeden hangi kapsamı anlamalıyız, bu durum mevzuatta iyice karmaşıklaştırılmıştır. Çünkü 4077 Sayılı TKHK m. 6/A "...isim, unvan, açık adresleri ve varsa erişim bilgileri..." diyerek girişimci hakkında hangi bilgilere yer verileceği düzenlenmişti. Şimdi ise tüketici sözleşmelerine ilişkin yönetmeliklerde "açık adres, telefon numaraları ve benzeri iletişim bilgileri" nin verilmesi istenmektedir. Tüketici sözleşmelerine ilişkin yönetmeliklerde de benzer hükümler mevcuttur. Ne var ki 97/7/EC sayılı AB direktifi uyarınca; sağlayıcının adresi yalnızca ön ödeme yapılması gereken hallerle sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemenin yerindeliliği oldukça tartışmalıdır<sup>100</sup>.

Bir başka dikkat edilmesi gereken nokta, düzenlemelerde faks, e- mail adresinin yalnızca mevcudiyeti halinde verilmesini kabul etmiştir. Ancak profesyonel olarak mesleğini icra eden girişimcinin çağımızda oldukça yaygın olarak kullanılan bu iletişim araçlarının, sadece varlığı halinde bildirmesi kabul edilemez. Zira amaç tüketicinin girişimciyi kolayca bulabilmesi, şikâyetlerini bir anda çözüp, piyasa içerisinde güvenliği en yüksek seviyede tutmak olmalıdır. Elektronik işlemlere ilişkin direktifte<sup>101</sup> ve 2002/65/EC ayrıntılı bir düzenleme yerinde olarak kabul edilmiştir. Özellikle e- mail adresinin her hal ve karda belirtilmesinin ve ticari iletişimi kolaylaştıracak açıklıkta bilgilerin paylaşılması gerektiğini belirtmiştir (Art. 6).

### **b) Mal ve Hizmet Hakkında Bilgiler**

Sözleşmenin konusunu oluşturan mal ve hizmet hakkında bilgi verilmesi, bilgilendirme yükümlülüğünün genel mantığına son derece uygun ve bu amaca hizmet eden bir başka başlıktır. Zaten sözleşmenin kurulması için tüketicinin vereceği kararı etkileyecek, en

98 Ferman, s. 58.

99 Yıldırım, s. 174.

100 Yıldırım, s. 175.

101 Wiegand, Wolfgang, "E- Banking Rechtliche Grundlagen", Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 262.



önemli konu mal ve hizmetin niteliğidir. Sözleşmeye esas rengini veren, onu karakterize eden özelliklerle ilgili tüketici aydınlatılmalı ve bu aydınlatma tüketicinin o mal veya hizmeti istemesindeki amaç ne ise ona tesir edecek bilgilerle olmalıdır<sup>102</sup>.

Bu durum elbette mesafeli sözleşmelerde, daha fazla önem taşımaktadır. Çünkü tüketicinin maalesef, verilen bilgi karşısında direk soru sorabilme şansı mevcut değildir. Bu açık karşılıklı yapılan sözleşmelerde yoktur. Tüketici anlamadığı yerlerde soru sorabilme özgürlüğüne sahiptir. Ama mesafeli sözleşmeler, elektronik sözleşmeler de bunu uygulamak imkânsızdır. Ancak öyle ya da böyle her türlü tüketici sözleşmesinde, mal ve hizmet hakkında tüketicinin bilgilendirilmesi son derece gereklidir. Nitekim yönetmeliklerde bu kıstas özellikle düzenlenmiştir<sup>103</sup>.

### **c) Mal ve Hizmetin Tüm Vergiler Dâhil Peşin Değeri**

Tüketici ve girişimci arasında, sözleşmenin diğer bir unsuru da mal veya hizmetin değeridir. Semen özellikleri ve bu özelliklerin tüketiciye ne derece hitap ettiği, ayrıca bedeline bağlı olarak gelişen bir kavramdır. Hemen belirtmeliyiz ki yalnızca net bedelin belirtilmesi bu amacı gerçekleştirmez. O yüzdendir ki, bedel tüm vergiler ve ek ücretler dâhil bir bütün olarak bildirilmelidir<sup>104</sup>.

Bazı durumlarda ise bedelin tespitini yapmak önceden ön görülemeyecek kadar zordur. Özellikle finansal hizmet edimlerine ilişkin kesin bir bedel bilgisi vermek yanıltıcı olacaktır. Bu durumlarda ise hiç olmazsa piyasa şeffaflığını sağlayabilmek için, toplam bedeli belirlemeye sevk edecek bir kanı oluşturmak yeterli görülmektedir. 2002/65/EC sayılı Mesafeli Sürüm Yoluyla Tüketicilere Sunulan Finansal Hizmetler İlişkin Direktif m.3/1b. 2'de bu husus belirtilmiştir. Bununla birlikte geçmişteki verilerin geleceğe ait bir gösterge oluşturmayacağına ayrıca belirtilmesi gerekliliğini vurgulamıştır (m. 3/1 b. 2)<sup>105</sup>.

### **d) Vadeye Bağlı Sözleşmelerde Faizin Miktarı ve Oranı**

Sözleşme vadeye bağlı olarak kurulduğunda, tüketicinin bunun kendisi için ne gibi ek maliyetlere sebep olacağını bilmesi ve iki durum arasında mukayese yapabilmesi son derece önemlidir. Bu belirtilen fiyatın artık tüketiciyi bağlayacak son miktar olması, ileride tüketiciyi ek bir takım ödemelerden kurtaracaktır. Buna paralel olarak, ne oranda faiz ödeyeceği, bunun kendisini çok büyük bir yük altına sokup sokmayacağına tespiti açısından önem taşımaktadır<sup>106</sup>.

Ödemenin zamanında belirtilen vadelerde yapılmaması nedeniyle, alınacak gecikme faizine ilişkin oranın belirtilmesiyle, kanun borcun az bir kısmının bile ödenmemesine rağmen, borcun tamamı üzerinden faiz uygulayan ve tüketiciyi ekonomik mahvın

102 Kabaş, Esen, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler", GÜHFD, CXIX., Y. 2015, S. 3, s. 93.

103 Yıldırım, s. 177.

104 Yıldırım, s. 179.

105 Yıldırım, s. 179; Wiegand, s. 287.

106 Ozanoğlu, s. 198.

eşijine getiren uygulamalara karşı korumayı hedeflemiştir. Tüm bu bilgilerle aslında, büyük çoğunlukla tüketici ne oranda bir yükümlülük altına girdiğinin farkına varacaktır<sup>107</sup>.

### e) Geri Alma Hakkı

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bilgilendirme yükümlülüğü, üç başlı bir kavramdır. Bundan alıcının hak ve yükümlülükleri, girişimcinin hak ve yükümlülükleri, son olarak da sözleşme koşulları anlaşılmalıdır. Geri alma hakkı da alıcının, sözleşmeye gönül rahatlığı ile taraf olmasını sağlayan en önemli haklardan biridir<sup>108</sup>. Çünkü bazı mal ve hizmetlerin niteliği ya da alıcının ihtiyacına cevap verip veremeyeceği ilk bakışta anlaşılacak kadar basit olmayabilmektedir. Böylece eğer geri alma hakkı var ise, tüketici, herhangi bir gerekçe göstermeksizin, belirli bir süreliğine sözleşmeyi, hiçbir sorumluluğu doğmadan sona erdirebilecektir ve istemediği bir sözleşmeyle bağlı kalmayacaktır<sup>109</sup>.

Bilgilendirme yükümlülüğü ile olan ilişkisine gelirsek; bu noktada kastedilen bu yükümlülüğün var olup olmadığının belirtilmesi, eğer varsa hangi koşullar altında kullanılacağı açıklığa kavuşturulmasıdır. Zira bir hakkın gerektiği gibi kullanılabilmesi, o hakkın hangi şartlar altında kullanılacağına bilinmesiyle mümkündür. Şayet geri alma hakkı söz konusu değilse, bu bilgi mutlaka alıcı ile paylaşılmalı zorundadır<sup>110</sup>.

### f) Ödeme Planı

Borcun vadelerinin ve bu vadelerdeki ödeme miktarının belirtildiği ödeme planına da sözleşmenin yanında yer verilmesiyle, kişinin hangi aralıklarda ödeme yapacağını ve bunun miktarını derli toplu bir şekilde görebilmesi; bununla birlikte yapacağı ödemelere göre önceden kendini ayarlayabilmesi sağlanmış olacaktır<sup>111</sup>.

## 7. Bilgilendirme Yükümlülüğünde Konuşma Rejimi

Bilgilendirme yükümlülüğünde istenilen hedefe ulaşabilmek yani alıcıyı gerektiği gibi bilgilendirip, bağımsız ve yerinde bir kararla sözleşmenin yapılmasının sağlanması, öncelikle bilgilendirmenin açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmasıyla mümkündür. Bu durumda karşımıza hangi lisanda bilgilendirme yapılacağı sorunu da çıkmış gözükmektedir. Aslında, tek bir lisanın konuşulduğu bir ülkede, o ülkenin vatandaşları arasında yapılan bir sözleşme için sorun yoktur. Ancak sorun, girişimci ve alıcının farklı ülkelerin ve farklı lisanda konuşan taraflarca ortaya çıkmaktadır. Anlaşılır ve açık bir bilgilendirme için öncelikle konuşma rejiminin tayini sorunu vardır. Bu konudaki yönergelere bakıldığında, sorunun çözümü üye devletlere bıraktığı görülür<sup>112</sup>.

107 Ozanoğlu, s. 198; Kabaş, s. 92.

108 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Özel, Çağlar, "Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Ankara, 1998, s. 58 vd.

109 Yıldırım, s. 183.

110 Kabaş, s. 92; Kara, İlhan, "Tüketici Hukuku", Ankara, 2012, s. 499.

111 Ozanoğlu, s. 199.

112 Reymann, s. 445- 446.

Tüketici sözleşmelerinin uluslararası boyutta olması, bu sözleşmelerin eskiye nazaran birçok yöntemle yapılabiliyor olması sorunu daha karmaşık hale getirecektir. Şu var ki "açık ve anlaşılır olma" ilkesi bize konuşma rejiminin belirlenmesinde fayda sağlar. Tüketicinin bilgilendirmesi hedeflendiğinden, onun anlayacağı, yani onun kullandığı dil esas alınmalıdır. Dolayısı ile girişimci sunduğu ürün ve hizmeti hitap ettiği kitlenin resmi dilinde, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirir. Örneğin ithal edilmiş bir malın ambalajında, o ülkenin kullandığı lisanın dışında bir lisan kullanılması, yeniden bir etiketlemeyi gerektirir. Dolayısı ile bu bir başka pazar maliyetidir. Çünkü girişimci her üye ülkenin kullandığı lisanda önceden farklı metinleri hazırlamak zorundadır. Bu durum da maliyeti nedeniyle, uluslar arası satıma engel oluşturur. Amprik veriler bu sonucu desteklerler. Anketlere göre, tacirlerin % 51'i tarafından sınır ötesine geçen teslimden ve % 43 genel dil farklılığından sonuçlanan ek maliyetler (hesaba katılmamış aydınlatma yükümlülükleri) nedeniyle caydırıcıdır. Ancak girişimciye tasarruf hakkını, o ülkede birden fazla resmi dil konuşuluyorsa verebiliriz<sup>113</sup>.

Bir başka ihtimal ise, girişimcinin yabancı bir kitleye hitap ettiği değil, alıcının yabancı bir girişimciyle irtibat kurduğu hallerde söz konusu olur. Burada ise, alıcının isteğine bağlı olarak, alıcının ikametgâhında veya üye ülkelerden birinin vatandaşı ise o ülkenin resmi dilinde bilgilendirilmesi gündeme gelecektir. Bu bahsedilen yerine ayrıca girişimcinin yaşadığı toplum resmi dilinde bir taslak ve ibraz edilen ülkenin resmi dilinde onaylı bir çeviriyle tüketicinin bilgilendirilmesi de mümkündür<sup>114</sup>.

## 8. Bilgilendirme Yükümlülüğünde Yöntem

Üye ülkeler, tüketicinin en iyi düzeyde korunabilmesi için bilgilendirme ve eğitimin önemine çok geçmeden vakıf olmuşlardır. Sonuçta çağın getirdiği değişiklikler, yaşam standardının yükselmesi, sosyal değişim ve bireysel gereksinimler, sanayinin ilerleyişi, tüketimle ilgili daha geniş bir perspektiften bakmamızı zorunlu kılmıştır. Çünkü ürün yelpazesindeki gelişim ve yeni ürün araştırmaları piyasa şeffaflığını daha aza indirmiştir. Örneğin, piyasadaki her dört ürün ve hizmetten birinin daha önce tanınmadığı ortaya çıkmıştır. Böylece bu sebeplerden ötürü, tüketicinin karar süreci uzamakta ve en rasyonel kararı vermesi için bilgilendirmenin önemi bir o kadar artmaktadır. Bu problemler göz önünde tutularak, bilgilendirme ile ilgili farklı metodlar geliştirilmiştir<sup>115</sup>

### A. Sınamalı Test

Sınamalı mal testi, tüketicie doğrudan hizmet çeşidi ile ilgili danışma çalışmalarından bahseder. Bu çalışmalar, özel, kamusal ve yarı- kamusal organlar aracılığıyla yürütülür<sup>116</sup>. Danışma çalışmaları yapan kuruluşlar tarafından yapılan, denemeler ve testler uygulayarak nesnelleştirilmiş veriler elde edilmektedir. Ürünün veya belirli karakteristik

113 Reymann, s. 446.

114 Reyman, s. 446.

115 Von Hippel, s. 226- 227.

116 Yunanistan, Portekiz, İspanya ve Türkiye hariç, diğer üye devletler için geçerlidir.

özellikleri ve performansları değerlendirilir. Buna göre ürün ve hizmetin fayda ve kullanım değeri hakkında tüketici bilgi sahibi olmaktadır<sup>117</sup>. Ayrıca ürün yelpazesindeki seçenekler incelenirken; fiyatları dikkate alınarak, belirli fiyat aralıkları temelinde karşılaştırmalar yapılır. Günümüzde üye devletler açısından, uluslararası ticarete dikkate alınmaz. Genelde marketlerde veya ürünün merkezinde bu yöntem uygulanmaktadır<sup>118</sup>.

Üye devletlerde bu yöntemle, belirli sayı ve seçenekte eşya ve hizmetin sınanması, artan problemlere yol açmıştır. Bu nedenle, yalnızca üç tip ürün için bu yöntem uygulanmaktadır. Şöyle ki,

Pahalı ev aletleri ve diğer pahalı ürünler

Tüketici tarafından reklam yoluyla yeterince anlaşılması mümkün olmayan ürünler. (Deterjan, kozmetik, tuvalet ürünler, paketlenmiş ürünler)

Yeni kategorik ürünler<sup>119</sup>.

## **B. Malın Etiketlenmesi**

Etiketleme piyasa şeffaflığı için alınması gerekli ön şarttır. Tüketicinin piyasa içerisinde en akılcı seçimi yapmasına imkân sağlar. Özellikle dayanıklı tüketim malları için minimum düzeyde standart bilgi vermektedir. Tüketici açısından faydası ise, farklı seçenekler karşısında kıyaslama yapabilmeyi sağlar<sup>120</sup>.

### **a) Mecburi Etiketleme**

Zorunlu etiketleme, kanun tarafından ürünün belirli yerlerinde bilgilendirme amaçlı bir takım açıklamaların bulunması zorunluluğu söz konusuysa gündeme gelecektir. Her üye ülke belirli ürün veya ürün kategorileri için zorunlu etiketlemeyi kabul etmiştir. Kullanılma amacı şöyle sıralanabilir: tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması, paketlenmiş yiyeceklere ilişkin doğru açıklamaların sağlanması, tüketiciye rasyonel bir seçim yapması için yardım edilmesi vs.. Son söylediğimiz amacın son yıllarda önemi artmıştır<sup>121</sup>.

### **b) Sistematik Etiketleme**

Sistematik etiketleme kavramı, tüketicinin ilgisine göre tasarlanmış birçok gönüllü etiketleme yöntemini kapsar. Temel olarak, üretici ve satıcı tarafından, tüketicinin ilgisine sunulma maksadıyla, kullanılmaktadır. Bu kişiler genelde, tüketiciye ürünlerin seçiminde doğru karar verebilmeleri için ihtiyaç duyulan pratik bilgiyi sunmayı ve müşteri memnuniyetini ve güvenliğini sağlamayı amaçlarlar<sup>122</sup>. Günümüzde altı ülke tarafından uygulanır. Bunlar Danimarka, Finlandiya, Almanya, Hollanda, Norveç ve İsveç'tir.

117 Von Hippel, s. 183- 184.

118 Von Hippel, s. 227.

119 Von Hippel, s. 227.

120 Von Hippel, s. 184; Deryal, s. 95.

121 Deryal, s. 95; Zevkililer/Aydoğdu, s. 323.

122 Deryal, s. 97.

### c) Üretici ve Satıcı Tarafından Planlanan Etiketleme

Bu yöntem gerek bireysel gerek ortaklaşa en çok tercih edilen türüdür etiketlemenin. Ancak tüketicilerin ihtiyaçlarını karşılamada yeterli olduğu söylenemez. Çünkü tüketici açısından, etiket üzerinde görülen doğru bir bilgi, ancak ürün ticari olarak dikkat çektiyse, inkâr edilemez anlamda değerlidir. Dolayısı ile etiketlemenin bu türü, tüketicinin ihtiyacını karşılamada ve yetersiz bilgi sebebiyle uygun olmayan ürünlerin alınması konusunda başarısızdır. Pratikte, yiyecek ürünleri gibi alanlarda, faydalı bulunmakla birlikte, tüketiciler tarafından, eksik, tutarsız ve diğer benzer ürünlerle karşılaştırma yapılmaması nedeniyle oldukça eleştirilmektedir<sup>123</sup>.

### C. Tüketici Danışması

Tüketici danışmasına genelde, tüketici merkezleri danışma büroları, aile danışma büroları, kombine kadın kulüpleri hizmet verir. Ürünlerin sinamalı olarak testini yaparak, edindikleri bilgileri topluma paylaşır, toplumun bilgi edinmesini sağlar. Çalışmaları genelde bir bütünlük arz eder, yani hizmet veren özel veya kamusal kuruluşlar arasında bir koordine vardır<sup>124</sup>.

### D. Kitle İletişim Araçlarının Bilgilendirme

Bu materyal tüketicinin bilgilendirilmesini ve tüketici hakkının yorumlanması ihtiyacını kolayca ulaştırır yapmaktadır. Zira kitle iletişim araçlarının insanlar üzerinde ne denli etkili bir araç olduğu düşünüldüğünde, bilgilendirme yöntemleri içinde en hızlı şekilde topluma ulaşan yöntem olduğunu söylersek yanlış olmaz. Örneğin günlük gazetelerin alışveriş notlarında bir sütun veya dergilerde yer alan makaleler, diğer taraftan radyo-televizyon programları vasıtasıyla bilgilendirmenin başarısı çok yüksektir. Zaten AGV tarafından, tüketici birliklerinin radyo- televizyon ile temsil edilmemesi bir noksanlık olarak görülmektedir. Bu nedenle 1971-73 yılları arasında Berlin'de uluslar arası tüketici film yarışması düzenlemiştir. Bu yarışmayla bilgilendirmeye sağlanacak menfaatin, uluslararası kıyaslaması yapılmış ve etkisi vurgulanmıştır<sup>125</sup>.

### 9. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Şekli

Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri incelendiğinde; genel nitelikte bir şekil kuralıyla bağlı olmadığını görmekteyiz. İlk olarak TKHK m.6/A yalnızca taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasından bahsetmiş ve tüketicinin bilgisi olması istediği konuların yazılı olarak yapılan taksitle satış sözleşmesinde yer alması gerektiğinden bahsetmiştir. Yine aynı şekilde kampanyalı satışı düzenleyen TKHK m. 7/4'te kapıdan satışı düzenleyen TKHK m. 9/1'de yazılı olarak yapılan sözleşmelerde gerekli olan bilgilere yer verilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Öte yandan ise, yazılı, görsel, telefon, elektronik ortamda veya diğer iletişim

123 Von Hippel, s. 228- 229.

124 Von Hippel, s. 184.

125 Von Hippel, s. 212.

araçları kullanılarak kararlaştırılan ve yazılı bir şekil şartı aranmayan<sup>126</sup> mesafeli sözleşmelerde ise, sözleşmenin kurulmasından önce, yazılı olarak bilgilendirmenin yapıldığının teyiti gereklidir. Aslında TKHK m. 9/A f.2 hükmü ve diğer tüm bu hükümlerden yola çıkarak, yasa koyucunun bilgilendirmenin yapılmış olduğunun ispatlanmasını istediği sonucu çıkarılabilir. Mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılmaması nedeniyle, ayrıca bir yazılı teyiti aramış, fakat diğer sözleşmelerde buna gerek duymamış çünkü zaten söz konusu sözleşmelerin bizzat kendisi yazılı şekil şartına bağlıdır.

Ayrıyeten AB Direktiflerinde de yalnızca bir çerçeve düzenleme yeğlenmiştir. Burada bilgilendirme yükümlülüğünün varlığını kabul etmiş, açık ve anlaşılır olduğu sürece, kullanılan iletişim aracına uygun şekilde bilginin sunulmasını istemiştir. Ancak herhangi bir şekil zorunluluğundan söz etmemiştir. Ama yine 97/7/EC sayılı Mesafeli sözleşmelere ilişkin yönerge'de de yazılı teyit şartı mevcuttur.

6502 Sayılı TKHK'a baktığımızda ise genel ilke mahiyetinde düzenlenmiş olan 4 maddesi, bilgilendirme yükümlülüğünün şekli yapısına dair bir hükmü içermektedir. Şöyle ki, "Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir" denilmektedir. Öte yandan mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler bu bağlamda özetlik arz eder ve bu sebeple değinilmesi gereklidir. Çünkü yazılı koşulun olmayışı ve sözleşmenin internet ortamı gibi uzaktan erişim araçlarıyla yapılıyor olması sebebiyle, bilgilendirme yükümlülüğünün yöntemi çeşitlilik gösterecektir. İlk olarak, tüketicinin irade açıklamasından önce, yönetmeliğin 5 maddesinde belirtilen tüm hususlarda, tüketici kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, açık, sade, anlaşılabilir ve okunabilir bir şekilde sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmesi zorunludur. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçları vasıtasıyla veya sınırlı bir alanda veya zamanda kurulması halinde ise, 5. Maddenin (c), (ç), (h), (i) bentlerindeki bilgilerin bu ortamda verilmesi yeterlidir. Ancak tüketici kredisi sözleşmelerinin uzaktan erişim yoluyla kurulması halinde, ön bilgilendirmenin tamamının makul bir süre önce veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur. Sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde de, sağlayıcı ya da temsilcisi, sağlayıcının ve sesli iletişimde bulunan kişinin kimliğini, bu kişinin sağlayıcıyla olan bağlantısına ilişkin bilgiyi ve görüşme talebinin sebebinin her görüşme başında belirtmek zorundadır.

## 10. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Durumunda Yaptırım

Bilgilendirme yükümlülüğünün, niteliğini, önemini, kapsamını, şeklini ayrı ayrı inceledikten sonra; diyebiliriz ki, her ne şekil şartına bağlı olursa olsun, tüm tüketici sözleşmeleri için bu yükümlülük genel bir kuraldır. O halde, bu yükümlülük yerine getirilmediğinde, ne tür bir sonuçla karşılaşacağımızın da son olarak incelenmesi gereklidir<sup>127</sup>.

126 Yıldırım, s. 138.

127 Kabaş, s. 23.

Konuya ilişkin temel kaynak niteliğini haiz, AB Direktiflerince sorun gayet akılcı bir yöntemle çözümlenmiştir. Şöyle ki, direktif tüketicie verilmiş olan geri alma hakkının kullanımını, bilgilendirme yükümlülüğüne bağlayarak bir yaptırım uygulamıştır. 97/7/EC sayılı "Uzaktan Pazarlama Çerçevesinde Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktifin" 6. maddesinin incelenmesiyle durum netlik kazanacaktır. Bu hükme göre, "Beşinci madde gereği yapılacak bilgilendirmeler, üç aylık süre içerisinde tüketicie bildirilmemiş ise, o takdirde, yedi iş günlük süre, birinci fıkra uyarınca bilgilendirmenin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar". Burada görüldüğü gibi, geri alma hakkının süresi uzatılmakta ve girişimci sözleşmenin sona erme tehdidiyle daha uzun süre karşı karşıya kalmaktadır. Ayrıca 5. maddede söz edilen bilgiler, daha önce bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını incelerken değindiğimiz bir takım hususlardır. Buna paralel bir düzenlemeyi yine 85/577/ AET sayılı "İşyerleri Dışında Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Meclis Direktifinde" görebilmekteyiz. Direktifin 5. maddesi, "Tüketicinin kendisine 4. maddede anılan bilgilendirmenin yapıldığı andan itibaren, iç hukuklardaki düzenlenmiş şartlara dikkat etmek ve usulüne uygun olarak, en erken 7 gün içinde bildirmek koşuluyla, yükümlülükten geri alma hakkına sahiptir. Bildirimin sürenin bitmesinden önce gönderilmiş olması, bu süreye uyulduğu anlamına gelir" diyerek bilgilendirmenin yapıldığı anı, geri alma hakkına ilişkin sürenin başlama anı olarak belirlemiştir. Dolayısı ile bu iki düzenlemede de gördüğümüz gibi, sözleşmenin kurulmaması gibi bir yaptırım düşünülmemiş ve tüketicie korumaya yönelik hükümler vasıtasıyla tüketicie hiç kurulmamış bir tüketici sözleşmesi gibi aleyhe bir durumla karşı karşıya bırakmamıştır. Bilakis yükümlülüğü yerine getirmeyen girişimciyi cezalandırmış, tüketicie bu yükümlülük yerine getirilene kadar maksimum seviyede bir korumayla çevrelemiştir<sup>128</sup>. Ayrıca ek olarak, 97/7/EC sayılı Direktifin 11. maddesinin 1. ve 2. fıkrası, direktif kurallarına uyulmaması halinde yargı yolunu açık tutmuştur<sup>129</sup>.

Türk Hukukundaki durumu incelediğimizde ise, 4077 Sayılı TKHK döneminde birden fazla uygulama dikkat çekmektedir. İlk olarak, cayma hakkının kullanılmasını geciktirmeye yönelik yaptırım, TKHK'nun düzenlemelerine paralel olarak kendine özgü bir yolla hükme bağlanmıştır. Bu konuda bahsedeceğimiz hüküm TKHK. m. 8/3'dür. Şu düzenlemeyi içerir; "Bu satışlarda; tüketici, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbesttir. Hizmetlerin satımında ise bu süre, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren başlar". Görüleceği gibi, mesafeli sözleşmeler dışında, diğer sözleşmeler, yazılı olarak yapılmak zorunda ve bunun yanında gerekli bilgilere yer verilmelidir. Yani tüketicinin zaten bu bilgileri edineceği an tam da bu andır ve başka bir ertelemeye

128 Yıldırım, s. 194- 196; Kocayusufoğlu/Hatemi/Arpacı/Serozan, s. 218; Zevkililer/Aydoğdu, s. 177- 178.

129 97/7/EC, m. 11/1, "Üye devletler, bu yönergedeki, kurallara uyulmasını güvence altına almaya yönelik olan etkin ve uygun araçlar tüketicinin lehine olmak üzere dikkate alır".

11/2, "Birinci fıkrada belirtilen araçlar, bu Yönergenin uyarlanması sürecinde çıkarılan ulusal hukuk kurallarının uygulanması amacıyla, aşağıdakilerde bir veya birden fazlasını, ulusal hukukta belirtilen yetkili kuruluşlar ile ilgili ulusal hukuk kurallarıyla uyumlu olarak yargı organları ve yetkili yönetim mercilerine başvurabilmeyi sağlayan kurallar içerir".

gerek yoktur. Öte yandan, hizmet sunumuna ilişkin sözleşmelerde bu süre sözleşmenin imzalanması ile başlayacaktır. Doğrudan bakıldığında, hizmet satımına ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından bu düşünce de gayet mantıklıdır. Çünkü mesafeli sözleşmelerde yazılı şekil şartı aranmadığından, sonradan bilgilendirmenin yapıldığını ispatlamak adına düzenlenen teyit etme zorunluluğu ve bu yapılmazsa sözleşmenin kurulamayacağı hükmü karşısında; eğer sözleşme kurulduysa tüm bu yükümlülüklerin yerine getirildiği anlaşılacak ve o zamana kadar geri alma hakkı ötelenecektir. Sorun ise; mal satımlarına ilişkin bir düzenlemenin olmaması ve mesafeli sözleşmelerde az önce bahsettiğimiz yazılı teyit yapılmaması halinde tüketiciyi nasıl koruyacağımız noktasında ortaya çıkar. Bu hükümler incelendiğinde, kanunun maksadını aşan bir yaptırımı öngördüğü kolayca anlaşılır. Genel itibarıyla, tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme yükümlülüğü, geçerlilik koşulu olarak kabul edilen yazılı şeklin yanı sıra ön görülmüştür. Fakat mesafeli sözleşmelerin yazılı olarak kurulmaması nedeniyle ayrıca verilen bilgilerin yazılı teyidini gerektirmiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, Direktifte beklenene oranla oldukça ağırdır. Çünkü öncelikle, yazılı teyit koşulunun yerine getirilmesi, tüketiciden beklemiştir. Ne var ki tüketicinin kendisine sunulan bilgilerin doğru ve eksiksiz olduğunu nereden bileceği ve zaten bilseydi bu bilgilendirme yükümlülüğünün ne işe yarayacağı anlaşılamamaktadır. Ayrıca yine direktiften farklı olarak, bu teyit koşulunun sözleşme öncesinde yerine getirilmesinden bahsedilmektedir. Böylece bu düzenlemeleri incelediğimizde, genel kanı ortada bir karmaşadan başka bir şey olmadığıdır. Çünkü kanunun amacının tüketiciyi korumayı amaçlıyor olması ve kanunun tüketiciyi korumaya yönelik bilgilendirme yükümlülüğünü devre dışı bırakmasını bir arada düşünmek imkânsızdır. Ama eğer, bu yükümlülüğün teyidini tüketiciden beklersek, doğru ve eksiksiz olarak bilgileri edindiği için mi teyit ettiğini ya da tam olarak bir kavramadan mı bahsedemeyeceğimiz bir halde teyit ettiğini anlamamız imkânsızdır. Hal böyle olunca bilgilendirme yükümlülüğü işlevini yerine getirememektedir. Bahsetmiş olduğumuz ikinci farklılık ise, birincisinin aksine tüketiciyi abartılı bir korumaya tabi tuttuğunun göstergesidir. Çünkü direktiflerdeki teyit yükümlülüğü sözleşme öncesine rastlamaz, yani girişimci henüz tarafı olmadığı bir sözleşme için bir yükümlülük yerine getirmek zorunda kalmaz. Üstüne üstlük TKHK m. 9/A ve MSHY m. 6/2'de getirilen yaptırımla, eğer yazılı olarak teyit gerçekleşmezse sözleşmenin kurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece 4077 Sayılı TKHK tüketiciyi korumaya yönelik haddinden fazla ağır hükümler sayesinde, pratikte tüketicinin hiç korunamaması sonucunu gündeme getirmiştir. Çünkü tüketici korumadan yararlanacağı tüketici sözleşmesi alanı dışında kalmıştır<sup>130</sup>.

6502 Sayılı TKHK'da ise yasa koyucu yukarıda kısaca özetlemiş olduğumuz sorunları göz önüne alarak, direktiflere uygun bir biçimde geri alma hakkının kullanımını ötelemek suretiyle değişiklikler yapmıştır. Öncelikle genel ilke niteliğinde olan TKHK m. 4'de bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı TKHK m. 46 idari para cezası olarak belirtilmiştir. Fakat genel işlem koşulu taşıyan tüketici sözleşmeleri bakımından TBK m. 21 ve TKHK m 5 uyarınca yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanacağı ayrıca metinde

130 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı/Serozan, s. 218- 222; Yıldırım, s. 168.



yer almamıştır<sup>131</sup>. Geri alma hakkının kullanımının ertelenmesi durumu ise maalesef genel bir hüküm niteliğinde değil, tüketici sözleşmelerinin kendilerine özgü olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu noktada mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinde iki hükme rastlamaktayız. İlk olarak m. 8’de “satıcı veya sağlayıcı tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi takdirde tüketici siparişi ile bağlı değildir” ifadesi yer almaktadır. Geri alma hakkının kullanımına ilişkin düzenleme ise m. 10’da yer almaktadır ve yeterince bilgilendirilmemiş tüketicinin geri alma süresi ile bağlı olmadığını belirterek direktiflerdeki çözümlerle paralelliği sağlamıştır. Yine iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde de benzer biçimde geri alma hakkının kullanımının bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmadığı takdirde tüketicinin on dört günlük geri alma süresiyle bağlı olmadığı düzenlemiştir. Mamafih bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığa ilişkin söz konusu yaptırım, her sözleşme açısından düzenlenmemiş, belirli sözleşmelerle sınırlı kalmıştır.

Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali için saymış olduğumuz özel düzenlemeler yetersiz kaldığında ise, sorunun genel hükümlere dayanarak çözümlenmesi gerekecektir. Buna göre, uygulanacak hükmün belirlenmesi, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi bilgi yükümlülüğü ihlalinin işlendiği zamana bağlı olacaktır. İlk olarak sözleşme öncesi dönemden başlarsak; bu ana ait bir ihlal söz konusu olduğunda, önerilen çözümün öğretici açısından tartışmalı olduğu söylenebilir. Sözleşme öncesi dönemde bilgilendirme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü olarak karşımıza çıkacaktır. Çalışmamızda daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, asli edim yükümlülüğü için sözleşmenin varlığı şarttır. Ayrıca yan edim yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğüne bağlı olarak gelişir. Ne var ki bu dönem için bir sözleşmeden bahsedilemeyeceğinden, bilgilendirme yükümlülüğünün edim yükümlülüğünden bağımsız borç olarak kabulü gereklidir. Uygulanacak hükme gelince belirttiğimiz gibi öğretide görüş birliği sağlanamamıştır. Kramer’ e göre zarar göreni koruyan koruma yükümlülüklerinin ihlalinde sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanması uygundur. Diğer taraftan herkesi aynı kapsam ve yoğunlukta koruyan koruma yükümlülükleri söz konusu olduğunda haksız fiil hükümleri uygulanabilir<sup>132</sup>. Haksız fiil sorumluluğu hakim görüş uyarınca objektif hukuka aykırılık teorisine dayanmakta ve buna göre ya mutlak hakkın ihlal edilmesi (sonucun hukuka aykırılığı) ya da koruma normuna aykırılığın (davranışın hukuka aykırılığı) gündeme gelmesi gereklidir. Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık halinde saf malvarlığı zararı doğacağı ve bunun mutlak hak olmaması sebebiyle; haksız fiil sorumluluğu için koruma normuna aykırılığa ihtiyaç duyulmaktadır<sup>133</sup>. Öğretinin bir kısmı da, davranış yükümlülüğünün ihlalinin, güven esası uyarınca “Culpa In Contrahendo” sorumluluğu bağlamında dizaynını önermektedir. Zira zarara uğrayan kişinin boşa çıkarılan güveni, sözleşmenin varlığı halinde oluşan güven kadar yoğun değilken; haksız fiil kapsamındaki varsayımsal güvenin

131 Yıldırım, (Makale), s. 1025.

132 Jörg, s. 34-35.

133 Kramer, Nr. 129.

de üzerindedir. Dolayısıyla Culpa in Contrahendo sorumluluğu ile birlikte, haksız fiil ve sözleşme arası orta bir yerde, koruma yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sözleşmesel tazminata yol açılır<sup>134</sup>.

Bilgilendirme yükümlülüğü mevcut bir sözleşmenin gereği ise, özellik arz eden durum yükümlülüğü yan edim veya yan yükümlülüğü teşkil ettiği hallerdir. Bu gibi haller için ise sözleşmenin müspet ihlali müessesesi işletilecektir<sup>135</sup>.

Sözleşme sonrası bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinde ise, ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Eğer bu dönemde bilgilendirme yükümlülüğü yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilirse, sözleşme hükümlerini uygulamak kanidir. Fakat koruma yükümlülüğü biçiminde karşımıza çıkan bir bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu ise, yukarıdaki tartışmalar yinelemek gerekir. Sorumluluk burada "culpa post contractum" sebebiyle oluşan ve culpa in contrahendo ilkelerinin uygulanmasıyla çözümlenen bir niteliktedir<sup>136</sup>.

## Sonuç

Bilgilendirme yükümlülüğü tüketiciyi korumakla birlikte, ayrıca girişimcinin de güvenliğini sağlayan, daha doğrusu işlem güvenliğini sağlayan bir kurumdur. Hukukumuzda geçmişte son derece yeni olan tüketicinin korunması hukuku mevzuatı kapsamında yasal varlık bulan kavram, eğer böyle bir yasal düzenlemeye kavuşmasa, başta Culpa In Contrahendo olmak üzere genel hükümler çerçevesinde oluşacak sorumluluklar ile telafi edilmeye çalışılacaktı. Ancak mevcut düzenlemenin varlığı sorumluluğun çözümü genel hükümlere gitmeyi engellemiştir. Zira yasal düzenleme incelediğinde, birçok aksaklığı bünyesinde barındırdığı, direktiflerin iç mevzuata aktarımında yapılan yanlışlıklar nedeniyle dağınık ve hatalı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla genel hükümlere yönelik hala bir zaruret biçimindedir.

Yasal düzenlemeye ilişkin aksaklıklara değinmek gerekir ise, ilk olarak ifade etmemiz gereken husus, 6502 Sayılı TKHK'da genel kapsamda bir bilgilendirme yükümlülüğü kabul edilmiş olsa bile, bu hükmün yeterli bir düzenleme olmayışıdır. Bilgilendirme yükümlülüğü yalnızca şekli olarak ifade edilmiş, ne yükümlülüğün kapsamı ne de yaptırımı genel olarak düzenlemede yer bulmamıştır. Birçok ayrıntı isabetli olarak yönetmeliklere bırakılmış, fakat yönetmelikler arasında da gereksiz tekrarlar yapılmış, kavram birliğine dikkat edilmemiş, doğru bir koordinasyon sağlanamamıştır.

Öte yandan, bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmediği hallerde uygulanacak yaptırım yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere genel olarak idari para cezasıyla sınırlı kalmıştır. 4077 Sayılı Kanundaki yapılan yanlış ve yetersiz düzenlemeler değiştirilmiş; geri alma hakkının on dört günlük kullanım süresinin bilgilendirme yükümlülüğünü girişimcinin yerine getirmemesi halinde, işlemeye başlamayacağı kabulü AB direktifleriyle uyumu sağlanmıştır. Fakat bu yaptırım yalnızca belli başlı sözleşmelere ilişkin

134 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (İfa Engelleri), s. 249; Jörg, s. 36; Kırcı, Çiğdem, "Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk", Ankara, 2004, s. 111 vd; Demircioğlu/Huriye Reyhan, "Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk", Ankara, 2009, s. 161 vd.

135 Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı/Serozan, s. 244.

136 Jörg, s. 38; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Arpacı/Serozan, s. 222- 225; Ozanoğlu, s. 200.

yönetmelikler kapsamında sınırlı kalmıştır. Dolayısıyla gereksiz tekrarlar ve dağınık düzenlemeler karşısında tüketicinin korunmasından çok, tüketiciyi zorlayan hükümlerle karşı karşıya kalınmıştır.

Bu kısa açıklamadan sonra diyebiliriz ki, TKHK'da bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin genel çerçeve, tutarlı, işlevsel bir düzenlemeyle değiştirilmelidir. Bilhassa yönetmeliklerdeki düzenlemeler ve Kanundaki düzenlemeler arasındaki çelişkiler düşünüldüğünde, bu çelişkiyi derhal gidermek için yapılabilecek en doğru yol budur.

---

**KAYNAKÇA**


---

- Abik, Yıldız, "Promosyonlu Satım Sözleşmesi", Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Akipek, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999.
- Mehmet, Altunkaya, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", GÜHFD, C.VIII, S.1-2, (Haziran- Aralık) 2004, s. 11 vd.
- Arslan, Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa, 2006.
- Atamer, Yeşim, "Tüketici Hukukunun Gelişiminin Dünü, Bugünü, Yarını", Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2007, s. 21 vd.
- Aydoğdu Murat, "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar", İzmir, 1998.
- Baykan, Renan, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri İle Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri", İstanbul, 2008.
- Broadbridge, Adelina, Retail insights:papers from 8th international conference of the european association for education and research in consumer distribution, July 2004.
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auf. Zürich, 1988.
- Buhur, Oğuzhan, "Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması", Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Bozbel, Savaş, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler- 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 783.
- Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 2009.
- Demir, Mehmet, "Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Demir, Mehmet, "Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması", Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Demir, Mehmet, "4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler", BATİDER, C. 12, S.1, 2003, s. 203- 236.
- Demir, Mehmet, "Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı", GÜHFD, C. 7, S. 1-2, 2003, s. 61- 90.
- Demir, Mehmet, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri İle İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri", Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 397- 420.
- Demircioğlu/Huriye Reyhan, "Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk", Ankara, 2009.
- Deryal, Yayha, "Tüketici Hukuku", Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Eren, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Yetkin Yayınları, 18. Bası, Ankara, 2015.
- Giger, Hans, Kommentar zum gepalanten Konsumkreditsgesetz, Zürich, 1980.
- Girsberger, Daniel/ Stecher- Weber, Urs, "E- Banking und Internationals Privatrecht", E- Banking Rechtliche Grundlagen, Bern, 2002.
- Gürpınar, Bünyamin, "Sigortacı ve Sigorta Aracısının Bilgilendirme Yükümlülüğünün Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Değerlendirilmesi", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2013.
- Jörg, Florian, "Informationspflichten im E- Commerce", Internet, Recht und Electronic Commerce Law, Florian S. Jörg/ Oliver Arter (Hrsg) 2. Tagungsband, Staempfli Verlag, Bern, 2003.
- Kabaş, Esen, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler", GÜHFD, CXIX., Y. 2015, S. 3, s. 73 vd.
- Kara, İlhan, "Tüketici Hukuku", Ankara, 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Turhan Kitabevi, 13. Bası, Ankara, 2010.
- Kırca, Çiğdem, "Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk", Ankara, 2004.
- Kocayusufoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Arpacı, Abdulkadir/ Serozan, Rona, "Borçlar Hukuku

- Genel Hükümler, Borçlar Hukukuna Giriş”, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Koller- Tümler, Marlis,; “E- Banking und Konsumentenschutz”, E- Banking Rechtliche Grundlagen, Herausgeber: Wolfgang Wiegand, Stampfli Verlag, Bern, 2002, s. 143 vd..
- Kozioł, Helmut/Bydlinski, Peter/ Bollenberger, Raimund, “ABGB Allgemeines Bürgerliches Gezetzbuch Kommentar”, Springer, Wien, Newyork, 2005.
- Kramer, Ernst, “Obligationenrecht Allgemeiner Teil”, Basel, 2009.
- Kummer, Matthias, “Integrierte Konsumentenpolitik”, Schriftenreihe Zum Konsumentenschutzrecht, Herausgegeben von Hans Giger/ Schlupe, Walter, Zürich, 1983, s. 110 vd..
- Lyszczarz, Barbara, “Avrupa Tüketici Yasasında Sözleşme Öncesi Yükümlülükler”, <http://www.laweuropa.com/134-Avrupa-Tuketici-Yasasinda-Sozlesme-Oncesi-Yukumlulukler>, (12.10. 2010).
- Havutçu, Ayşe, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, 2003.
- Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Geiser, Thomas, “Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I”, Helbing& Lichenhahn Verlag, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter, “Basler Kommentar Obligationenrecht I, Helbing& Lichtenhahn Verlag, 3. Auflage, Basel, Genf, München, 2003, Art. 2, Nr. 3.
- Huguenin, Claire,/ Hermann, Mathias/ Benhamou, Yaniv, Çev. Gönen, Doruk, “Tüketici Sözleşmeleri Hukukunun Modern Mevzuattaki Yeri”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 19 vd..
- İnal, Emrehan, “E- Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması”, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2005.
- İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2014.
- İşgüzar, Hasan, “Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri”, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Larenz, Karl, “Lehrbuch Des Schuldrechts”, C. H. Beck’sche Verlag, München, 1987.
- Merz, Hans, “ ZGB Einleitung Artikel 1- 10”, Stämpfli& CIE Verlag, Bern, 1966, Art. 2, Nr. 297- 299.
- Metz, Rainer, “Verbrauchercreditgesetz” Kommentar, Nomos Verlag, Baden, 1999.
- Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, 2015.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü”, Ankara, 1999.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı, AUHFD, C. 50,S. 1, 2001.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin korunması hakkında kanun açısından tüketiciyi Koruyan düzenlemelerin kişi bakımından uygulama alanı, Prof.Dr. Oğuzman’a Armağan, 2000.
- Özdamar, Mehmet, “Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özel, Çağlar, “Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı”, Ankara, 1998. (Geri Alma)
- Özel, Çağlar, “Tüketicinin Korunması Hukuku”, Ankara, 2014.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, 1999.
- Pınar Hamdi, “Reklam ve Satış Yöntemlerine Karşı Haksız Rekabet Halleri”, MÜHFHAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 14.
- Reymann Christopher, “Das Sonderprivatrecht Handels und Verbrauchervertrage, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2009.
- Ankara Barosu Başkanlığı Tüketici Haklarını Koruma ve Rekabet Hukuku Komisyonu, Tüketici Hukuku.
- Schwenzer, Ingeborg, “Schweizerisches Obligationsrecht- Allgemeiner Teil”, Bern, 2006.
- Şeker, Tacettin, “6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici İşleminin Temel Özellikleri ve Temel İlkeleri Tüketici Mahkemeleri ve Hakem Heyetlerinin Görev Alanı Hakem Heyetlerine İlişkin Tüketici Hukuku ve Usul Uygulamaları”, s. 2, (<http://www.ankarabarosu.org.tr/HaberTop10img/haberpimages/tuketici-20150318/tuketici-20150318.pdf>.)

- Tekinay, Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Filiz Kitabevi, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tumler- Koller, Marlis, "E- Banking und Konsumentenschutz", E- Banking Rechtliche Grundlagen, Bern, 2002.
- Türkiye Ticaret Sanayi Odaları ve Borsalar Birliği. Tüketici Sorunları Semineri, Ulmer, Peter, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes.
- Yıldırım, Abdülkerim, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması" 2009.
- Yıldırım, Abdülkerim, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 1015. (Makale)
- Yıldırım, Mustafa Fadıl, "Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Hile", Nobel Yayınevi, Ankara, 2002.
- Yavuz, Nihat, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi".
- Weatherill, Stehen, "EU Consumer Law and Policy", Cheltenham, 2005.
- Wiegand, Wolfgang, "Der Geschäftsverbindung im E- Banking", E- Banking, Rechliche Grundlagen, Stampfli Verlag, Bern, 2002.
- Wiegand, Wolfgang, "Die Zentralen Elemente Des Konsumkreditgesetzes", [http://www.wolfgangwiegand.ch/publikationen/\\_50\\_BBT%20Band%201%20Die%20zentralen%20Elemente%20des%20Konsumkreditgesetzes/37\\_insgesamt.pdf](http://www.wolfgangwiegand.ch/publikationen/_50_BBT%20Band%201%20Die%20zentralen%20Elemente%20des%20Konsumkreditgesetzes/37_insgesamt.pdf), (10. 12. 2010).
- Wiegand, Wolfgang, (Geschäftsverbindung)"Die Geschäftsverbindung im E Banking", Wiegand, Wolfgang (Hrgb), Berner Bankrechtstag, BBT Band 8, E- Banking, Rechtliche Grundlagen, Bern, 2002, s. 93.
- Von Hippel, "Verbraucherschutz", Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1974.
- Zevkliler, Aydın/ Aydoğdu, Murat, "Tüketicinin Korunması Hukuku", Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2004.
- Zevkliler, Aydın, "Türkiye'de Tüketici Sorunlarının Özel Bir Yasa İle Düzenlenmesi", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu", Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Zimmermann, Reinhard", "The New German Law Of Obligations", Oxford University Press, 2005.

# Küresel Çatışma Ekseninde Uluslararası Hukukun Ontolojisi Üzerine Düşünceler

Hakemli Makale

**Erdem İlker MUTLU**

Yrd. Doç.Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı  
Asst. Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law Department of Public International Law

---

## İÇİNDEKİLER

---

Giriş . . . . .	225
I. Uluslararası Hukukun Tarih Kurgusunda Ontolojik Sorunsal ve Kozmopolitanizm. . . . .	226
II. Güç Kullanma Ve Müdahale Etiğine Eleştirel Bakış . . . . .	240
III. Uluslararası Hukukun Yaptırım Gücü, Özneler Ve Kurallar İlişkisi . . . . .	254
Yaklaşım Farkı ve Sonuç . . . . .	259

---

## ÖZET

---

Günümüzde eleştirel hukuk çalışmalarının uluslararası hukuk alanında en fazla tartıştığı nokta uluslararası hukukun ontolojik sorunudur. Daha farklı bir deyimle klasik bir ulusal hukuk paradigmasına benzemeyen uluslararası hukuk paradigması ilkelerle incelenmelidir.

İlk olarak uluslararası hukukun kısa tarih anlatısına bakılıp Kant'ın Kozmopolitizm söylemi ile Grotius ve Schmitt'in uluslararası hukukun sekülerleşmesi üzerine bazı düşünceleri tartışılmalıdır. Tartışmaya Hardt ve Negri'nin küresel yapısal dönüşüm eleştirisinden Carty ve Chimny-Koskenniemi gibi eleştirel okul-marksist okul yazarlarının yaklaşımlarına kadar bir çok yazar katılmalıdır.

İkinci olarak Kozmopolitizm söyleminin parçası olan Avrupa Birliği ve uluslararası insan hakları, ekonomi hukuku gibi alanlarla birlikte uluslararası müdahale, sözleşmeler hukuku yaşayan uluslararası hukuk mantalitesi üzerine önemli ipuçları vermektedir. Nitekim bunlardan ilki bir hukuk sisteminin yaptırım gücü ve kendi varlığını koruma refleksinin göstergesidir. İkincisi ise öznelerin ve normların ilişkisinin anlaşılması açısından çok önemlidir.

Metodolojik olarak hukuk zaten kendi indeterminizmini kendi içinde barındırırken, uluslararası hukuk gibi özneleri ve işleyişi kendine özgü, çerçevesi ve yaptırım gücü tartışılan bir hukuk branşı için kesin ve didaktik bilgiler ya da sonuçlar peşinde koşmak çığırılık olur. Bu nedenle olaylar belki didaktik ve kesin bir dille anlatılmasına rağmen, hukuksal kesinlik yerine, yeri geldikçe kuramlar ve tartışmalar yansıtılmıştır.

**Anahtar sözcükler:** Uluslararası Hukuk, Ontoloji, Ebedi Barış, Kozmopolitizm, Eleştirel Okul, Eleştirel Marksist Okul

---

## ABSTRACT

---

Nowadays, one of the most recent topics under critical legal studies in the area of international law is the ontological problem. In other words, paradigm of international law, which is unlikely to national law paradigms, should be analysed by principles.

First, the brief history narration of international law should be observed while discussing the Kantian Cosmopolitan theory with Grotius and Schmitt's ideas on secularisation of international law. Commentators of the global structural transformation such as Hardt and Negri, and followers of Marxian Critical School such as Carty and Chimney, Koskenniemi should be taken into account.

Second, The European Union as part of Cosmopolitan Project, international human rights law, international law of economy gives prominent clues when attached to the mentality of living international law with law of agreements and intervention. Nevertheless, in terms of mentality, the preliminary is the self-defence of international law against attacks to its coerciveness and presence. The latter is prominent for the understanding of the norms and subjects.

In terms of methodology, as far as the law resides its own indeterminacy as an insider, it is a delusion to seek for exact and didactic knowledge in an area such as international law, which has idiosyncratic subjects and functionality within vague framework and coercion. Although the historical events are narrated more didactic and exact, legal issues have been more theoretical and controversial.

**Key Words:** International Law, Ontology, Cosmopolitan Theory, Perpetual Peace, Critical Legal Studies, Marxian Critical Legal Studies



## Giriş

Var olmakla yok olmak sorunsalı, İngiliz tiyatro yazarı William Shakespeare'in ünlü tiradında altını çizdiği gibi zalim kadere boyun eğmek ile bela denizlerine karşı çıkabilmek arasında bir seçimdir. Eğer bu seçim var olmaktan yana yapılırsa, kesinlikle bela denizleri ile yüzleşmek gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Yok olmak ile ilgili olarak ise yapılacak fazla bir şey yoktur. Nitekim ölmek dahi sadece uyumaktır.

Öykünün kahramanı ve baş karakteri Hamlet bir komploya kurban giden Danimarka Kralı'nın oğludur. Sonunda ortaya çıkan gerçek o kadar acıdır ki komployu yine Kralın en yakını olan kardeşi gerçekleştirmiştir. Tuhaftır ki Hamlet'in ölen babası Kral'ın hayaletinin gelip Hamlet'i ülke üzerindeki komplolara karşı uyarması tam da sınırda düşmana karşı ülke topraklarının korunmaya çalışıldığı yerde gerçekleşmiştir. Olanlara sadece ve sadece ülkeyi bekleyen askerlerden Horatius tanıklık etmiştir. Tüm bu sürece orduların baş komutanı Polonius, onun kızı Ophelia da karışmıştır. Ülke iç karışıklıktan dolayı prestij ve toprak kaybetmiştir. Tabi böyle bir durumda karşımıza şu soru çıkmaktadır: "Hamlet küresel bir kaderin kurbanı mıdır?"

Hamlet üzerine günümüze kadar o kadar çok şey yazılıp çizilmiştir ve o kadar derin anlamlar yüklenmiştir ki Hamlet'in sadece sarayda geçen basit bir piyes düşüncesini aşan okuyucuları açısından bu eser gerçek bir karmaşaya dönüşmüştür. Ne var ki şu ana kadar gördüklerimiz içinde bunun bir küresel kader; uluslararası barış ve güvenlik konusu olabileceği büyük olasılıkla hiç söylenmemiştir. Uluslararası hukukun, değerlerin ontolojik hiyerarşisinde aslında tahmin edildiği gibi en üstte yer alan değer olmadığı düşüncesi günümüzde epey tartışılmaktadır. Chimni'nin Thomson'a atıf yaparak bunun insan yapımı bir araç olduğu, bundan dolayıdır ki gelişim sürecinde aslında ulusötesi sermaye sınıfının çıkarlarını savunan bir güçlü devletler konseptiyle kavgalı özgürlük peşinde koşan alt sınıflar ve üçüncü dünya ulusları arasındaki çatışmanın da parçası olduğu bir süreç olduğu düşüncesi ilgi çekicidir. Gerçekten de özellikle ikincisi için bir "var olmak ya da yok olmak" sorunsalı ontolojik yaklaşımın merkezinde yer almaktadır.<sup>1</sup>

Günümüzde küresel çapta net bir sayı veremediğimiz ikiyüzü aşkın devlet var olma ya da yok olma ikilemi ile karşı karşıyadır.<sup>2</sup> Daha yakından bakılacak olursa, günümüze

1 Chimni, B.S, *Outline of a Marxist Course, international law on the left*, Marks (Ed), Cambridge, 2008

2 Uluslararası hukukun devlet olma üzerine tartışmalarına yabancı olan okurlar için son derece şaşırtıcı gelen bir ifade olabilir. Dünya'da kaç devlet olduğunun bilinip bilinmemesi konusu hangi oluşumların devlet sayılıp sayılmayacağı ile de ilgilidir. Nitekim devlet olmanın unsurlarını gerçekleştirmiş olmasına rağmen devlet gibi hareket etmemesi için ambargo uygulanan, devlet olmadığı yönünde propagandası yapılan, devlet adını kullanamayacak olduğu iddia edilen devletler vardır. Bunların bir kısmı Birleşmiş Milletlere üye dahi kabul edilmiştir. Bunlara örnek verecek olursak adını Yunanistan'ın kabul etmediği Makedonya, BM Güvenlik Konseyi'nin bir tavsiye kararı sonucu Türkiye Cumhuriyeti dışında hiç bir devletin tanımadığı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Türkiye ve başka devletler tarafından Kıbrıs'ın tamamını temsil ettiği kabul edilmeyen Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (Kıbrıs devleti adını kullanmaktadır)Yine, bağımsızlığı bir çok devlet tarafından tanınan ama bir yandan başta Rusya Federasyonu olmak üzere bir çok devlet tarafından da tanınmayan bir Kosova bunlara örnek olarak verilebilir. Ne var ki tanıma doktrininin hukuksal önelliği bir kenara bırakılacak olursa nesnel bir bakış açısıyla halk/toplum/millet, toprak ve egemenlik unsurlarını bir araya getirmiş olması bunun için yeterlidir. Uluslararası Sürekli Hakem Mahkemesi önüne gelen Palmas Adası davası devlet olmanın unsurlarını modern uluslararası hukukta tartışılmasını sağlayan ilk uyumsuzluktur.

değin küresel çapta varlığını sürdürdürebilen, süreklilik arz eden devlet sayısı son bin yıla bakıldığında çok azdır. Bu dönem içinde hiç yıkılmadan ama kendi evrimsel süreci içinde varlığını sürdüren İngiliz imparatorluğu dahil büyük güçler varlığını sürdürebilmiş; bunlar dışında kalanlar ise sadece o güçlerin istekleri doğrultusunda arenada kalmış veya yok olmuşlardır. Doğu'da Çin ve Japon, Ortadoğu- Kafkasya- Doğu Avrupa Ekseninde Osmanlı, Rus ve İran, Orta ve Batı Avrupa'da Fransız, İngiliz, İspanyol, Avusturya-Macaristan ve bunlardan çok daha kısa bir süre Alman imparatorlukları büyük güçleri oluşturmuşlardır.

Sanayi kapitalizminin gelişmesiyle ülkesel genişleme (fetih) düşüncesi yerini hammadde kaynakları olan ülkelerde hammadde sömürgeciliği düşüncesine bırakmıştır. Böylece, insanlık tarihinin belki de en önemli buluşlarının başında gelen buharlı makine ve elektrik gücü de daha fazla kullanılabilir hale gelmiştir. Baş döndürücü bir hıza ulaşan teknoloji geri dönülmez şekilde yeni hammaddelerin keşfedilmesi ve yeni sömürgelerin yaratılması sonucunu doğurmuştur. Bu da küresel güçlerin yükseliş ve ilerlemelerinde önlerinde engel gördükleri diğer küresel güçleri de yok etmeleri, küresel düzeni istedikleri gibi yeniden şekillendirme çabalarını beraberinde getirmiştir. Küresel düzenin yeniden şekillendiği dönemlerin sonunda Büyük İskender önderliğindeki Büyük Makedon İmparatorluğu, Roma İmparatorluğu, Arap Emevi İmparatorluğu, Büyük Çin İmparatorluğu, Osmanlı İmparatorluğu, Avusturya Macaristan İmparatorluğu, Napoleon'un Fransız İmparatorluğu, Büyük Prusya İmparatorluğu bu şekilde yok edilen imparatorluklar içinde yer almaktadır.

## I. Uluslararası Hukukun Tarih Kurgusunda Ontolojik Sorunsal ve Kozmopolitanizm

### A. Sorunsal ve Tarihsel Yaklaşım

Bu çalışmada ontolojik yaklaşım merkezli bir bakış üretilmeye çalışılmasının nedeni disiplinde eleştirel yaklaşımların yayılımına yapılacak muhtemel naçizane bir katkıdır. Nitekim China Mieville'in vermiş olduğu bazı örneklerle bakacak olursak uluslararası hukuk yazını açısından ciddi bir tehlike söz konusudur. Bunların ilki 1967 yılı itibarıyla 80.000 cilt olan uluslararası hukuk yayınının 1990ların sonunda yapılan bir ölçümle yıllık 700 kitap 3000 makaleye yaklaşması sonucu, aslında birbirini tekrar eder derecesinde kısır döngüleri olan, aynı olguları her seferinde yeni olaylarla tartışmaya çalışan bir sıkışmışlıktan söz edilmektedir.<sup>3</sup> Hem bu sıkışıklığı gidermek hem de bu disiplini kökten yeniden düşünerek çalışmak üzerine görüşleri ileri süren çalışmalar arasında Kennedy'nin "**A New Stream of International Legal Scholarship**"<sup>4</sup> adlı eserinde uluslararası kamu hukuku kuramının nesnelcilik ve formalizmin ancak 1950 sonrasında geliştiği savına atıf yapan Purvis'in "**Critical Legal Studies in Public International Law**"<sup>5</sup> başlıklı

3 Mieville, China. The commodity -form theory of International Law, International Law on the Left, Susan Marks(ed.), Cambridge, 2008 s. 92-93

4 Kennedy, D. Wisconsin International Law Journal I, 1988, s. 6

5 Purvis, N. Harvard International Law Journal, 32 (1991), s.81

makalesinde aslında eleştirel bir tarih anlatısına dayanarak uluslararası kamu hukunun kuramı üzerinde çalışıldığı görülmüştür. Yine Carty'nin "**Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law**"<sup>6</sup> tam bir ontolojik sorgulama merkezine oturttuğu pozitif hukuka karşı postmodern bir yaklaşım olarak betimlemesine, Charlesworth'ün "**Subversive Trends in the Jurisprudence of International Law**"<sup>7</sup> ve Cass'ın "**Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law**" uluslararası hukuk kuramı ile eleştirel yaklaşımı benimseyen akademisyenleri birleştirmeye çalışan<sup>8</sup> eserlerinin yanında ülkemizde de son yıllarda uluslararası hukuka eleştirel yaklaşan genç akademisyenlerin dikkat çekici argümanları bulunmaktadır. Bunlardan Tushnet'in "**Critical Legal Studies: A Political History**"<sup>9</sup> adlı eserinde bir hukuk akademisyeninin kısa öykü yazar gibi makale yazmaması gerektiğini veya makalesinin kısa öykü şeklinde olmamasına dikkat ettiğini söyleyerek, hukuk akademisyeni ile astrofizikçinin farklı olması gerekliliğinin altını çizmektedir. Carty, yukarıda sözü edilen çalışmasında bunu daha açık bir şekilde dile getirerek pozitif uluslararası hukuku sanki tüm dünyada sağlanmış bir konsensüs ürünüymüş gibi yansıtmak yerine uzlaşmazlıklar ve çeşitliliği(heterojenite) anlatan, olmayan konsensüs yerine çatışmaları bir arada ve karşıt olarak değerlendiren bir yaklaşımı ön plana çıkarmaktadır.<sup>10</sup>Gerçekten, evrensel bir özgürlük ortamı varmış gibi davranıldığı zaman kesinlikle çokseslilik söz konusu olamamaktadır. Son olarak ülkemizde Denk'in "**Güle Güle Uluslararası Hukuk: Cehenneme Kadar Yolun Var**"<sup>11</sup> ve Güneysu'nun "**On the Apolitical Character of International Law**"<sup>12</sup> adlı makalelerinde eleştirel yaklaşımın ülkemiz ulusal yazınındaki yaklaşımını, yine Özdemir'in "**Güç, Buyruk ve Düzen**" kitabında tüm bu eleştirel yaklaşımları bile yaklaşım açısından sınıflandıran Marksist yaklaşımı gözlemleyebiliriz. Denk çalışmasında Schwarzenberger'in "**The Standard of Civilisation in International Law**" adlı çalışmasına atıf yaparak, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. Maddesinde atıf yapılan medeni milletler ifadesindeki medeniyet ölçüsünün aslında seküler uluslararası hukuk gelişimine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.<sup>13</sup> Gerçekten de bir devletin uluslararası yükümlülüklerini yerine getiriyor olması ile vatandaşı olmayanların haklarını gözetmesi gibi nesnel parametrelerle yetinmeyip "Avrupa Hristiyan Devletlere Ait Değerler"e

6 Carty, A. European Journal of International Law, 1991, s. 66

7 Charlesworth, H. American Society for International Law Proceedings, 1992, s.125

8 Cass, D. Nordic Journal of International Law, 1996, s.341

9 Tushnet, Mark. Yale Law Journal, Vol:100, (1990-1991), s 1515.

10 Carty, A.g.e.

11 Denk, Erdem. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi (GETA), Birikim, No:74/ Temmuz 2004. Bu yayına Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları resmi internet sitesinden ulaşılabilir. Bkz. <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/tartisma/2004/erdem-denk.pdf>, Erişim tarihi 22.11.2015

12 Güneysu, Gökhan. Ankara Barosu Dergisi 2013/2, s.37-47

13 Bu yaklaşıma karşın modern tarih kuramıyla ve seküler bir bakışla uluslararası hukukun bütünü bir res communium olarak değerlendiren Cumhuriyet döneminin ilk uluslararası hukuk akademisyenlerinden ve ünlü Bozkurt-Lotus davasının kahramanı M.Esat Bozkurt'un bu konudaki düşünceleri için bkz. Bozkurt, M.Esad, Devletler Arası Hak, "Hukuku Düvel", Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara,1940

sürekli atıf yapılması ve Anglo-Sakson bakış açısının tamamlayıcı gerekliliğini ileri sürmesini eklemiştir.<sup>14</sup> Eleştirel yaklaşımın bu sorgulayan yüzüne Güneysu eleştirinin ve kuramın gerekliliğini anlatan çalışması ile katkıda bulunup özellikle kuramın arkeolojisini sevimsiz bulan akademik bir yaklaşım olduğunun da altını çizmeyi gerekli görmüştür.<sup>15</sup>

Bu çalışmanın niyetlendiği ontolojik incelemeye böylesine eleştirel ve aydınlatıcı çalışmaların verdiği ilham, yöntembilimsel olarak Bertrand Russel'in sözünü ettiği gibi Sokratik bir ahlakçılık değil, Schlink'in sözünü ettiği gibi pozitivizm'in engizisyon haline gelmesine karşı bilginin arkeolojisine gitmektir. Bu çalışmada çokça sözü edilecek olan Habermas'ın Realist bakışı Kant'ın idealizmiyle tartışarak ortaya koyduğu sosyal-ontolojik yaklaşımı, Kant eleştirisi haline getirmesinden yola çıkarak günümüz çağdaş uluslararası hukukunda sosyal-ontolojik bir eleştirel bakışı yeniden tartışabilme olasılığını doğurmaktadır.<sup>16</sup> Bu muhtemel tartışmada önemli bir paradigma yaratan Schmitt, söz konusu realist bakışın temsilcisi olarak, günümüz modern devlet anlayışının kurucu kavramlarının aslında eski rejimde mevcut teolojik kavramların sekülerleşmesi ile elde edildiğini ileri süren<sup>17</sup> *Preglobal Devletler Hukuku* kavramını geliştirmiştir. Ancak, buna rağmen modern süreçte gerçek anlamda bir özün yakalanamayışı devletler arasında savaş ve barış durumu ile ticaretin işleyişini düzenlemeye çalışan bu hukukun bütünlükle küresel bir imge sunamamasından kaynaklıdır.<sup>18</sup>

Özün kazuistik eşleşmeye uymayışı tarih kurgusunun da sorgulanmasına yol açabilecektir. Tarih kurgusundaki nesnel meşruiyet kaygısı her zaman sosyal-ontolojik yaklaşımla yakın ilişkili kabul edilmelidir. Ne var ki tarihin derinliklerine gidildiğinde antik dönemden ve eski rejimden kalma güç mücadelelerinin ve çatışmaların kendi meşruiyet zeminlerine rastlanmaktadır. Spartalıların gözlerini karartarak Atina'ya saldırmaları hem var olmakla yok olmak arasındaki ince çizgiyi hem de günümüz hukukuna yakın bir sosyal-ontolojik kutsanmayı birlikte getirmiştir. Buradan yola çıkarak bir ajanda oluşturulursa İskender'den Cengiz Han'a büyük istilaların da hep öznel meşruiyetleri söz konusu olabilecektir. Ne var ki tüm bunlara rağmen bu meşruiyet çerçevesi günümüzde var olan meşru savunma veya barışın korunması düşüncesi ile bire bir örtüşen, tam olarak geçerli kabul edilebilecek olan nedenler değildir. Spartalıların Atina'ya saldırısını bugün nasıl BM Şartı'nın 51. Maddesinde sözü edilen doğal bir hakkın kullanımı ile yakından ilişkilendirilebilir ise, döneminde de uluslararası toplum tarafından meşruiyet sorgulamasına sokulmamış, tersine ortak adalet duygusu çerçevesinde değerlendirilmiştir. Thomson tarafından "insan yapımı araç" olarak betimlenen uluslararası hukukun doğal hukuk bağlantısı burada kesilmiş, Kelsenci pozitivist yaklaşım ile Marksist yaklaşım

14 Denk, A.g.e., s. 2

15 Güneysu, A.g.e., s. 38-39

16 Habermas, Bölünmüş Batı, Yapı Kredi Yayınları, 2011 s.109

17 Schmitt, Carl. Siyasal İlahiyat, Egemenlik Kavramı Üzerine Dört Bölüm, 2002, Dost

18 Kardeş, Ertan. *Schmitt'le birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İletişim, 2015, s.178-179

hakkın öznelerini özgür devletler tarafından yapılan özgür sözleşmelerde aramıştır.<sup>19</sup> Bu nedenledir ki bu sözleşmeleri ilkeler ve geleneğin öncülleri olarak algılayan pozitif hukuk sonradan kataloglaşan bir temel hak ve özgürlük- *ius cogens* grubunun dışında doğal hukuk yaklaşımına çok da yer vermemektedir.

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 51. Maddesinde ifade edilen, yukarıda altı çizilen "doğal hak" kavramı *Caroline*'in yakılmasında "mevcut ve kaçınılmaz bir gereklilik" olarak en azından bir betimleme bulmuş, ama Daniel Webster'in dediği gibi mevcut meşruiyet zemini ile ilgili ontolojik bir sorunsal dile getirilmiştir: Uluslararası hukukta yirminci yüzyıl öncesi dönem, önleyici saldırı gibi bir konuyu sadece felsefecilerin sorguladığı bir dönemdir.<sup>20</sup> Bir diğer ifade ile bu sorgulamaya girilmeksizin somut sözleşme uygulamasından yola çıkan 1945 sonrası modern dönemin uluslararası hukukunun tasarımının aslında küreselleşme ekseninde bir uluslararası emperyal sistemin meşruiyet aracı olduğu savını ortaya çıkarmaktadır.<sup>21</sup>

Habermas, modern anlamda *Avrupa Devletler Sistemi*'nin oluştuğu dönemde felsefecilerin önemli bir rol üstlendiğinden söz ederek Fransisco Suarez, Hugo Grotius ve Samuel Pufendorf'a atıf yapmıştır.<sup>22</sup> Günümüz Birleşmiş Milletler Hukuku dahil, modern uluslararası hukukun yapısal-düşünsel kökleri Kant (ebedi barış düşüncesi) ile böyle bir dönemde ortaya çıkmıştır. Buna göre de 1945 öncesi ve sonrası dönem içinde özellikle 1945 öncesi dönem Avrupa Devletler Sistemi ile başlamıştır. 1945 sonrası ise soğuk savaşın bitimi ile başlayan tek kutuplu dünya dönemine kadar devam etmektedir. Alternatif bir tarih anlayışı hem Marksist hem de Eleştirel Marksist uluslararası hukuk çalışmalarından gelmiştir. 1600-1760 dönemini büyük coğrafi keşiflerin yapıldığı, denizciliğin geliştiği eski sömürgecilik, 1760-1875 dönemini ise buharlı makineler ile sanayi kapitalizminin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni sömürgecilik, 1845-1945 dönemini sömürge rakiplerinin iki dünya savaşı ile ortadan kaldırılıp siyasal düzenin sağlandığı emperyalizm, 1945-1980 emperyalizm (neo-sömürgeci), 1980den günümüze kadar ilerleyen sürecin ise Emperyalizm (küreselci) olarak değerlendirildiği gözlemlenebilecektir.<sup>23</sup>

19 Burada Bozkurt'un "devletler arası hak" kavramına değinmeden geçmek haksızlık olur. Cemil Bilsel ve Bonfils çevirisinden Bustamante'nin *Droit International* yaklaşımına atıf yaparak aslında var olanın uluslararası siyasada bir hak arayışı olduğu yaklaşımındaki Bozkurt'un söylemi için bkz. Bozkurt, A.g.e., s.20-22

20 Webster'in Ashburton'a yolladığı mektup için bkz. Avalon Project, Yale University Official Website, [http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp#web1](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web1) Erişim tarihi: 23.11.2015

21 Chimni, A.g.e., s. 63

22 Habermas, Jürgen. Uluslararası Hukukun Anayasalaştırılması için bir şans var mı?, Bölünmüş Batı, Çev: Dilman Muradoğlu, YKY, 2007. S.108 (Maalesef burada bir çeviri sorunsalından söz etmekte yarar vardır. Habermas'ın kast ettiği orijinal dilden uluslararası hukukun anayasalaştırılması ile "uluslararası hukukun anayasallaştırılması" birbirine karıştırılan kavramlardır. Bu ikisi arasında çok bariz bir fark vardır. Birincisinin anlamı uluslararası hukukun, uluslar için bir anayasa haline gelmesi ki bu aslında tek dünya devleti projesi ile ilişkilendirilecek olursa felsefi bir kavramdır. Ne var ki bu projeye atıf yapıyor ve kozmopolitanizm görüşleri üretiyorsa Habermas'ın kast ettiği anayasallaşmadır. Nitekim bu da uluslararası hukukun bir anayasasının olması gerekliliği üzerine bir tartışmadır. Günümüz uluslararası hukuk yazınının en fazla tartıştığı konulardan biridir.)

23 Chimni, s.60, bkz. 24 no'lu dipnot

## B. Avrupa Devletler Sistemi'nden Kant'a Tarihsel Bir Meşruiyet Zemini

17. Yüzyılda kurulmaya çalışılan bir devletler düzeni, haritaların günümüzde dahi değişebildiği bir uluslararası alanda kalıcı barış için iyiniyetli bir çaba olarak ortaya çıkmıştır. Grotius, dönemi yazarken ilk kez seküler bir bakış açısıyla bu düzenden ilham almıştır. Yine bu oluşumdan hemen sonraki yüzyılda ortaya çıkan ebedi barış kuramı dönemin bakışında önemli bir heyecan yaratmıştır. Kant'ın bakışına belki de en net karşı çıkış zaman bakımından kesişen dönemde ekonomi-politik perspektiften Marxist *Faustrecht*, sonraki asırda da Schmitt ile ortaya çıkmıştır.

Kant, idealist yaklaşımında uluslararası ilişkilere eleştirel bir yaklaşımda bulunmuştur. Ulusal hukukun *intra legem* (yasal sınırlar içinde kalma) ve *secundum legem* (yürütmenin kural koyma) yetkisinin ikincil olması) özelliklerinin uluslararası hukukta var olmadığı varsayımında bulunan bu yaklaşım, uluslararası hukukun kurallarına uymayanların yaptırıma uğramayacağını ileri sürmektedir.<sup>24</sup> Buna karşıt olarak ortaya çıkan yaklaşımların bir çoğu ise yapısalcı güvenlik kökenli yaklaşımlardır. Özellikle yirminci yüzyıl başlarında yine bir Alman yazar Carl Schmitt'in Kantçı gelenek ile yaşamış olduğu kavga ve getirmiş olduğu eleştiri belki de günümüzde mevcut model eleştirilerine büyük katkısı olmuştur. Diğer yandan Marx'ı yarım asır sonra kendi yorumu ile hayata geçiren Lenin, 1945 sonrası hukuk üzerinde büyük etkisi olacak olan Sovyet Rejiminin temellerini oluşturmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nda Almanları durdurmayı başarmış Stalin'in takip eden yapılanma sürecinde Kuzey Atlantik/Batı Bloku'na karşı kararlı duruşu 1990lara kadar iki kutuplu bir dengenin oluşmasında önemli katkıda bulunmuştur.

1990 ise belki de son önemli safhadır. Hukukun, barış ve uluslararası güvenliğin sağlanması için bir araç olmasına karşı, bunun demokrasi ve insan hakları için de söylenip söylenemeyeceği tartışmalıdır<sup>25</sup> Nitekim, daha önceki örneklerle karşılaştıracak olursak uluslararası yaptırım kavramının en neolitik şekli bu dönemde ortaya çıkmıştır. Bu dönemde yine Alman Felsefeci Habermas karşımıza çıkmaktadır. Kant'ın kozmopolitizmine atıf yaparak uluslararası hukukun meşruiyet zemini üzerine yeni tartışmalar getirmiştir.

## C. 1945 Öncesi: Ebedi Barıştan Faustrecht'e

Pasukanis, "*ticaretin kökeninde silahlı soygunu dışlamaması gibi, hukuksal ilişki de doğası gereği bir barışı önceden varsaymaz, fakat tersine onunla at başı gider*" demiştir.<sup>26</sup> Uluslararası hukukun öyküsünde de böyle bir barış veya çatışma ilişkisi bulunmaktadır. Genel hukuk kuramından farklı olarak öznelerin devletler olduğu bir hukuk ortamında barışı sağlamak amaçlı kurulacak egemenlik ilişkisi sonucunda ortaya çıkan yeni üretimin niteliği önem kazanmaktadır. Bu durum söylemi egemen devletlerin soyut varlıklarında, yöneten iradelerin gücüyle emanetçisi gibi davrandığı yalıtılmış ve belirli bir gruba veya belirsiz bir güce özgülünmüş bazı çıkarların uluslararası alanda temsil edildiği

24 Habermas, Bölünmüş Batı, s.113

25 Habermas, age., s. 110

26 Pasukanis, Evgeny, B. *Genel Hukuk Kuramı ve Marksizm* (1926), Birikim, 2002 s.137

ilişkilere götürmektedir. Bu ilişkiler, ulusların bir *ius mercatorum-ius fori* ikileminde yeniden üretilecek yeni bir *ius gentium* mudur, yoksa *Faustrecht* (güçlünün hukuku)<sup>27</sup> midir? Böyle bir ilişkinin sonucunda ortaya çıkacak düzen ise acaba kozmopolitanizmin öngördüğü bir “sonsuz barış” projesi midir, yoksa Foucault’nun biyo-iktidarının uluslararası boyutta Hardt&Negri tarafından tanımlanmış bir imparatorluğun araçsallaştırdığı “ulusların sefaleti”<sup>28</sup> midir?

İşte, ontolojik sorunsalın dile getirildiği temanın netleşmesi için köklerini Fransız burjuva devriminin ortaya çıkardığı ulusal egemenlik anlayışının ortadan kaldırılmasıyla ebedi barışın hakim olduğu bir kozmopolitan adalet yapısının kurulabileceği hipotezinden başlamak yerinde olacaktır. Bu temadan üretilebilecek sorunsal zaten kendi içinde sosyo-hukuksal ve mantıksal ikilemlerinin küresel liberal etik ve kozmopolitan adalet karşıtlığı çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Hareket noktamız, var olan söylemi dıştan irdeleyerek<sup>29</sup> uluslararası hukukta klasik dönemden başlayıp, eleştirel yaklaşımın izinden giderek Pasukanis’in genel hukuk kuramından Schmitt’e kadar tüm eleştirenlerin atfı yaptığı “sonsuz barış eleştirisi”nde kurgulanmış tanımla yüzleşmektir. Tabii burada Schmitt’in yeni *Topos* anlayışı ile *Hükümdar*’a yaptığı göndermeye ve Westfalyen devlet anlayışına karşı seküler metafora eleştirisine değinmekte yarar bulunmaktadır. Özellikle *Westfalyen Devlet Düzeni* sonrasında yeni *Toposun* dengeli bir yönetim gerektirdiği üzerinde durmuş, bunun da *Hristiyan Devletler Hukuku* anlayışının sonunu getirdiğini ileri sürmüştür.

Pasukanis, Barış durumunu mübadelenin düzenli hale gelmesinin bir sonucu olarak gördüğü genel hukuk kuramından yola çıkarak uluslararası hukuku, “*Küre’nin kendileri dışında kalan bölgelerinde egemenlik kurmak isteyen kapitalist devletlerin hukuksal çatışması sonucu oluşan kurallar*” çerçevesine hapsedmiştir. Bunun nedeni marksist tarih kurgusunun devletler hukuku tarihiyle örtüşmesidir.<sup>30</sup> Bundan yola çıkan China Mieville, Pasukanis’e atfı yaparak *Between Equal Rights* adlı kitabında orijinal adı *commodity form theory* olan emtia formu kuramını geliştirmiştir. Hakkın öznesi olmayı mülkiyet sahibi olmayla ve hukuk ilişkisini de mülkiyetin trampası ile eşdeğer tutan Pasukanis klasik kapitalist hukuk anlayışından farklıdır. Bu durum uluslararası hukuk için de geçerlidir. Nitekim “egemen devletler birlikte vardılar ve karşılıklı konumlandırılmışlardır. Durumları tıpkı ulusal hukuklarda yer alan özel mülkiyet sahibi kişilerin birbirlerine karşı olan durumları gibidir”.<sup>31</sup> Mieville, sonunda hem *Kapital*’e hem de Pasukanis’in yukarıda belirtilen metnine atfı yaparak bir zorlayıcı gücün olmadığı trampa ilişkisinin olanaksızlığına değinmekte,<sup>32</sup> uluslararası hukukta devletler arasındaki ilişkilerin de aynı şekilde

27 Marx, Karl. *Grundrisse* ile ilgili olarak Hardt&Negri, İmparatorluk, Ayrıntı, 2013 s. 237’den naklen

28 Burada Marks’ın Felsefe’nin Sefaletine, İbn-i Haldun’un Tehafet’ül Felasefiyye adlı metin ötesi çalışmalara atfı olduğu düşünülebilir. Her ne kadar İbn-i Haldun’un Aristocu yaklaşımı genel olarak Özdemir’in Althusserci çizgisine pek uymasa da. Bkz. Özdemir, Ali Murat. *Ulusların Sefaleti*, İmge, 2001

29 Özdemir, *Emperyalizmin Hayaletleri*, s.16

30 Ertan, Kardeş. A.g.e.

31 İngilizce metninden çeviri bu çalışmanın yazarına aittir.

32 Mieville, A.g.e.

bir güç kullanımı ile birleşmesinden söz etmektedir ki aslında bu Marks'ın uluslararası ilişkileri yorumlayan *Faustrecht* (güçlünün hukuku) anlayışına uygundur.

Nitekim Chimni tarafından belirlenmiş olan uluslararası hukukun dört ana parçası içinde bulunan uluslararası hukukun tarihini gelişimci çerçevede nakleden ve çağdaş uluslararası hukuk gelişim süreci içinde anlayan bir bakış, *Marksizmin* uluslararası hukuk öğretisi içinde yer almaktadır.<sup>33</sup>

Köşeli olmayan, sınırları belirsiz bir *kozmpolitan söylemin*<sup>34</sup> eleştirisi ile başlayan ve dünya toplumlarının sınıf ilişkilerinin merkeze oturtulduğu tarih anlatısına eklenen ekonomi politik eleştirisi ile *Klasik Marksist Yazın* özgün bir uluslararası hukuk yaklaşımı söylemi oluşturmamıştır. Bu nedenle, *Klasik Marksist Yazını*'nın 1840 lardan başlayarak, Hegel ve Feuerbach'tan sonra diyalektik materyalist tarih doktrininin oluşturulması, Louis Bonaparte darbesi ve 1848 Haziran ayaklanmalarıyla, bürokrasiyi, devlet kuramını, *Grundrisse* ve *Kapital*'in oluşturulması ile sınıf mücadeleleri üzerine kurmaya çalışması neredeyse Lenin'e kadar ulusötesi ilişkilerin değerlendirildiği bir yaklaşımı geciktirmiştir.<sup>35</sup>

Soğuk Savaş Dönemi'yle ilgili ortaya çıkmış bazı analizlerde, gerçekten, Sovyet-Çin vetosunun yarattığı felç dönemi 2000'li yıllarda birden değişen siyasal havayla sona ermiş Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, uluslararası güvenlik sorunsalı başlığı altında yarattığı söylemde meşruiyetin gücüne dayandığını ileri süren *kozmpolitanizm* söyleminin bile ötesine geçmiştir. Tarihte, bakıldığında, sınıfsal egemenliğin, etkin sınıfların kurdukları uluslararası kolektif süreçler sonucu oluşan uluslararası hukuksal ilişkiler bazı dönemlerde bu sınıfların otokontrolü için bile yetersiz kalmaktadır. İşte böyle durumlarda bu hukuksal ilişkiler/yapılar ya hızlı bir biçimde yeniden düzenlenmiş veya böyle bir düzenleme yapılmaksızın göz ardı edilmişlerdir. Bundan dolayıdır ki günümüzde yaygın olarak *Marksist Retorik* için uluslararası hukukun güncel sorunlarını tartışmak için yetersiz ve güncelliğini kaybetmiş olduğunu ileri sürülmüştür. Buna rağmen yeni dönem eleştirel hukukçuları aynı görüşte değildirlir.<sup>36</sup>

Nitekim, Mark Neocleaus bir çalışmasında Carty'ye<sup>37</sup> atıf yaparak uluslararası hukukun temel eksikliklerinden biri olarak kavramsal gelişme çerçevesinde sömürgeleştirme döneminde devletlere sistematik bir yükümlülüğün yüklenmemiş olmasını göstermiştir. Bu konunun hiç işlenmemiş olduğunu ileri süren Neocleaus makalesinde hem Marksist doktrin üzerinde yazan Marks, Chimni, Koskenniemi gibi yazarlara atıf yapar hem de

33 Chimni, A.g.e.

34 Özdemir, Güç, Buyruk ve Düzen, s. 58. vd

35 Bu boşluk, Lenin'in hukukçu olarak yazabileceklerini bir kenara bırakıp daha fazla ideolojiye yönelmesi ve Stalin'in ağır sanayi gücüyle savaşta *Faustrecht* uygulaması aslında klasik dönem için bunu değiştiren nedenlerdendir.

36 Ayrıntılı bilgi için bkz. Marx, Susan. (ed). *International Law on the Left, Re-Examining Marxist Legacies*. Cambridge. 2008, s. 16 İkinci ve Üçüncü Enternasyonalde var olan Ortodoks Marksizm için bu düşünüşün doğru olabileceğini ileri süren yazar(lar), günümüzde bütün olarak değerlendirilebilecek bir Marksist retorik için aynı görüşte değildirlir.

37 Carty, Anthony. *Was Ireland Conquered?*, Pluto Press, 1996



Suarez, Di Vitoria dönemine kadar geriye gidip bu konunun işlenip işlenmediğine dikkat çekmektedir. Son olarak makalesinde Marks'ın Kapital'inde son bölüm sonuç paragrafa gelerek *Modern Sömürgecilik Kuramı*'na geçiş yapmıştır. Burada Marks'ın bir sırrı ifşa ettiği hissine kapılan Neocleaus kapitalist gelişimin fetişleri üzerine değerlendirmeler yapmaktadır: Terörizmle desteklenen bu gelişimin bir işçi sınıfının gereksinimlerini ortaya çıkarması kaçınılmazdır ve bu da *Marksist doktrin* açısından sömürgeciliği merkeze oturtmaktadır.

Chimni ise Marksist retorik çerçevesinde uluslararası hukuku dört ana kısımda incelemektedir. Bunlardan ilki uluslararası hukukun epistemolojik ve yöntembilimsel öğretileridir. İkincisi uluslararası hukukun tarihinin gelişimsel aktarımı ve çağdaş uluslararası hukuk sorunsallarının gelişimsel yorumlanmasıdır. Üçüncüsü uluslararası hukuku güç kullanma alanı olarak değil ama herkes tarafından bilinebilir nesnel kuralların alanı olarak almaktadır. Son olarak ise uluslararası hukukun ortak doğrularını gerçekleştirmek için eldeki araçların sınırlılığı söz konusu edilmektedir.<sup>38</sup> Bu süreçte temel amaç tahakküm altına alınmış sınıfların güçlendirilmesi için yöntem, araç ve anlayışın geliştirilmesidir. Bu bakış açısı *Marksist uluslararası hukuk akademisine* aittir.

Chimni'nin temel yaklaşımı aslında uluslararası hukukun burjuva demokratik uluslararası hukuktan burjuva emperyalist uluslararası hukuk anlayışına evrimi tezinden hareket etmektedir.<sup>39</sup> Bu yaklaşım, uluslararası hukukun tümel bir nesnellığe kavuşmadan araçsallaşmasının Marksist bakışla anlatılmasıdır.

Bunun gibi Neocleus da burjuva demokratik hukuku temeline ineksizin bir evrimsel süreç tespitini ekonomi-politik ile mevcut uluslararası hukuk paradigması arasında bir kapı aralamak istemektedir. Buna göre küresel yapılanmanın asıl hedefi olan sermaye birikimi ile sömürgeleştirme süreci arasındaki ilişkinin uluslararası hukukta varlığı üzerine bir tez ileri sürerken bunun gölgesinde Kapital'in uluslararası hukukta hiç değinilmeyen bir noktayı aydınlatmış olduğunu da ifade etmektedir. Neocleus'un bu Sokratik yaklaşımı aslında epistemolojik bağlantıya sahip olmadığı gibi klasik Marksist söylemin kendini yeniden üretmeme mantığına da aykırıdır.

#### **D. Uluslararası Hukukun Küresel Şiddet ve Kapitalizm Praksisi**

Kant, devletlerin uluslararası alanda şiddet gösterme eğilimini meşru kılanın egemen eşitlik kuramı olduğunda ısrarcıdır.<sup>40</sup> Bu durumu da uluslararası hukukta devletlerin özne olarak yapmış oldukları antlaşmaların yumuşak karakteri ile ilişkilendiren Kant, daha çok pozitif hukukun eksik ve hatalı uygulamalarının buna neden olan o hukukun öznesi devletlerden değil, hukukun üzerine inşa edildiği değerlerden doğduğunu ileri sürmektedir. Bu son derece dikkat çekici bir yaklaşımdır. Nitekim, tersine, egemen eşitlik varsayımı zaten saldırı kavramını dışlamaktadır. Gerçek anlamda bir eşitlikten söz edilmesi için o eşitliğin uygulanmasının her anlamda her türlü şiddetten uzak olması

38 Chimni, a.g.e.

39 Chimni, a.g.e., s.60

40 Habermas, A.g.e., s.113

gerekmektedir. Egemen eşitlik aslında kökeni *Avrupa Devletler Sisteminde* ortaya çıkmış olan bir değerdir. Aynı sistem güç kullanma yasağını da beraberinde getirmiş, güç kullanmaya maruz kalan devleti birlikte ortak savunma düşüncesini de geliştirmiştir. *Ius ad bellumun* gerçek anlamı budur.

Habermas, Kant'ın, *ius ad bellum* dediğimiz "devletin savaş ilan etme hakkı"nı sorguladığını ve saldırgan savaşı onaylamadığını ileri sürmektedir.<sup>41</sup> Klasik devletler hukukunun temel yapısının böylesine günümüz söyleminde var olmayan bir haktan mütevellit olduğu iddiası oldukça tartışmalıdır. Nitekim *ius ad bellum* gerçek anlamda bir *ius cogens* ihlalini değil, ihlalin sonrasının ve de savaşın öncesinin hukukunu anlatır. Bunun dışında saldırgan savaş zaten günümüzde asla kabul edilemeyecek bir durumdur. Meşru savunma (hakkı) dahi *rationae temporis* sınırlamaya tabidir. Demek ki burada Habermas'ın kast ettiği günümüzdeki saldırgan savaş durumundan ziyade Kant'ın döneminde var olan saldırgan savaş durumudur. Nitekim o dönemde saldırı savaşının bir *ius cogens* ihlali sayılmadığı ortadadır. Kant bu nedenle bütün kuramını ebedi barış düşüncesi üzerine kurmaktadır. Zira idealist bir yaklaşımla saldırgan devletin gücünün engellenmesi ancak ve ancak ebedi barışın küresel bir proje olmasıyla olanak dahilindedir.

Kant'ın projesindeki eksiklikler ilk olarak toplumsal gerçekçiliğin tarih anlatısında ortaya çıkmaktadır. Nitekim, sosyal, siyasal ve ekonomik gerekler değerlendirilmemiştir. Nitekim, sözleşme özgürlüğünü negatif olsa da ekonomi politiğin bakış açısıyla ortak bir düzleme koymak olasıdır. Burada ekonomi politiğin bakış açısından uluslararası hukuku, "*uluslararası alanda, devlet ve diğer yapısal biçimler arasındaki istikrarlı ilişkiler, egemenlik ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri*" olarak tanımlamak mümkündür.<sup>42</sup> Metalaşma eleştirisi ekseninden bakıldığı zaman ulusların bu egemenlik ve sözleşmeye dayanan ilkeleri, kendine özgü sermaye yönetimi ve metalaşmış kapitalist üretim ile ulusların tarihsel ve bütüncül bir uzamda devamlılık arz etmesi meşruiyetiyle güvence altına alınmıştır. Şiddet ise işte bu devamlılığın sağlanması için uluslararası sermayenin hammadde ihtiyacı veya küresel egemenliğin güncellenmesi amaçlı yapacağı müdahalelerin uluslar üzerinde oluşturduğu araçtır. Hardt ve Negri'nin müdahale ile Birleşmiş Milletler arasında kurmuş olduğu korelasyon işte buradaki imparatorluk-uluslararası hukuk ilişkisini göstermektedir. Nitekim böyle bir egemenin varlığı Schmitt'e göre belirli bir dönemde mutlak olarak olağanüstü yönetimi uygulaması ile ortaya çıkacaktır.<sup>43</sup> İşte Hardt ve Negri'nin söz konusu imparatorluğun yönetimini eleştiren metninde "acil durum müdahalesi" diye tanımladığı belki bu "olağanüstü hal"i yaratan süreçtir.

Egemen'in şiddet aracı olarak devleti kullandığı ve şiddetin kökeninin bu nedenle devlette yattığı düşüncesi<sup>44</sup>, her ne kadar günümüz düşünürlerinde pek yaygın olarak ifade edilse de 19-20. Yüzyıl başlarında bu düşünce Sosyalist ve Anarşist yazarlara özgüdür.

41 Habermas, A.g.e, s.111

42 Özdemir, A.g.e, s.79

43 Schmitt, A.g.e. s. 58 vd.

44 Çağcıl dönemde bu bağlamda belkide en fazla atıf yapılan Hannah Arendt olmalıdır. Bkz. Şiddet Üzerine, İletişim Yayınları, Çev: Bülent Peker, 2012

Eğer şiddet için de Foucault'nun deyimiyle arkaik bulgular için kazı çalışması<sup>45</sup> yapılırsa tarihte dönüm noktası diyebileceğimiz bazı olgular, dünya toplumlarının ekonomi, siyaset ve hukuk alanında geleceğine yön verdiğini gözlemlenebilir. Rönesans (yeniden doğuş) ile aydınlanma nasıl sanatsal, varoluşsal, etik ve estetik bir köklü değişime yol açmış idiyse, Fransız Devrimi de sosyal ilişkiler, ekonomi, sınıf ilişkileri yönünden de böyle bir devinime yol açmıştır. Bu konuyla ilgili bilinenler genelde bilinmeyenlerden epey fazladır. Ne var ki Fransız Devrimi'ni günümüzde uluslararası kamu hukuku açısından tamamen hatalı olarak bir "*ulus devlet devrimi*" olarak tanımlayan söylem üzerinden hareket edince her şey gerektiğinden basit bir şekilde açıklanabilmektedir.

Grotius'tan sonra ortaya çıkan Napolyon savaşları ardından toplanan Viyana Kongresi ve devamında aralarında uluslararası sulara eşit erişim, diplomatik ilişkileri kurallar ve sürekli tarafsızlık iki yüzyıldır olgunlaşmakta olan pek çok uluslararası kuralların uygulamasının yazılı hale getirildiği gelişmiş bir sistem ortaya çıkmıştır. Ancak bu sistemi belirleyen ilkeler yalnızca kapitalist dünya ekonomisinin merkezi halindeki Avrupa devletlerini kapsamakta, Avrupalı olmayan toplumlar, manda kapitülasyon ve eşitsiz anlaşmalar sisteminin yarattığı bir cendere içerisinde, uluslararası hukukun nesnesi haline getirilmekteydiler. Sömürgeci devletlerle sömürge toprakları arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde- Fransız Ulusal Meclisi'nin 1761 tarihli Burbon Sarayı'nın aile antlaşması karşısındaki tavrı ile somutladığımız- cumhuriyetçi meşruiyet anlayışı bütünü ile geri plana itilmiş, savaş ve diğer baskı biçimleri sömüren devletin egemenlik hakkının bir uzantısı haline getirilmiş, doğal hukuk argümanlarıyla hayata başlayan kapitalist uluslararası hukuk kuramı 19. Yüzyıl içerisinde sömürme hakkının ve sınıf tahakkümünün pozitivist denklemi ile tamamlanmıştı. Buna göre hak, egemenin hukuku tarafından korunan menfaattir. Sömürgeci dönem boyunca Avrupa ekseninde gelişmiş olan uluslararası hukuk, emperyalist dönemde Avrupa için uluslararası hukuka dönüştü. "Medeni" olan- olmayan ayrımı aynı dönem ırkçı ideolojileriyle birleşti. Uluslararası hukukta Avrupalı ve Hristiyan olmayan hak sükülerinin tanınması zorunluğunda uluslararası hukukun diline seküler ve dünyanın tümüne şamil kavramlar enjekte etti.<sup>46</sup>

Ancak devrimden sonra devam eden süreçte alt ve üst yapıların nasıl oluştuğunu anlamadan Fransız Devrimi üzerine konuşmak hata etmektir. Burada iki basit örnek verecek olursak: Haziran 1848 ayaklanması, Louis Bonaparte darbesi, Paris Komünü, 1905 Devrimi ve 1917 Devrimi birbirinden bağımsız veya birbirine bağlı ama düşünsel olarak birbirinin devamı olaylardır ve devrim olgusunun alt yapısında Fransız devrimi sonucu yaratılan Burjuva sınıfı egemenliğinin toplumun bütün kesimlerini kapsamaması alt yapıda büyük bir sosyal huzursuzluk ile işçi sınıfının kandırıldığı duygusuyla kendi devrimine yönelme sürecini başlatmıştır. Sosyal alt yapıyı bu tarihsel süreçte doğru bir şekilde irdelediğimizde aslında 1917 Devrimi'nin kökünün Şubat ve Haziran 1848 ayaklanmalarında olduğunu görürüz.

45 Burgelin, Pierre. *Foucault, Bilgi'nin arkeolojisi, Bilgi ve İktidar, biyoiktidar* (Çev:Veli Urhan), Say yayınları, 2010

46 Chimni, A.g.e. s.223

Aynı şekilde üst yapı açısından bakacak olursak, Fransız Devrimi'nin bekçilerinden Robespierre'in uygulamaları, Dreyfus davası ile markalaşmış bir katolik tektipleştirme<sup>47</sup>, idare birey uyumsuzluklarında tamamen idareyi kayırmaya yönelik sivil yargıdan ayrı bir yargı kolu oluşturulması devrimin üst yapısında oluşan sorunları da tespit edebiliriz. Diğer bir deyişle, Devrim sonrası dönemde dahi Proudhon'un "mülkiyet hırsızlıktır" ilhamına sarılan Marks, Proudhon'un eksiklerini de gidererek yazdığını düşündüğü *Felsefenin Sefaletinde* işçi sınıfının yaşadığı bu huzursuzluğu anlatmaya çalışmıştır.

Marksist retoriğe çok bağlı olan Yeni Sol, her ne kadar Marks'ın şiddeti ikincil bulan ve şiddeti yasaklayan söylemine rağmen, Mao Zedung'un "iktidar namlunun ucundadır" sözüne nazire edercesine bir anda kendini bambaşka bir yolda yeni bir kavga-paylaşım-kazanım üçgenini kurgularken bulmuştur. Ne var ki tıpkı Marks gibi eski toplumun çelişkilerinin kendi sonunu getireceğini, "proleterya diktatörlüğünün" baskıcı bir rejim olmasına rağmen fazla uzun sürmeyeceği ve "eski roma" gibi bir düzen kuracağı konusundaki öngörülerine sıkı sıkıya bağlı devrimciler şiddetten kaçınmışlardır. Genelde bazı anarşist grupların siyasal suikastlerini göz ardı edersek liberal inançlarla donatılmış olmayan sol bu şiddet sürecini içselleştirmemiştir. Liberteryan anarşizmin şiddet araçları ise günümüzde "namlunun ucu"ndan ziyade pornografik şiddet dahil bir çok farklı çağcıl şiddet aracının bir araya gelmesiyle ortaya çıkmaktadır.

Daha farklı bir açıdan bakılacak olursa, henüz 1899 yılında Çar II. Nikolay kendi topraklarının daha önce Napolyon tarafından işgali ile Moskova'yı Kızıldordu'nun ele geçirmesinin arasında sınırları koruma ve saldırıyı ihlal sayma üzerine bir kural önermiştir. 19. Yüzyılın Dünya lideri ulusu İngiltere ile yarış halinde olan ama biraz güç kaybeden Fransa'yı bir yana koyacak olursak aslında Nikolay'ın önerisine herkesin ihtiyacı vardı. Bunu en çok da 20. Yüzyıl başında Birinci Dünya Savaşı'na girmeden Avrupalı güçlerin birbirleri ile saldırmazlık anlaşması yapmasıyla görüyoruz. Nitekim, bu anlaşmalara uyulmamış ve bu devletler birbirleriyle savaşmışlardır.

Diğer yandan günümüzde toprak işgali, tanıma ve devletin sorumluluğu gibi kavramlar sömürgeleştirmeyi de meşruiyet zeminine oturtmaya çalışan kapitalist şiddetin bir parçası olarak gösterilmektedir.<sup>48</sup>

Apokaliptik bir savaş günümüz dünyasında çok akılcı bir davranış gibi gelme de sınırlı ve hedefe yönelik şiddet kullanımı neredeyse vazgeçilmez kabul edilmektedir. Bundan dolayıdır ki yapısalıcı Foucault'nun devletin egemenliğinin bir göstergesi olarak tanımladığı şiddet<sup>49</sup>, artık bir meşruluk zeminine de oturmaya çalışmaktadır. Bu meşruiyetin sağlanması için var olan gereklilik bir tür yeniden üretim gerektirmektedir. Bu yeniden üretim yoluyla sağlanan devamlılık yoluyla meşruluk düşüncesi yerini bir tür

47 Postyapısalcı Sennet bu süreci *Yıkıcı Gemeinschaft* olarak adlandırmaktadır. Bir halk devriminin seçkinlerin yönetimine dönüşümünü anlattığı bu bölümle ilgili dönemin sert eleştirilerini yazar Emile Zola'nın L'Aurore gazetesinde Cumhurbaşkanı Felix Faure'e yönelik *J'accuse* başlıklı açık mektubunda bulabilirsiniz. Yıkıcı Gemeinschaft kavramı için Bkz. Sennet, Richard. Kamusal İnsanın Çöküşü, Çev: Serpil Durak/Abdullah Yılmaz, Ayrıntı, 2013, s.311, Zola'nın mektubu için bkz. Zola a.g.e, s. 450

48 Chimni, a.g.e., s.61

49 Toplum ve Bilim, sayı 180, Birikim Yayınları, Aralık 2007, s.16

alışkanlıkla kanıksama arası kamuoyuna bırakıp artık meşruluğun tartışılması da bırakılacaktır. Söylem, böylece üstünlüğünü sağlayıp günlük yaşamın ana arterlerine yerleşmiş olacaktır.<sup>50</sup>

Ekonomizmin Gramsci'den beri gelen eleştirisine katılarak tam da Frankfurt Okulu standartlarında bir ekonomi politik ve sosyo-hukuksal eleştiri getiren Mark Neocleous güvenlik fetişizmi üzerinde epey durmaktadır<sup>51</sup>. Söz konusu fetişizm kendini öyle bir yükseklere atmıştır ki, Platon'un *Devlet*'inden Machiavelli'nin *İmparator*'una kadar obsesif yönetici karakterini, günümüzde süperobsesif pasif-agresif uluslararası kimlik ile tamamlamaktadır.

### E. 1945-1990 Arası İki Kutuplu Yapısal Dönüşüm

Pasukanis ve Korovin'in uluslararası sözleşmelerle ilgili olarak "*her uluslararası sözleşme ortak siyasal ve ekonomik çıkarların belirlendiği yeni bir sosyal düzenin ifadesi*"dir anlayışı belki de önce Milletler Cemiyeti sonra Birleşmiş Milletler düşüncesinin altında yatan realist düşüncedir. Ne var ki sözleşme taraflarının sayısındaki artış bu kadar çok tarafı olan bir sözleşmenin taraflarının çıkarlarını uzlaştırmadan ziyade ortak idealler ve ilkeler düşüncesine yönlendirmektedir. Buna rağmen, Kant'ın ideallerinden Birleşmiş Milletler'e gelene kadar epey yol kat etmiştir. Birleşmiş Milletler gibi bir organizasyonun meşruiyeti Kant'ın perspektifinde var mıdır? Aslında devletlerin eşit egemenliğinin mutlak bir siyasal güç eşitliği olmaksızın çok anlamlı olmadığını düşünen Kantçı bakış savaşta vahşetin ölçüsünün (ius in bello?) tabularının da mutlaka taraflar arasında mutabakata varılmış olmasını öngörmektedir. Dahası devletlerin şiddeti eşit egemenliğin bir sonucu olarak görmelerinin sonucu olarak ortaya çıkacak savaş durumunda vahşetin sınırlarından ziyade vatandaşın asker olarak tanımlayan ve ona ölme-öldürülme görevi veren devlet anlayışı ahlaki bir yıkımdır.<sup>52</sup> Bu nedenle politik tasarlanmış bir Dünya toplumu olasılığı bir yana, devletlerin tek bir çatı altında birleşmesi ve şiddet kullanma "hak"ını bu hakkın altında yatan meşruiyeti ile birlikte belli kurumlara hasretmesi 1945lerdeki Roosevelt bakışıyla Kantçı idealizm için iyi bir başlangıç noktasıdır.

Çağcıl kapitalizmin uluslararası güvenlik anlayışı da aynı şekilde uluslararası sermayenin hükmettiği ulusları kullanarak yarattığı metalaşma sonucu bir fetişizme dönüşmüştür. Özne çıkarın temsil ettiği metanın devamlılığının güvenliği yoluyla daha fazla nesnelleştiği, özne çıkarın egemenlik anlayışını pekiştirdiği, gösterdiği şiddetin de düzenin devamı olduğunu düşünmektedir. Clausewitz'den Tsun-Tzu'ya kadar bütün yazarlar politik bir amacın bütüncül bir şiddet ile çözülmeye çalışıldığı süreci öngörmüşlerdir.

Bu şiddetin boyutları sadece silah kullanarak ya da Körfez Savaşları, Orta Doğu veya Afganistan-Kafkasya savaşları gibi silahlı ve işgale dayalı olabildiği gibi uluslararası hukuk söylemini ve araçlarını kullanarak sürekli bir göz hapsinin (hiperoptikon) devam

50 Burgelin, Pierre Foucault, A.g.e. s.80-86,115-129, 287 vd.

51 Neocleas, Mark. *Güvenlik, Şiddet ve Savaş*, Çev: Gül Çorbacıoğlu-Ersin Embel, Dipnot Yayınları, Ankara, s. 128-137

52 Habermas, A.g.e., s.113

etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri başta, NATO askerlerinin ve Birleşmiş Milletler gücünün yıllarca yerleşik kaldığı kürenin farklı bölgelerindeki “işgal toprakları”ndan hiç bir zaman yerleşemediği ancak sürekli silah denetimi adı altında göz hapsinde tuttuğu İran’a kadar bu süreç devam etmektedir. Bu denetim ve uluslararası baskıya başkaldırarak bu şiddete göğüs geren uluslar (genel silah denetiminde İran, KKTC’nin kuruluşunu destekleyerek askerini geri çekmeyen Türkiye gibi) yüksek ulusal değerlerini bu araçların ve metanın karşısında inşa etmişlerdir.

Diğer yandan Sovyet tarafının da hiç bir zaman batı dünyasında sözü edilmeyen bir uluslararası hukuk anlayışı bulunmaktadır. Bunu uluslararası hukuka Marksist yaklaşımla doğrudan özdeşleştirmek özdeşliğin her iki tarafı için de haksızlık olacaktır. Bill Bowring Sovyet dönemi uluslararası hukuk kuramı ile Bolşevik dönem ve sonrasının “ulus” ve kendi kaderini tayin hakkına dayanarak “Demirperde uluslararası hukuk kuramı”na ulaşmaya çalışmıştır. Böylece uluslararası adalet kavramını ele almadığı düşünülen Sovyet tarafı konumunu akademik kamuoyu önünde değiştirmiştir.

Bowring Pasukanis’in eseri üzerine Mieville ile tartışmış ve içinde self determinasyona yer olmayan uluslararası hukuk kuramının 1945 sonrası Sovyet yaklaşımına uymadığının altını çizmiştir.<sup>53</sup> Nitekim bir grup Sovyet yazarın düşünceleri ve devlet politikasına bakıldığında sömürge haline gelmiş toplumların kendi geleceklerini tayin hakkı Sovyetler açısından önem arz etmektedir. Bu görüşe göre uluslararası güvenlik ulusların bağımsızlığı olmadan gerçekleştirilemez. Emperyalist düzenin esir ettiği ulusların, kendi geleceklerini belirleme hakları verilmeden uluslararası güvenlik ve barış kavramını olası görmemektedir. Ulusal bağımsızlıktan da anlaşılan aslında bir nevi o ulusu oluşturan halkların ve sosyal sınıfların kölelikten ve sömürüden kurtarılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle Afganistan ve Çekoslovakya’da Sovyet Müdahalesinin aslında amacı günümüzdeki Kosova müdahalesinden öznellik çerçevesinde çok farkı yoktur.

Diğer yandan pozitivistler için Jeremy Bentham’la başlayan yararcılık kuramını daha sonra tümleyen John Austin tamamen bağımsız/bağımlı sözleşmecî devletin oluşturduğu somut hak ve yükümlülükler çerçevesinde konuyu tanımlamaya çalışmıştır.<sup>54</sup> T.L.A Hart’ın modernize ettiği pozitivism aslında Kant’ın uzun dönemli kozmopolitan söylemini dışlayan bir yaklaşıma sahip değildir. Ne var ki günümüzde uluslararası güvenlik açısından pozitivist yaklaşımın yetersiz kalması Güvenlik Konseyi kararlarınının 39-42. Maddeler arasındaki kavram ve ifadelerin çerçevesini nasıl çizecekleri konusundaki uyumsuzlukla ortaya çıkmaktadır.

Son olarak Doğal Hukukun Rönesansçılarından Finnis gibi yazarlar pozitif hukukun ahlaki yanını kurgulayarak üstün insani değerlerin korunması için pozitif hukukta bir gelişme öngörmüşlerdir. Gerçekten de insancıl hukukun ontolojik ideası kaçınılmaz olan fiili çatışmanın çatışanlar ve onlar dışındaki mağdurlarını korumak şeklinde biraz doğal hukukun ve yaşamın korunmasına yönelik olarak ortaya çıkmıştır.

53 Bowring, Bill. *Positivism versus Self Determination: The Contradictions of Soviet International Law*, in Marks, Susan. (ed.) *International Law on the Left*, Cambridge, 2008 s.133-169

54 White, Nigel D. *International Conflict and Security Law, Essays in Memory of Hilaire McCoubey*, (Burchill, Richard/ White, Nigel D/ Morris, Justin Eds) Cambridge, 2005

Uluslararası müdahalecilik ne kadar çerçevesi esnetilen ve kötüye kullanılan bir durum olsa da sonrasında bu vandalist yaklaşımdan yaşamı ve insanları en iyi koruyabilecek olan *ius in bello* ve *ius post bellum*dur. Diğer bir deyişle aslında Kant'ın deyişi ile *ius ad bellum*dan çıkan kötülüğün yangınından korumak için *ius in bello* ve *ius post bellum* ortaya çıkmıştır.

### F. Avrupa Birliği: Kant'ın Projesine Bölgesel Başlangıç

Kozmopolitanizm söyleminin en büyük projesi olan Dünya Federasyonu'nun bölgesel bir denemesi olarak görülebilecek olan Avrupa Birliği projesi bu açıdan son altmışbeş yılda en başarılı performansını sergilemiştir. Bu nedendir ki bu çalışma Sovyetler Birliği projesi gibi kalıcılığı sorgulanan bir Avrupa Birliği projesini ve gerçekliğini sorgulamadan edemezdi.

Sınıfçı komünist kurgudan liberal bireyci kurguya epey farklı bir temelde başlamıştır Avrupa Birliği Projesi. Ortak Pazar kurgusu aslında tam bir kapitalist ekonomik kurgu olmasına rağmen işçilerin serbest dolaşımı ile başlayan ve sosyal- yapısal entegrasyonla güçlendirilen bambaşka *sui generis* bir oluşuma dönüşmüştür.<sup>55</sup>

Bölünmüş vatandaşlığın çelişkilerle dolu potansiyelinden söz eden Benhabib, ulus devletlerin günümüz evriminde uluslarüstü bir yapı ile yeni bir gerilime itildiğini ileri sürmektedir.<sup>56</sup> Gerçekten de Avrupa Birliği bu gerilimi neredeyse 1960'larda Adalet Divanı önüne gelen *Van Gend En Loos* davasından beri taşımakta olup, uluslarüstücülüğün egemen ulus devletin alışkanlıklarını alıştırmaksızın altüst etmesinin gerilimi 1970lerde *Factortame* davaları ile İngiltere, *Internationale Handelsgesellschaft* ve *So Lange* davalarıyla Almanya ile sona ermiştir.<sup>57</sup>

*Avrupa Devletler Sistemi*'nden beri en iddialı proje olan Avrupa Birliği'nde ucuz iş gücünün kaldırılması planlanmış ve emeğin karşılığında vatandaşlığın değer olarak sunulduğu sosyal sözleşme modeli kurgulanmıştır. Buna göre diplomatik koruma, parlamenter seçme ve seçilme gibi bir çok birlik vatandaşlığı kavramına uygun bir çok hakla donatılmış olan Avrupa vatandaşlığı toprak esaslı vatandaşlığın ötesine geçtiğini göstermiştir. Emek gücü *Gemeinschaft*'ın kurucu unsurlarından biri olması *Gemeinschaft* işçisi dışındaki farklı düzeylerde haklara sahip *Gastarbeiter*lerin yerleşme ve sosyal haklara sahip olmasının önünü açmıştır. Bu durum toprak esaslı olmayan *Gastarbeiterin*

55 Avrupa Birliği'nin 16 Aralık 1999 yılında "Doğu Avrupa ve eski Sovyetler Birliği'nden çözülen devletlerin tanınması" ile ilgili kararında hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokrasi gibi burjuva devlet tanımına uygun anahtar sözcükler kullanılmıştır.

56 Benhabib, Seyla. *Ötekinin Hakları: Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar*, Çev: Berna Akkıyal, İletişim, 2006, s.180

57 Van Gend En Loos doğrudan etki gibi bir anayasal kural getirilmek suretiyle üst yapı tarafından çözüme ulaştırılmışken *Factortame de Lordlar Kamarası*, Lord Denning önderliğinde İngiliz anayasasının en önemli ilkesi olan Parlamento'nun Egemenliği ile üst yapının kurucu antlaşmasının çakışan yolları ayrılmış, *So Lange* ve *Internationale Handelsgesellschaft* ile de temel hakların doğal hukuktan çıkan yönü olan ortak koruma alanları birleştirilerek üstünlük ya da öncelik sorunsalı giderilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Craig P.P/ De Burca Grainne, *EU Law Texts, Cases and Materials*, Oxford 2007, WEILER J.J., *The European Court of Justice*, Oxford.

sonraki nesilde vatandaşlık bağıyla bağlanabileceği kadar güçlü bir pazar-işgücü entegrasyonu söz konusudur. Bu süreçte oluşan yeni demografide bir de aidiyet açısından oluşacak karmaşayı Max Pensky'ye atıf yaparak bölünmüş vatandaşlık olarak niteleyen Benhabib, sınırları ötesinde evrensel değerleri temsil eden hakların kozmopolitan bir ilerleyişe neden olacağı şeklindeki Kantçı öngörüyü dile getirmektedir.<sup>58</sup>

Avrupa Birliği'nin Huntington tarzı bir anlatımla Amerikan Federalizminin embriyonik formu olduğu benzetmesi aslında onun sosyo-hukuksal ve ontolojik konumu için yeterli değildir. Bundan dolayıdır ki Kant'ın *Dünya Vatandaşı* kavramının belki simülasyonu olarak düşünülebilecek bir *Avrupa Birliği Vatandaşlığı* kavramının iyice incelenmesi gerekmektedir. *Avrupa Birliği Vatandaşlığı*nda en önemli özellik yasa ve kural koymada ve kaletin dolaylı ve prosedürel kullanım yolu olmakla bir yandan da yasanın öznesi olmak düşüncesinde yetersiz bir duygu veriyor olmasıdır. Lodge'un demokrasi defosu diye adlandırdığı bir sistemde<sup>59</sup> Avrupa vatandaşı, ülkelerin temsil edildiği Konsey ve yerel temsilciden sonra ancak üçüncü dereceden temsil edilen asil, Avrupa Parlamentosunda doğrudan yer sahibi olabilecek iken bu seçimlerde belirli partilerin parçası olabileceği zorunluluğu, Komisyonda ise sadece birer lobi faaliyeti ile ayartabilecekleri komiserler nezdinde temsil hakkına sahiptirler.

## I. Güç Kullanma Ve Müdahale Etiğine Eleştirel Bakış

### A. Varoluşun Küresel Sosyolojisi: İmparator, Kurban ve Schmitt'in Egemenlik Yaklaşımı

Hardt ve Negri'nin *Res Gestae'nin Ontolojik Dramasından* sonra, Gilberto Sacerdoti, egemenliği pekiştiren kurban sistemini anlatmıştır. Sacerdoti'ye göre hiç bir dönemde kurban verilmeden egemenlik sağlanamamıştır.<sup>60</sup> Egemenlik kavramını olağanüstü halde müdahale ile onayan Schmitt, aslında gerçek egemenin belirsiz barış dönemlerinde değil istisnai olarak olağanüstü rejimleri harekete geçirmekle ortaya çıktığını ileri sürmektedir.<sup>61</sup> Ne var ki ister istemez akla istisnai olağanüstü rejimin egemenliğin tümel etkisi için yeterli olup olmadığı sorusu ile karşı karşıya kalındığında rehber olabileceği öngörüsü ile Schmitt istisna ile tümel arasındaki ilişkiyi şu şekilde betimlemiştir:

*"İstisna hem tümeli hem kendisini açıklar. Ve eğer tümel hakkında doğru dürüst bir inceleme yapılmak istenirse, ihtiyaç duyulan tek şey gerçek bir istisnayı bulmaya çalışmaktır. İstisna her şeyi tümelden çok açık bir şekilde ortaya koyar. Tümel hakkında sonu gelmeyen konuşmalar uzadıkça bıkkınlık verir; istisnalar vardır. Eğer bunlar açıklanamıyorsa, tümel de açıklanamaz."*

Schmitt, Antik çağ yazarlarının *Nomos* kavramı üzerine bazı çeşitlemeler yapmıştır. *Nomos*'un kendince kökeninde aramış olduğu *Nemein* sözcüğünden üç adet eylem

58 Benhabib, a.g.e.,s.184

59 Lodge, Juliette, *The European Parliament and the Authority-Democracy Crisis*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 1994, 531, s. 69-83

60 Sacerdoti, Gilberto. *Kurban ve Egemenlik, Shakespeare'den Bruno'ya Avrupa'da Teoloji ve Siyaset*, Çev: Zuhâl Yılmaz, Ankara, Dost, 2011

61 Schmitt, a.g.e.



türetmiştir: Almak, bölüşmek ve üretmek. İnsanın kurmuş olduğu toplumsal düzen ve hukukun kökeninde bu üç eylem yatmaktadır. Schmitt'in "tellerique" dediği "topraksal" imgeye de yollama yapmaktadır bu üç eylem.<sup>62</sup>Bütün normatif düzenin kökeninde bu topraksal imge bulunmaktadır. Bu karanın alınması, bölüşme ve üretme süreçleri hukuku yaslandığı ilksel *praksisi* oluşturmaktadır.<sup>63</sup>

Schmitt kara parçası veya toprak parçası olarak adlandırılacak yerin alınmasının bir nomos, başka bir deyişle *yeni dünya düzeninin* kuruluşuna esas teşkil edeceğini düşünmektedir.<sup>64</sup> Kara ve deniz arasındaki dolayımın tüm modern devletlerarası hukuk için kurucu unsur olduğunu ileri sürmektedir.<sup>65</sup> Savaş kavramına bakışı ise Vittoria okumasına kadar ilerlemektedir. Buna göre fethi Vittoria'nın meşrulaştırdığını yorumladığı nokta ile birlikte Asya'dan gelebilecek tehditlere karşı *catechon* oluşturacak dostluk hatları üzerinde durulması gereken noktalardır.

Hardt ve Negri'ye göre Avrupa Modernliğinin her zaman her girdiği krizden sonra bir Dünya Düzeni nosyonunu ileri sürmesi olgusunu aslında *Wesphalia Barışı*'ndan çok daha gerilere Napolyon Savaşları'na kadar geri götürebileceğimizi ileri sürmektedir.<sup>66</sup> Yani *Viyana Kongresi* ile *Kutsal İttifak*'ın kurulmasından itibaren günümüz Birleşmiş Milletleri'ne gelene kadar çok zamandır var olan bir küresellik düşüncesine Amerika Birleşik Devletleri'nin James Monroe'dan beri ileri sürdüğü sınırötesi müdahalecilik düşüncesi eşlik edince, "imparator"un sosyo-antropolojik özgeçmişi belirlemiştir. Hardt ve Negri'ye göre artık emperyalizmin çok ötesinde yeni bir egemenlik formu söz konusudur. Kelsen'in *Das Problem Des Souveranitat und die Theori des Völkerrechts* isimli eserinde var olan tikel devlet düzenlemelerinin uluslararası biçimsel dinamiklerine ilişkin düzenlemelerini analiz ederek Birleşmiş Milletlerin Kuruluş düşüncelerinin geliştirildiğini ileri sürmektedir. Bu imparatorluğun kurmuş olduğu düzende gerçekten Birleşmiş Milletler ve güç kullanma unsurları bu devamlılığı sağlamaya yönelik en önemli yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır. Tikel devlet düzenlemeleriyle Birleşmiş Milletler düşüncesi gibi kalıcı bir olguyu değerlendirirken şöyle bir karmaşa ile karşı karşıya kalınmaktadır: Sistemi örgütleyen maddi yapıdan bağımsız bir biçimsel kuruluş anlayışı fiili yapılanma olasılığını tamamen göz ardı etmektedir. Hardt ve Negri'nin geçiş dönemi dediği nokta işte bu fiili yapılanmanın ütopyik yanı ile altyapısı bilinmeyen biçimsel anlayışın gerçekliği arasındaki köprüdür.<sup>67</sup>

İkinci Dünya Savaşı gibi bir büyük kaza atlatan Uluslararası Toplum 1990lara kadar kuramsal olarak bu varlığı batılı kaynaklarda fazla sorgulayamamışlar, genelde

62 Ertan, a.g.e., s.183-184

63 Ertan, a.g.e., s.184

64 Schmitt'in mezarında yazan "*Kai nomon egno*" ifadesini anlamlandırırken "yasayı da bildi" şeklinde sözel çeviriden Lombardo'nun ne çok yerler gördü ne çok insanlar tanıdı şeklindeki bilindik çevirisine rağmen "*of all the citizes he saw, the minds he grasped*" yorumu ile *nomosun* her yerdeliğin ve şehirlerdeki varlığın kuralına işaret ettiği ifade edilmektedir.

65 Ertan, a.g.e, s. 185

66 Hardt&Negri, a.g.e, s. 28

67 Hardt&Negri, a.g.e., s. 30

kurumsal gelişme tezleri üzerinde farklı tartışmalar yaratmışlardır. Aslında kökende tümel bir kuramsal değerlendirme yokluğu Hobbesçu meşruiyete dayalı ulus-üstü egemen birim Kelsenci anlayışın sınırlarından çıkarmaya yeterlidir. Hobbesçu meşruiyet yaklaşımı bunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifası için birlikte hareket temeline dayandırdığı için tümel bir Sözleşme katılımı ve dolayısıyla da *ius cogens* için tümel katılımı olanaksızlaştırmaktadır. Meşruiyeti daha bu kadar netleşmeden ortak bir egemenlik kullanımı Hobbes'un ulusal egemenlik devri ile aşkın bir ulus-üstü iktidarı belirleyen yaklaşımından John Locke gibi karşı iktidarların desteklediği ortak ulus-üstü egemenlik gibi yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Dahası bu yeni egemenlik türü sürekli istisnai durumlar yaratarak tümel bir değer oluşumuna engel olmaktadır. Bu durumu sürekli bir istisnai durum ile polis gücünü tetikleyen bir sistemde evrensel değer yaratılamayacağı şeklinde değerlendiren Hardt ve Negri, bu süreçte yönetsel kamu hukukunun hep evrensel değer aleyhine egemenin lehine dönüşeceğini de ileri sürmektedir.<sup>68</sup>

Uluslararası hukukta silahlı çatışma hem etik olarak hem hukuk kuralı olarak istenmeyen bir durumdur. Ancak müdahale, bugünkü düzenin sürdürülebilmesinin tek kuralıdır. Bu meşruiyeti ve söylemi ile yeniden ve yeniden üretilmesi gereken bir süreçtir. Kuvvet kullanmayı artık hiçbir şekilde kabul göremeyecek bir anayasal ihlal olarak gören bakıştan sonra güçlü bir istisna olarak karşımıza ancak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 42. Madde çerçevesinde almış olduğu zorlayıcı önlemler çıkmaktadır. İşte bu yeniden üretme süreci kalıcı ilkeleri epey zorlamaktadır. Bunları belli bir süreçle değerlendirecek olursak karşımıza ilk olarak 1945-1990 süreci çıkmaktadır.

## B. İlk Kırılmalar ve İstisnalar

1950ler dediğimiz zaman herkesin aklına Birleşmiş Milletlerin var olmakla yok olmak ikilemini yaşadığı Kore Savaşı gelmektedir. Kore savaşı Kuzey Kore-Çin ittifakına karşı Güvenlik Konseyi'nin daha yapısal dönüşümün ilk on yılı tamamlanmadan denenmiş ağır bir deneyim olarak görülebilir. Zira bu erken döneminde Birleşmiş Milletler üye devletlerden oluşan bir küresel ordu ile bir devlete müdahale etmeye yönelik ilk girişimini yaparken çatışmaya taraf olmanın örgüt üzerinde yaratacağı etkiyi pek dikkate almamıştı.

1950ler Kore Savaşı'nda Çin ve Kuzey Kore ordularını tamamen Kore ülkesinden atması, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardında kurulmuş olan düzenin ne kadar etkili olacağını göstermek açısından önemlidir. Burada denenilen bir müdahale, uluslararası hukuk gerçek anlamda kurulan düzenin parçası veya aracı olabilecek mi sorusuyla fiili hakimiyetin sağlanıp sağlanamayacağı sorusunu karşı karşıya getirmiştir. Nitekim sahada fiili hakimiyet açısından Birleşmiş Milletler'in mahcubiyet yaşadığı ve bir daha asla kendi adıyla çatışmaya girmemesi sonucunu doğurmuştur.

Aynı dönemde İsrail'in kuruluşu ile başlayan yeni Ortadoğu serüveni Arap-İsrail, İsrail-Filistin çatışmaları ve küresel sonuçları ile birlikte değerlendirilmelidir. Burada günümüzde müdahale hakkı ile nesnel hukuku uzlaştırmaya çalıştığımızda iki paradigmadan birini öncül kabul edip diğerini ötelememiz gerekmektedir: İsrail'in devlet olarak

68 Hardt&Negri, a.g.e., s. 41

varlığının meşruiyeti ile bir Filistin devletinin var olup olmadığı veya meşruiyeti paradigmaları birbirini reddeder durumdadır. Bu paradigma çözülmeden tartışılan İsrail'in müdahale hakkı tümel bir nesnellik açısından olanaksızdır. Bundan dolayıdır ki İsrail'in yapmış olduğu müdahale ancak 51. Maddedeki "Doğal Hak" ile uzlaştırılır ve birinci paradigma ikinciye göre öncül kabul edilirse tartışılabilir; aksi halde tamamen bir fiili durumdur.

*Ius ad bellum* her ne kadar fiili durumu kabul etmezse de *ius in bello* ile hukukun ikinci bir aşaması başlamaktadır. Burada sivillerin ve çatışmaya dahil edilmeyen bütün unsurların korunmasına yönelik kendi çerçevesinde "umut verici" insancıl hukuk yaklaşımının bütün çabalarını yine meşruiyet zemininde yaralayan *opinio iuris* açısından söylenecek söz kalmamıştır. Özellikle nükleer silahlanma açısından İsrail'in nükleer silah kapasitesi yine günümüzdeki sorunların başında gelmektedir. 1996 yılında Uluslararası Adalet Divanı'nın "nükleer silahlara sahip olmayı" sınırlandıran bir uluslararası hukuk kuralı olmadığı ve saldırgan devlete karşı caydırıcılığı ve tarafsızlaştırıcılığı gibi "yararlı" yönleri de bulunduğunu açıklamasıyla ontolojik dramın geldiği nokta açısından belirleyicidir.

1960larda Ekim füzeleri krizi ve Entebbe ve Kıbrıs'ta ortaya çıkan süreç son derece ilginçtir. Ekim füzeleri krizi, iki kutuplu Dünya'nın güç ve alan kazanım yarışından günümüze kalan son derece dramatik bir anıdır. Zira, Ekim füzeleri krizinin bize en büyük/acı mirası *Caroline-McLeod*'dan neredeyse bir asır sonra, bir saldırı olmadan meşru savunma yapılabileceği görüşünün 1945 sonrası doğan düzende de unutulmadığını belirtmesidir. Belki bu açıdan değerlendirecek olursak günümüz uluslararası hukukunun müdahalecilik için araçsallaşması öyküsünün temelinde yer almaktadır. Ekim füzeleri krizinde Sovyetler Birliği'nin kazanmış olduğu kısa vadeli stratejik üstünlük Amerika Birleşik Devletleri açısından ilk kez Batı Avrupa'nın asırlardır sahip olduğu diplomatik birikim ve sorunları çözümlerken sahip olduğu derin deneyim olmadan tek başına mücadelenin zorluğu konusunda fikir vermiştir. Pearl Harbour baskını ve Japonya ile Pasifik'te yaşanan savaş sonrası ilk kez bu denli "yakın tehlike" kavramı ile karşı karşıya kalınmış, ne var ki bu yakın tehlike olgusu dahi uzun yıllar sonra daha da ilerletilebilecek müdahale doktrininin sürdürülmesi için bir adım olmuştur.

ABD'nin Bretton Woods Antlaşması ile resmen başlattığı kapitalist üretim ilişkilerini uluslararası alanda kurgulama sürecini emperyal bir baskı aracıyla destekleyen öznel yaklaşımı, 19. Yüzyıl sonunda Dünya'yı şekillendiren küresel yönetim anlayışına katılmasıyla ortaya çıkmıştır. İlk kez 1823 yılında başkan James Monroe, Amerika kıtasında Avrupalı emperyalistlere karşı bölgesel güvenliği sağlamak için bir uluslararası güç oluşturulması gerekliliğine dair bir görüş ileri sürmüştür.<sup>69</sup> Daha sonraları Monroe doktrini olarak bilinecek bu doktrinin günümüz uluslararası hukukuna tartışılmaz etkileri olmuştur. Böylece uluslararası düzen disiplini sağlamaya kadar varacak bir savaştan barışı zorlayıcılık gücünün hazırlığı oluşturulmuş, *Caroline-Mcleod* ile de güç kullanmayla oluşacak zararını önleme adına güç kullanma gerekliliği, adeta bir zaruret hali gibi gündeme getirilmiştir.

69 Hardt&Negri, s.192-193

İşte bu süreçte önemli bir yere sahip olan Ekim Füzeleri Krizi'nin kökleri Doğu ve Orta Avrupa'da güç kazanan Sovyetlere karşı Amerika'nın yapmış olduğu Avrupa'ya Jüpiter füzelerini yerleştirme düşüncesine kadar gitmektedir. 1957 yılında Paris'teki NATO zirvesinde gündeme gelen Avrupa'ya Jüpiter füzelerinin yerleştirilmesi düşüncesi ilk anda büyük bir tepkiyle karşılandı. Muazzam bir nükleer ve konvansiyonel güçle karşı karşıya olan Avrupalı müttefikler -Türkiye hariç- kesinlikle böyle bir risk almak istememişlerdi.<sup>70</sup> Çok zaman geçmeden Sovyetler'in Küba'daki hareketliliği Amerikan keşif uçakları U2 ler tarafından fark edilmiş ve Sovyetler Birliği'nin adaya Rus yapımı kısa ve orta menzilli füzeler yerleştirdikleri anlaşılmıştır.

Birinci Dünya Savaşı'nda uzak kıtada olmanın vermiş olduğu yakın tehlikeden arınmışlık duygusu ile dünyayı şekillendirme rahatlığı, İkinci Dünya Savaşı'nda Pearl Harbour baskınıyla başlayan Pasifik savaşında biraz olsun hissetmiş olması hiçbir zaman Küba'ya yerleştirilen Sovyet füzelerinin yarattığı huzursuzluğu yaratmamıştır. Nitekim saatte 7000 km kadar hızla giden bu füzeler 9 dakika kadar kısa bir sürede başkent Washington'u bir nükleer felaket merkezine çevirebilecektir. İşte bu nedenle büyük bir panik yaşayan Amerikan yönetimi John F. Kennedy'nin başdanışmanı McNamara'nın yönettiği krizden kazasız belasız çıkmayı başarabilmiştir.

Amerikan Genelkurmayı'nın ilk tepkisi bu hareket karşısında, bir apokaliptik savaşa dönüşme ihtimali olsa dahi Küba'yı işgal dahil her türlü saldırı yöntemini denemektir. Ne var ki Kennedy daha soğukkanlı davranarak böyle bir ihtimali düşünmeksizin konuyu diplomatik kriz yönetimi ile çözmüştür. Görüşmelerin sonunda Kruşçevli Sovyet tarafı bu füzeleri yerleştirmemeyi, geriye çekmeyi kabul etmiş, karşılığında da Amerikan tarafı Türkiye'deki Jüpiter füzelerini gerçi çekmeyi kabul etmiştir.<sup>71</sup> Tabi bu çatışmaya yol açmama merkezinden bakınca olumlu bir senaryodur.<sup>72</sup>

Ekim füzeleri krizinde güvenlik kaygısı ile küresel yönetişimi izlerken bu dönemin bu bölümde anlatılacak ve 1990larda başlayan dönem ile farkını anlatan bir (Wallerstein deyimiyle) *kontradief*<sup>73</sup> yaklaşımı bulunmamakla birlikte uluslararası hukuk açısından

70 Türkiye'nin bu riski alma isteğine ise Norveç samimi bulmayarak karşı çıkmıştır. O dönemlerde "demokratik meşruiyet sorunsalı"na girmeden doğrudan hükümet paternalizminin tasarrufuyla füzeler İzmir Çiğli'ye yerleştirilmişlerdi

71 Amerikalı yön-eylemci ve siyaset bilimci Graham Allison ve Philippe Zelikow krizi üç ayrı modelleme çerçevesinde incelemiş ve aslında krizde anlatıldığı gibi Amerika'nın füzeleri savaşız geri çektiği bir yana aslında Sovyet tarafının da mükemmel bir kriz yönetimi ile krizden asıl kazançlı çıkan taraf olduğu yönündedir. Gerçekten de, bu modele göre Sovyet tarafı doğrudan Çiğli'ye sınırlı hava hareketi düzenlemek yerine benzer bir karşı koz olarak Küba'yı elde etmiş, sonrasında bu iki kozu karşılıklı takas etmiştir. Ne var ki, Amerikan doktrinine o dönemde giren "önleyici meşru savunma" gibi bir doktrini çift kutuplu dünyada eylemsel yürürlüğe sokmak o kadar da kolay değildir. Bkz. Allison, Graham, Zelikow, *Philippe Essence of Decision, Explaining the Cuban Missile Crisis*, Longman, 1999

72 Peki, Amerikan yönetimi daha obsesif(evhamlı) olsaydı ve herhangi bir yakın tehlikeyi bertaraf etmek için Genelkurmay'ın istediği gibi güç kullanmaya girişseydi, şüphesiz ki karşı tarafta aynı şekilde kendine tehdit gördüğü füzeleri yok etmek için ilk hamleyi yapacaktı. Böyle bir durumda da özellikle Türkiye diğer Avrupalı müttefiklerin neden füzeleri kendi topraklarında istemediklerini anlayacaktı.

73 Wallerstein ekonomi-politik bakış açısıyla kapitalizmin tarihte belli aşamalarda tıkanıp ve bu tıkanmaları gidermek için kendini yeniden ürettiği süreçlerden her birine *kontradief* adını vermektedir. Wallerstein, *Imma-*

böyle bir dönem sınıflandırması yapmanın hiç de sakıncalı olmadığı görüşündeyiz. Uluslararası hukukun biyo-politik araçsallaştırılması açısından belirli dönemler tespit edilebilir. Burada iki ana geçiş evresi bulunmaktadır. Bunlardan birisi Sovyetler Birliği'nin dağılması ve çift kutuplu dünya anlayışının sona ermesi, ikincisi ise 11 Eylül 2001'den sonra yaratılan dünya düzenidir.

İlki bağlamında bakacak olursak 1950 Kore Müdahalesi ile başlayan ve 1990lara kadar gelen ve Güvenlik Konseyi'nin felç dönemi denilebilecek dönemle karşılaşırız. Zira iki kutuplu Dünya'da veto hakkında sahip daimi üyeler arasında İngiltere, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ile Çin ve Rusya karşıt iki blok gibi düşünülebilir. Kore ile ilgili Güvenlik Konseyi kararında Rusya'nın çekimser kalması aslında o döneme ait bir blok zayıflığı olarak görüle de var olan Sovyetler Birliğinin Çin ile özellikle anti-kapitalist ideoloji boyutunda ciddi rekabete girişmesinin bunda etkili olduğundan söz edilebilir.

Kore müdahalesi uluslararası hukuk açısından ve bu dönem açısından son derece ilginç bir yapıya sahiptir. Gerçekten de İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesi ve kazananların bir anda Dünya düzenini değiştirme yönünde ilk olarak Nürnberg ve Tokyo mahkemelerini kurmuşlar ve kazananların mahkemesinde "savaş suçluları" ilan edilmiş ve yargılanmışlardır. Bunun sonrasında ilk kez büyük bir savaştan galip çıkan ABD, Nagazaki ve Hiroşima'ya atılan atom bombalarının suçluluğu yerine gücünü hissederek yeni kurulacak bir düzende küresel bir Monroe doktrinini uygulama olanağı veren Güvenlik Konseyi yapısının lideri olmaya aday olmuştur. İşte bu liderin Hardt&Negri'nin deyiimi ile İmparatorluğun temsilcisi olma kaygısıyla 1899'dan beri uluslararası bir konsensus oluşturulmaya çalışılan "güç kullanma" tabusuna "uluslararası barış ve güvenliğin korunması" başlığı altında bir istisna getirilen bir uluslararası organın bekkçiliğini üstlenmiştir. Bu organ sadece barış ve güvenliği gözetmekle kalmayacak, *de iure a belli e pacis* in doğal ve geleneksel ilkesi olan meşru savunmanın da kontrolünü sağlayacaktır. Böyle bir yapı gerçek anlamda bir uluslararası panoptikondur, bunun gözetimini yaptığı barış ve güvenliğin ne kadar öznellediğini üzerinde göstermemiz mümkündür.

### C. İmparatorun Tek Kutuplu Mahremiyeti

Panoptikon ancak bir biyo-iktidar kurgusunun aracı ya da bedeni olabilir. Bundan dolayıdır ki kendi iktidar alanı aynı zamanda mahremiyet bölgesidir. Sennet'in bir kentin ya da yıkıcı Gemeinschaft'ın mahremiyetini biyo-iktidarı ile ilişkilendiriyorsa<sup>74</sup> bir küresel biyo-iktidarın da mahremiyeti olabileceği muhakkaktır. Muhtemeldir ki böyle bir biyo-iktidar kendi mahremiyetini korumak için kendi despotluk alanını da yaratacaktır. Tek kutuplu küre işte böyle bir despotluk alanına ancak böyle bir nedentle dönüştürülebilir. Burada Kore ve Ekim Füzeleri gibi krizlerden sonra 90 lara yaklaşıldığında İran-Irak- Doğu Akdeniz hattında çatışmaların ve bölgedeki güvenlik çerçevesi küresel baskıdan söz etmeden geçilmemelidir.

nuel. *After Liberalism*, The New Press, 1990

74 Sennet, a.g.e. s. 477

İran-İrak savaşının neden çıktığı üzerine birçok senaryo bulunmakla birlikte, bu savaşın bir İran- Arap savaşı şeklinde düşünölebileceğine şüphe yoktur. Perslerin Araplarla tarih boyunca birçok alışverişi ve savaşı olduğu kesindir. Ancak özellikle Osmanlı Devleti'nin çözölməsi sonucu ortaya çıkan devletlerden biri olarak düşünölecek Irak devleti Osmanlı'nın son Kasr-ı Şirin'den beri 4 asırdır bağılı kaldığı "Pers Barışı"nı devam ettirmemiş, adeta bölgeyi on yıllık bir çatışmaya süröklemiştir. Irak'ın demografik yapısında Sünni bir yönetim tarafından baskılanan bir Şii çoğunluğun İran rejimi tarafından etkileneceğı korkusu Irak'ın güvenlik kaygılarını had safhaya getirmiştir. Savaşın yaşandığı on yılda ABD-İran diplomatik rehineler krizinin olduğunu, daha batıcı ve Irak petrollerinin en büyük müşterisinin G7'nin NATO müttefikleri olduğunu da hesaba katmak gerekir. Burada bu konuyu irdelerken özellikle üzerinde düşünölməsi gereken durum şudur: "İrak'tan önce Osmanlı- İran güvenlik atmosferi nasıl sağlandı ve dört yüzyıla yakın bir süre nasıl ayakta kalabildi?"

Bilinen Dünya Tarihinde böyle bir örnek yoktur. Muazzam ve üzerine çok konuşulması gereken bir güvenlik anlayışından kaynaklanmaktadır. Belki de kozmopolitan yaklaşımın ulusların yok olmasına bağılı bir Dünya Barışı yaklaşımının totoloji olmadığını gösteren en önemli örnektir. Daha da ayrıntılı bir soru soracak olursak: Dünya'da Birleşmiş Milletler veya Milletler Cemiyeti gibi izleme görevini yürüten organlar olmadan böyle bir güvenlik anlayışı nasıl oturtulabilmiştir? Böyle bir organın görevini yürütecek şekilde küresel güç olan, tek başına düzeni sağlayacak bir devlet veya benzer otorite de bulunmamaktadır. Dahası antlaşma tarafları İran- Osmanlı mezhepsel açıdan İran- Irak çatışmasından daha derin bir uyuşmazlığa sahiptirler. Nedeni ise bugün Sünni-Şii çatışmasının ön formu olan Baas-Humeyni çekişmesinin 14. Yüzyıl şartları ile daha radikalini oluşturan Osmanlı Sünni teokrasisinin Safeviler ile bu barışı (Osmanlı'nın 11. Yüzyılda *Çubuk Savaşı* sonrası yaşandığı büyük travmaya rağmen) başarabilmiş olmasıdır. Böyle bir bölgede yüzlerce yıldır güç olarak bulunmuş iki büyük ulusun birbirlerinin varlığını kendi çıkarları ile eşleştirmeleri için Avrupa'da olduğu gibi *Avrupa Kömür Çelik Topluluğu* gibi bir oluşuma gereksinim duyulmamıştır. Hatta Safevi İrani ile Çaldıran'da Yavuz Selim'in kapışması son çatışma olmuş, teokratik yapısı, Halifelik makamını temsil etmesi, Sünni liderliği sürdürme kaygısına rağmen devamında başka çatışmaya süröklenmemiş bölgede uzun süre bir güvenlik ve barış durumu oluşmuştur. Bugünkü küresel güvenlik anlayışından oldukça farklı bir şekilde ortaya çıkan kalıcı barış anlayışı ile bölge kendiliğinden güvenlik bölgesi olabilmiştir.<sup>75</sup>

İrak ise İngilizler'in Birinci Dünya Savaşı sonunda çözölen üç büyük imparatorluktan biri olan Osmanlı'dan çözölen topraklarda kurmak istediğı gibi batı kontrolünde Sünni Arap devletinin mükemmel modellerinden biridir. O nedenle doğal bir kalıcı barış dengesinden ziyade küresel merkezi güvenlik anlayışının parçası olmaya daha yatkındır.

75 Bu durum ister istemez Weiler'in sorusunu akla getirmektedir: "Uluslararası hukukta en ciddi sorun devletlerin en köklü antlaşmalarda bile yükümlölükleri yerine getirirken bir yaptırım olmaması nedeniyle kaçınılmaz olarak söz konusu iken Avrupa Birliğı'nin kurucu antlaşmalarından doğan yükümlölüklerin yerine getirilmesini hiçbir devletin durdurmasına izin verilmemiştir. Bunun nedeni ne olabilir?"

İşte, bu paradigma farklılığı *Kasr-ı Şirin* kalıcı barışını getirmekten çok uzak olduğu için nüfusunda Şii çoğunluk olan Irak'ı biraz daha Şii rejim devrimi yapmış İran etkisinden uzaklaştırmak sürecinde gerginlik başlamış ve savaşla sonuçlanmıştır. Dönemin devlet başkanı Saddam Hüseyin sonraları bu savaşta tüm Sünni devletler adına yaptığı savını dahi ileri sürecektir.

Irak-İran savaşı on yıla yakın süre sürmüş ve ne kadar hızlı başladıysa adeta aynı hızla, neredeyse iki ülkenin de savaş ekonomisini sürdürecektir gücü kalmayınca sona ermiştir. Bu savaşın bölgede uzun vadeli sonuçları İran'ın kolay yıkılmayacak bölgesel bir güç haline gelmesi, Şii rejimin saldırı karşısında meşruiyetini pekiştirmesi ve Irak'ın da ilerleyen dönemde saldırgan bir tavır takınması şeklinde açıklanabilir.

Amerika Birleşik Devletleri Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran 1998 Roma Statüsü'nden imzasını 2002 yılında çekmesi sonucunu doğuran oğul George W. Bush başkanlığında Kongre'de yeni dönemde konu üzerine tartışmalar olmuş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi savcısına yapılan yetki devrinin göze alınamaması eleştiri olarak getirilmişti. Bir senatörün vermiş olduğu örnekte Libya ile yaşanan Körfez Krizi konu edilmiş, Muammer Kaddafi'nin başkanlık sarayı dahil birkaç sınırlı bölgeye kısa süreli ve etkili bir hava akını düzenleyen Amerika Birleşik Devletleri'nin bu güç kullanma işlemi sırasında sivil ölümlere neden olması sonucu Roma Statüsü kaynaklı olarak Amerikan Başkanı'nın *ius in bello* kapsamında 1949 *Cenevre Konvansiyonları*'nı ihlalden yargılanmasının ve bu yargılanmayı beğenmeyen Uluslararası Ceza Mahkemesi savcısının başkanı yargılamak üzere ABD'den istemesi gibi bir durumun nelere yol açacağı düşünülmesi gerektiği istenmiştir.

İşte Birinci Körfez Savaşı'ndan hemen önce Libya Körfezinde Amerika ile Libya arasında çıkan krizde 80 li yılların önemli sayılabilecek olaylarından biri olarak düşünülebilir. Gerçekten de 80 li yıllar dediğimiz soğuk savaşın sona erdiği dönemde ilk kez ABD Libya ile yaşadığı krizde sınır ötesi bir çatışmada yer almayı göze almıştır. ABD'nin bu tavrı adeta takip eden yirmi yılın habercisi gibidir. Gerçek anlamda bir apokaliptik son senaryosunu gündeme getiren nükleer silahlanma yarışı ve iki kutuplu dünya belki de bölgede çatışmasız yürütülen dengeler açısından önem arz etmekteydi. Ne zamanki nükleer silahlanma yarışı sona erdi ve kitle imha silahlarının imhası yönünde önemli adımlar atıldı, işte böylesine bir dönemde Dünya'da küresel bir yeniden yapılanma süreci yaşanmıştır. Bu süreçte sadece küresel sermayeye geçiş değil, uluslararası hukukun da yapısal dönüşümü sürecini yaşanmıştır.<sup>76</sup> Sovyetler Birliği'nin çözülmesi, Bağımsız Devletler Topluluğunun kurulması, Doğu ve Orta Avrupa'nın Avrupa Birliği, Rusya ve Ukrayna'nın NATO genişleme süreçlerine dahil olması ve son noktasında adeta altın vuruş gibi Çin'in Dünya Ticaret Örgütü'ne entegre olması...

Libya'nın bu şekilde ilk başkaldıran olarak ortaya çıkışı adeta onun çeyrek asırlık yalnızlaştırılmasına ve en sonunda da Arap Baharı çerçevesinde küresel operasyon

76 Nolte, G/Byers, M. ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri adlı derleme eserlerinde bu yapısal dönüşümü ABD hegemonyasına bağlamıştır. Hardt&Negri 'nin İmparatoru tek bir devlet olsaydı muhtemelen Nolte/Byers ile aynı fikirde olurdu. Bkz. Nolte, G/Byers, M. ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, Phonenix, (çev. Ed: Erdem Denk),2007

merkezi haline gelmesine yol açmıştır. Diğer yandan Libya'nın petrol ihracatçısı bir ülke olması ile 1973 sayılı Güvenlik Konseyi kararı arasında bir ilgi bulmak gerçekten zor. Libya'nın iç karışıklığı sonucu ortaya çıkan ağır insan hakları ihlallerinin gerçekten bir askeri güç kullanmaya varacak bir Güvenlik Konseyi müdahalesini gerektirdiğinin düşünlmesi epey tartışmalıdır.<sup>77</sup>

#### **D. Weber'in Meşruiyet Anlayışı Üzerine Habermas'la İletişimsel Eylem Kuruluşu**

Güvenlik Konseyi'nin düzenleyiciliğinin meşruiyeti üzerine bazı tartışmalara geçmeden yeniden Kozmopolitan söylem ve Habermas'a dönmekte ve hukukun meşruiyeti üzerine kısa bir görüş bildirmekte yarar olabilir. Habermas, Max Weber'in Sosyal Kuramı'na atıf yaparak hukukun meşruiyetinin kökenlerinin fizikötesi sonrası (postmetafizik) kaynaklarda aranması gerektiğini ileri sürmüştür. Nedeni ise batı uygarlıklarının akılcılaştırılması sonucu evrensel bir büyübozumuna gidilmiş olmasıdır.<sup>78</sup> Gerçekten de modern hukukun kaynağının ne olduğunu anlatan kuramın kesinlikle din ve ahlak kökeninden, kültürel görecelilikten ayrıştırılması gerekmektedir.

Weber'in hukukun kökenini pozitivistçi meşruiyete bağlamasını çevrimsel olduğu için reddeden ve toplumsal akılcılaştırma kuramını değiştiren Habermas, akılcı toplumda hukukun meşruiyetini daha gelenekötesi ve fizikötesi sonrasında aramaya yönelmektedir.<sup>79</sup> Hukukun sosyolojisi ve felsefesinden gelen tanımsal ve normatif olmak üzere iki yönlü bakış açısı söz konusudur. Bu şekilde kuralın meşruiyeti üzerinde tartışılabilecektir.

Weber'e göre meşruiyetin dört ana boyutu vardır: geleneksel, geçici inanç, rasyonel değer ve hukuksal yaklaşım. Bunların hepsi ile ilgili sorunlar toplumsal akılcılaştırma sürecinde aşılmıştır. Geriye ekonomik, bürokratik, hukuksal alanın meşruiyeti sorunu kalmaktadır. Habermas burada Weber'e katılmaktadır ve bu meşruluğun hukuk alanına hasredilmesi için gelişmiş toplumun akılcılaştırma yönünde bir adım attığını savunmuştur. Bunun dışında Weber'e katılmadığı nokta ise araçsal akılcılığın gerçek bir nesnel akılcılık olduğu, değer-akılcılığının ise aslında akıldışı olduğu iddiasıdır. Buna karşı iletişimsel hareketin aslında tek bir nesnel dünya görüşünden bireylerin öznel dünya görüşlerinin farklılıklarının ortak noktası olan bir sosyal görüşün varlığını savunur.<sup>80</sup> Nitekim kendisine göre ahlak akılcı temellere oturtulabilir ve güncel sorunlar bu çerçevede tarafsızca yargılanıp akılcı bir şekilde karara bağlanabilir.

Burada en kritik noktalardan biri de hukuk ve ahlak ilişkisinde yatmaktadır. Weber, hukuk ve ahlakı birbirinden tamamen ayırırken Habermas buna karşı çıkmaktadır. Habermas'a göre hukuk ve ahlak birbirini tamamlayan unsurlardır. Aslında hukuk hiç bir

77 Güvenlik Konseyi'nin 1973 tarihli kararına <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Libya%20S%20RES%201973.pdf> adresinden ulaşılabilir. Erişim tarihi 21.11.2015

78 Habermas, Jürgen. Discourse Theory of Law and the Relationship between Law and Religion, Capital University Law Review, 1997, s. 462

79 Habermas, A.g.e., s.463

80 Habermas, A.g.e.s.460-461



zaman tamamlanmamış bir ahlaka dayandırılmaz. Buna rağmen akılcılığı denetleyen öz düzenleyici süreçlerin olaylara tarafsız yaklaşan bir parçasıdır ahlak.

Habermas iletişimsel eylem modelinde toplum yaşamı, ekonomi ve hukukun iç içe olduğunu ileri sürmektedir. Burada varlığın dünyası ile sistem arasında aracılık eden hukuk, para ve iktidarın yönetilmesi için de bir araçtır. Hukukun hem ekonomi ve devletle hem yaşamla iç içe olması bu olanağı sağlamaktadır. Burjuva formel hukuku ve sosyal refah devleti hukukunu tartışan Habermas bunlara karşı kendi hukuk paradigmasını ortaya koymaktadır. Hukuk, yaşam dünyasında şekillenir, ekonomi ve iktidara burada aktarılır. Liberal hukuk modelinde liberal ekonomi ve devlet yapısında üst yapıların git-tikçe daha karmaşık kapitalist yapılar olması ve bunun sosyal adalet ve toplumsal zenginliklerin paylaşımında yaratmış olduğu sorunlar ortaya konmaktadır. Liberal modele eleştirel yaklaşım ise refah devleti modelini önermektedir. Refah devleti modelinde ise devlet liberalizmin aksine küçülmek yerine biraz daha büyüdüğü gibi daha müdahaleci hale gelir ve sosyal sorunları daha fazla gündeme getirmektedir. Ne var ki Habermas'a göre refah toplumu modelinde de politik bir karakterin yaratmış olduğu müdahaleci tavır özellikle hukukun kamu ve özelde dahi belirsizleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Rekabet hukukundan iş hukukuna kadar bir çok alan hem kamusal hem özel ilişkilerde sonuç doğurduğu için mevcut modellerin hiç birinde net bir karşılık vermemektedir.

Habermas, kendi önerdiği model olan prosedüralist hukuk anlayışının modern toplumların yapısını daha kolay açıklayabileceği düşüncesindedir. Yeniden yapılanan paradigma eleştirel kuram modeline dayanmakta ve sosyal bütünü hedeflemektedir. Burada ancak toplum kuramını devreye sokarak bir açıklama yapılabilecektir. Toplum kuramı ile ilgili muhtemelen ortaya konulacak bir çok yaklaşım söz konusudur. Ancak toplumların devamlılığı sorunsalı özellikle ulusötesi ilişkiler çerçevesinde prosedüralist anlayışın çözümlere de uygulanıp uygulanamayacağı çerçevesinde düşünülmektedir. Gerçekten de ulusötesi hukukun toplumsal devamlılık üzerinde yarattığı etki ve aslında toplumsal çözümlerle yakın etkileşimi üzerinde durulmaya değer bir gerçekliktir.

## **E. 90'ların Ulusötesi Hukukunda Bosna ve Irak**

Nitekim Philippe Jessup'ın uluslarötesi kavramı aslında sadece bir hukuka veya sosyal sürece değil bunun öznesi olan bir uluslararası topluluk kavramına da atıf yapmaktadır. Gerçekten de ülkesel sınırların artık gözetilmediği bir tepeden ya da tabandan küreselci yaklaşımlar devletleri aslında bir aidiyet sorunsalına sıkıştırmaktadır. Özneleri birbirinden bağımsız veya birbirine sıkıca bağlı bir uluslararası toplum kavramı kendi içinde belki de bir iletişimsel eylem modeli oluşturmuşlardır bunu ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Bilinen tek bir şey varsa pozitivist ahlakçılık ile aslında hukukun çok ötesine geçen eylemler özneleri var olma savaşı vermek zorunda bırakabilmektedirler.

1990larda Bosna Savaşı adını verdiğimiz Eski Yugoslavya'nın dağılma süreciyle ilgili olaylar belki de Dünya'da uluslararası hukuk çerçevesinde belirli kırımların merkezi olmuştur. Eski Yugoslavya'da Sırp lider Slobodan Miloseviç'in federal parlamentoda başlayan milliyetçi söylemleri ile federasyonun diğer halkları ve Sırp lar arasında büyük gerilimler çıkmasına neden olmuştur. Bu gerilimli dönemin sonucu ister istemez

Boşnaklarla başlayan baskıya direnme ve Yugoslav ordusunun direnci kırma girişimiyle başlayan bir iç savaşa götürmüştür. Bu etnik çatışmanın nedenleri bir yana ilerleyen dönemlerinde şiddeti arttıkça artmış ve Boşnaklar açısından bölge artık yaşanmaz hale gelmiştir. Gerçekten de Tito'nun kurmuş olduğu bağlantısız sosyalizm ulus devleti karmaşık kapitalist yapılarla iktidarı ve ekonomiyi hukuk eliyle kullanan bir sistem olmakla birlikte modernitenin sosyal devleti olarak Habermas'ın prosedüralist hukukunu doğrulamayan bir sistem olarak kalmıştır. Nitekim, Eski Yugoslavya'daki sosyal yapı dikkatle incelenecek olursa, aslında ekonomi-politik bir ilişkinin çatışmanın kökenindeki iletişimsiz nefretin bağlarını açığa çıkarmak için yararlı olabilecektir. Özellikle kırsal bölgede yaşayan sert yaşam koşullarıyla baş etmek için etrafı duvarlarla örülü bir topluluk olan Sırpların kentli ve ekonomik olarak daha rahat durumdaki Boşnaklarla tatmin edici olmayan ve kendi yaklaşımlarında asla meşruiyet kazanmayan sınıfsal ilişkileri bu çözümlenin kökeninde yatan nedenlerden biri olabilecektir.

Her ne kadar sosyal süreçler ve toplumsal çatışma ülkeyi bir dış müdahaleye açık hale getirmiş ise de barışı sağlamak için yapılacak müdahalenin hukuksallığı belirli pozitif hukuk ilkelerine bağlıdır. Bunlardan doğal hak olan meşru savunmanın uygulanmasının iç hukuk açısından zorluğu bir kenara bırakılacak olursa 39-42. Maddeler çerçevesinde bir silahlı zorlayıcı önlem söz konusu olmamıştır.

Bu savaşın kökeni yine de bölgede bozulan barış ve güvenlik anlayışından kaynaklanmaktadır. Birinci Körfez Savaşı'ndan hemen önce İran'la savaşını bitiren Irak bu kez daha aradan bir beş yıl geçmeden Kuveyt'i işgal etti. Bu işgalin gerekçesi olarak öncelikle Kuveyt'in iç sorunu ve muhalefetin daveti ile başlayan daha sonra ise Kuveyt'in zaten büyük Irak topraklarından bir parça olduğu söylemine kadar devam etti.

Irak'ın Kuveyt'i işgalinden sonra olan bitenlerin BM ve uluslararası toplum nezdinde irdelenmesi yerinde olacaktır. Uluslararası toplumun bu tek taraflı işgale bir yanıt vermesi gerekmektedir. Bu yanıt ancak bir uluslararası toplum yanıtı veya örgütsel bir yanıtla mümkündür. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 678 (1990) Sayılı Kararından önce küresel güçlerin bir ortak meşru savunma anlayışı ile hareket edilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımları Hardt ve Negri'nin biyopolitik iktidarının müdahaleci tavrına tipik bir örnek teşkil etmektedir.

Biyopolitik iktidar kuramını gerçekleyen en önemli örnek belki de Habermas'ı dahi şaşırtan ABD Hükümetinin Eylül 2002'de açıklamış olduğu Ulusal Güvenlik Stratejisi ve Irak'ın 2003'te işgali yoluyla uluslararası hukukun ABD tarafından iki kez görmezden gelinmesidir.<sup>81</sup> Habermas ulusal çıkarlarını etik olarak haklı çıkardığı gibi bir varsayım ile hareket etmiş olsa bile BM'yi hiçe sayarak bu hareketi gerçekleştirdiğini ileri sürmektedir.<sup>82</sup> Habermas, Kant'ın projesinin devam ettirilebilmesi için 1918 sonrası Wilson ve Roosevelt gibi başkanların izlemiş olduğu *enternasyonalizm* politikasına bağlı kalınarak gerçekleştirilebileceğinin altını çizmektedir. Nitekim, bunun hukuksal yansımada, uluslararası hukukun anayasallaştırılmasında 1945 ile başlayan süreç önemli bir yer tutmaktadır.

81 Habermas, Bölünmüş Batı, s.110

82 Habermas, age.

Koskenniemi Irak'ın işgalini evrensel bir ihlal olarak görmektedir. Bunu ayrıntılı bir şekilde açıklayacak olursak öncelikle diyalektik kavramına değinmekte yarar vardır. Mevcut toplum yapısının kökten istikrarsızlığının diyalektiğini ancak yapı söküm ile açıklayabileceği düşüncesine bağlanmıştır. Diyalektik, hukuk çalışmalarının peşinden gittiği hukuksal biçimciliği ve farklılaşmaları tarihsel açıdan açıklamanın çerçevesini oluşturabilir. Marksist tarih yaklaşımının merkezinden bakıldığında gerçek ve sahte bir evrenin içinde gerçek insan merkezli ve siyasal özgürlük arasındaki seçimi de yansıtmaktadır. Gerçek evrenselciliğin içinde genelin çıkarları arasındaki uyum ortak bir ihlal burukluğu duygusunu birlikte getirmektedir. Belirli bir kesimde değil genelde yaşanan bir ihlal duygusu söz konusudur. İşte bunlara evrensel ihlal demektedir. Marx'ın uluslararası hukukun özgürleştirici vaatlerini ancak evrensel bir insanlık duygusu kurmak için tek tük yakınmaları evrenselleştirecek bir araç olarak görme arzusunun da yansıtmaktadır. Buna karşılık Chimni uluslararası hukukun kurallarının bilinebilir ve nesnel olması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>83</sup>

#### **F. Self-Determinasyonda Bir İstisna**

İlk olarak bu süreçte İsrail-Filistin sorununa değinmekte yarar bulunmaktadır. Savaşta kazananların Avrupa'da kurmaya başladıkları düzende öncelikle Almanya üzerine savaşında karşı bloktan kazananı Sovyetler Birliği ile bazı pazarlıkları sonuçlandırması gerekti. Bu süreç zaten aynı zamanda savaş suçlularının yargılanması ile yeni dünya düzeninin ilan edilmesi için zaman kazandırmıştır. İsrail devletinin kuruluşuna ilişkin İngiltere'nin önderliğinde ortaya çıkan süreç ve Filistin topraklarına yerleşen Yahudi göçmenlerin artık bir devlet sahibi olmasıyla başlayan çatışma işte uluslararası hukuk açısından en karmaşık en çelişkili durumlardan birini oluşturmaktadır.

Filistin toprakları diye bilinen ve Osmanlı'dan çözümlü İngiliz kontrolüne geçtikten sonra burada ikinci bir dünya savaşı geçirdikten sonra bir bürokratik raporla "self-determinasyon" hakkının kazanılıp kazanılmadığı veya bu ülke içinde sonradan ilan edilen bir Filistin Devleti'nin var olup olmadığının birlikte değerlendirilmesi bu çelişkilerin başında gelmektedir. Gerçekten İmparatorluk için son derece zor bir başlangıç olarak bakılabilecek bu tartışma "Ortadoğu" dediğimiz zaman ilk çağrışımların başında gelmektedir. Bölgede kurulan İsrail devletinin Mısır, Suriye, Lübnan gibi devletler başta olmak üzere bölgedeki Arap uluslarıyla çatışarak Filistin halkının intifada sürecinde şiddeti sürekli hale getiren varlığı son dönemde İran gibi bölgesel bir güçle karşı karşıya gelerek bölgede varlığının Güvenlik Konseyi'nin amaçlarıyla uyumluluğu ikinci bir yapısalılık-gerçeklik çelişkisi yumağı oluşturmuştur. Yaser Arafat döneminden beri bir çok Filistinli'nin, Filistin davasını haklı çıkarmak amacıyla Türkiye'nin İsrail gibi işgalci olduğunu, adadan askerini çekmesi gerektiğini söylemesi bu çelişkiyi gözler önüne sermek amaçlıdır.<sup>84</sup> Nitekim Panoptikon aktörü Güvenlik Konseyi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin

83 Chimni, a.g.e.

84 Konuyu pekiştiren resmi girişimin haberi için bkz. [http://www.ntv.com.tr/dunya/filistin-lideri-abbastan-rum-kesimine-destek,f1IVfGHwuU-YWUz3HWTCOA?\\_ref=infinite](http://www.ntv.com.tr/dunya/filistin-lideri-abbastan-rum-kesimine-destek,f1IVfGHwuU-YWUz3HWTCOA?_ref=infinite), erişim tarihi:21.11.2015

tanınmasının uluslararası barış ve güvenlik açısından tavsiye edilmeyeceği yönünde bir karar alırsa İsrail'in varlığını kabul etmesi büyük bir çelişki oluşturacaktır. Oysaki hiçbir tarihte İsrail'in varlığı bu organ nezdinde sorgulanmadığı gibi kitle imha silahlarının sınırlandırılması gibi misyon edindiği ve İran gibi ülkeleri sıkı gözetime aldığı son dönemlerde dahi İsrail'in sahip olduğu silahlar ve bunların meşruiyeti hiç sorgulanmamıştır bile. Bu çelişkiler sadece ülkesini kaybeden halkın bir dönem temsilini yapan Yaser Arafat değil, günümüz Rusya Federasyonu Devlet başkanı Vladimir Putin tarafından da Kosova'nın bağımsızlığının ilan edildiği ve devletlerin ardı ardına tanıma açıklamalarının ardından dile getirilmiştir: "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni neden tanımadınız?".<sup>85</sup>

İşte bu şartlar arasında Küba'da üretilecek bir önleyici veya önalıcı meşru savunmanın<sup>86</sup> özellikle çift kutuplu Dünya'da karşı blokun apokaliptik çılgınlığı ihtimaline karşı önemli bir doktrin olarak gözükmekteydi. İsrail'in de yine Yemen müdahalesinde bu doktrinden yararlanması bu dönemi artık neredeyse *Caroline-McLeod*'a asırlık dönüş olarak görmemize yetmiştir. Nihayetinde saldırı olmaksızın ortaya çıkacak bir müdahaleye meşruiyet kazandırmak hiç de kolay olmamıştır.

Ne var ki ABD ve İsrail yönetimlerince ülkesel bazda dile getirilen bu ifadeler hiçbir zaman Güvenlik Konseyi kararlarında kendini göstermemiştir. Bu nedenle günümüz klasik uluslararası hukuk yazınında "önleyici veya önalıcı meşru savunma" BM Şartı'nın 51. Maddesi kapsamında düşünülemez. Ama bu demek değildir ki bu durum da hep böyle kalmaya devam edecektir. Zira bir tür panoptikonizm aracı haline gelen Güvenlik Konseyi nasıl 1983 yılında ilan edilen KKTC'yi tanımama gibi bir kararı Güvenlik Konseyi çerçevesi dışında verebildiyse bu tür çerçeve dışı eylemlere devam etmesi pek muhtemeldi ve nitekim etti de. 1996 yılında NATO'nun Kosova müdahalesi ile başlayan süreçte bir insancıl müdahale kavramı gündeme gelmiştir.

### **G. Tikelliğin İçinde Bir Tikellik Peşinde: İnsancıl Müdahale**

İnsancıl müdahale gibi bütün anlatılanların ve yazılı pozitif hukukun dışında bir kavramla karşılaştığında insanın aklına epey sofistike ve karmaşık bir tanımla karşılaşacağı düşüncesi gelebilir. Ne var ki eleştirel bir yaklaşımla insancıl müdahalenin ne olduğu kısaca şöyle belirlenebilir: Uluslararası hukuktaki müdahale yasağını insancıl nedenlerle aşmak. Diğer bir deyişle insancıl müdahale, Panoptikon'un kullanabileceği müdahale kapıları kapandığı zaman bir acil durum arka kapı girişidir. Öncelikle bu durumu açıklayalım. Güç kullanma ile ilgili olarak savaş ve barış hukukunun yazıldığı Grotius tarihinden itibaren var olmasına rağmen bütün bahaneleriyle istisnaları yok edilen saldırgan güç kullanımı sadece iki kapıdan içeri girebilir halde bırakıldı: meşru savunma ve uluslararası barış ve güvenliğin bozulması.

<sup>85</sup> Konuyla ilgili haber için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/putin-kkctcyi-savundu-8234253>, erişim tarihi:21.11.2015

<sup>86</sup> İngilizcede bu iki acayip durum için bırakın meşru savunmaya ilişkin hükümleri, birbirini dahi açıklamadığından olsa gerek iki ayrı kavram üretilmiştir: "*preemptive*" ve "*preventive self-defense*". Nefs-i müdafaa sanki daha uygun gibi gözükse de üçüncü devletler adına dahi yapılabileceği göz önüne alındığında meşru savunma denilmesi daha yerindedir

Yukarda sözü edilen iki kapı Franz Kafka'nın Dava kitabında başkahraman K'ya kilise yargıcının anlatmış olduğu adaletin kapısından içeri girmek isteyen taşralının karşısına çıkan kapılar olsaydı, uzun boylu iri yapılı, sivri burunlu, tatar sivri sakallı kürk kaban giymiş bekçi de Güvenlik Konseyi olurdu. Zira Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin bozulması ve meşru savunmanın gerekli önlemlerin alınmış olması sınırlarını çizen bir yetkiyle donatılmıştır. Bunlardan devletlerin kendi kendilerine başlatabileceği meşru savunma eylemini ne zaman sona erdirmeleri gerekliliğine karar vermektir. İkincisi ise uluslararası barış ve güvenliği bozucu durumu tespit etmek ve gerekirse yeniden tesis etmek için zorlayıcı önlemleri almak. İşte bu iki kapı güç kullanmanın modern uluslararası hukukta var olan iki kapısıdır. Bu kapının denetiminin verildiği Güvenlik Konseyi'nin resmi söyleminde 39-51. Maddeler arasında olmayan bir "insancıl müdahale" kavramından söz edilmesi düşünülemez bile. Bundan dolaydır ki insancıl müdahale kavramı içinde en fazla geçen 1996 Kosova müdahalesi çok büyük önem arz etmektedir.

Kavramları bir türlü netleştirmenin zorluğu içinde meşru savunma ile uluslararası barış ve güvenliğin bozulmuş olmasının bazı olaylar bakımından ayrıştırılmadığı durumlar bir yana şimdi her iki duruma ek olarak bir de insancıl müdahale kavramı kullanılabilir. Kosova'da NATO kendi adına değilse bile üçüncü bir ülke adına meşru savunma hakkını kullanmış olabilir mi diye düşünürken aslında BM adına 42. Maddedeki güç kullanmayı içeren zorlayıcı önlemleri yerine getirdiği dahi düşünülebilirdi. Ne var ki her iki durumda da bir Güvenlik Konseyi tespiti gerekirdi. Bunun uluslararası bir haktan doğup doğmadığı temelinde, bir hukuka uygunluk tespitinden ziyade uluslararası barış ve güvenliğin yeniden sağlanması için bir çağrı olmalıydı. Yukarda sayılanların hiç biri olmadı, Güvenlik Konseyi ex post facto almış olduğu bir kararda müdahalenin hukuka uygunluğundan değil meşruiyetinden söz etmiştir. Zira meşru savunmaya veya Güvenlik Konseyi'nin zorlayıcı önlemler alma yetkisini kullanmasına sokulabilecek bir durum değil. Burada belki de öncül sorumuz şudur: İnsancıl müdahaleyi gerektiren insancıl hukuk ihlalleri aynı zamanda uluslararası barış ve güvenliğin bozulmuş olması sonucunu doğurabilir mi? Bu denklem her bir durum için totoloji oluşturabilir mi?

Bu noktada yine önemli bir tanıma ulaşmak gerekmektedir: Uluslararası barış ve güvenliğin tanımı. Barış ve güvenliğin uluslararası olması gerçeği ülke içine müdahale edilemeyeceği, içişlerine karışılmayacağı gerçeği ile karşı karşıya geldiğinde nasıl bir tavır alınmalıdır? Nitekim uluslararası barış ve güvenlik, uluslararası barış ve uluslararası güvenlik dediğimiz iki kavramdan meydana gelmektedir.

Öncelikle barış durumunu açıklamak gerekmektedir. Barış sadece de facto çatışmada olmamak değil, çatışmaya erişmese dahi düşmanca tavırlar içinde olmamaktır.

Uluslararası barışın tanımı, Grotius'un savaş ve barışından beri belki dünyada en fazla üzerinde durulan uluslararası hukuk sorunsalının başında gelir. Bir ulusun ve onu oluşturan halkların iç barışının sağlanması ile ulusların oluşturduğu uluslararası toplumun barışının sağlanması arasında ciddi bir paralellik olduğu düşünülebilir.

Uluslararası güvenlik tanımı ise başlı başına sorundur. Güvenlik sadece bir bölgede de *de facto* çatışma olmaması değil, aynı zamanda çatışma beklenmemesinden başlayan bir öznel duygudur. Barış nasıl çatışmanın önlenmesi, sona erdirilmesi gibi anlamlar

taşıyorsa güvenlikte çatışmadan uzak bölgelerin yaratılması, bölgedeki bütün özneler açısından çatışma beklentisi veya çatışma korkusunun olmaması gibi daha derin bir siyasal ilişkiler ağına götüren bir süreçtir. Barış ve güvenlik arasındaki bu ilişki açıklandıktan sonra şu soru ile istem dışı bir karşılaşma yaşanabilmektedir: Güvenlik bir kalıcı barış durumu mudur?

Güvenlik olgusuna nesnel bir bakışla baktığımızda doğrulanabileceği halde öznel bir bakışın aynı konuda aynı duyguları verebileceğinden emin olmak çok zordur. Çünkü bazen bu öznel güvenlik duygularını oluşturmak için bazı toplumların diğerlerine karşı duyumsadıkları obsesyon duygusunu yenmeleri gerekmektedir.

## II. Uluslararası Hukukun Yaptırım Gücü, Özneler ve Kurallar İlişkisi

### A. Modernitenin Uluslararası Ekonomi Hukuku

20. yüzyılın son çeyreği ile 21. Yüzyılın ilk çeyreğinin tamamlanmasına on yıl kala Uluslararası Ekonomi Hukukunda inanılması güç ileri atılımlar gerçekleştirilmiştir. Kapitalizmin son projesi küreselleşme ile küresel bir ekonomik entegrasyon sürecine girilmesi özellikle uluslararası ekonomi antlaşmalarını ve bunların kurduğu sistemler yoluyla çokuluslu sermayenin dünyanın farklı bölgelerine taşınmasını güvence altına almaktadır.

İlk olarak uluslararası ticareti hukukunun GATT Uruguay Çevrimi'nin tamamlanması ve böylece Dünya Ticaret Örgütü'nün de kurulmasıyla Küresel Ticaretin Özgürleşmesi adımı atılmıştır. Böylece, yeni ilkeler ve kurallar devreye sokulmuştur. Bunlar arasında en çok gözetilen ulus kaydı, ulusal muamele kaydı, anti-damping ve rekabet yasaları ile fikri hakların korunması sayılabilir.

İkinci olarak yatırım hukuku ile ilgili antlaşmalar buna örnek olarak verilebilir. Devletlerin karşılıklı yapmış oldukları çift taraflı yatırım sözleşmeleri ile yabancı yatırımcıları güvence altına alırken MIGA(Multilateral Investment Agency), TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights), TRIMS (Trade Related Investment Measures) ve GATS (General Agreement on Trade Services) ile çokuluslu sistemler de oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu sözleşmelerin çoğunun konusu ticari olmayan risklere karşı yatırımcıyı korumaya yöneliktir.

Üçüncü olarak Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası gibi uluslararası finans kuruluşları bir parasal birlik anlayışı içinde kurulmuştur. Bu düzenle 1944 Bretton Woods düzeninden beri küresel kurların düzenlenmesinde epey aşama kaydedilmiş, yukarıda sözü edilen ekonomik entegrasyonla finansal entegrasyon birlikte sağlanmaya çalışılmıştır. Bunun yanında bir çok devlet dışı aktörün bir *lex mercatoria* geliştirmek için önünün açıldığı oldukça göze çarpmaktadır.

### B. Modern Dönemin Uluslararası Sözleşmeler Hukuku

Uluslararası sözleşmeler konusunda eleştirel okulun devamında ortaya çıkan Eleştirel Marksist Hukuk Okulu farklı bir yaklaşım getirmektedir. Uluslararası sözleşmeyi yeni bir sosyal düzen kuran ya da mevcut sosyal düzeni sürdürme amacı olan insan yapımı bir araç olarak gören anlayış günümüzde sözleşme ya da sözleşme benzeri araçları da bu yaklaşımla farklı bir açıdan ele almaktadır.

Eleştirel Marksist Uluslararası Hukuk Ekolü uluslararası sözleşmeler üzerinde işlevci bir yaklaşıma sahiptir. Uluslararası sözleşmelerden sağlanan hukuksal anlatımın formel bir mantık değil, işlevci bir mantıkla yorumlanmasını ileri sürmektedir. Bu bize biraz amaçsal (teleolojik) yorum yönteminin belirttiği gibi işlevsel kökeninden kuralın yarattığı sonuçların ve sosyal değişikliklerin birlikte değerlendirilmesini öngördüğü izlenimini vermektedir.

Bunu beş ana boyutta değerlendiren Ekol, ilk olarak uluslararası sözleşmelerin yerine getirilmesi sorunsalı ile ilgilenmiştir ve Viyana Sözleşmesi'nin diplomatik ve siyasal tüm zorlayıcı yöntemleri içerecek şekilde yeniden yazılması gerekliliğini öne sürmüştür.<sup>87</sup> Böylece güçlü emperyalist devletler ile üçüncü dünya arasında zorlayıcı hukukla karşı karşıya kalma açısından var olan eşitsizlik bir oranda kapanabilecektir.

İkinci olarak Ekol halk tabanlı bir sosyal etki oturumuna taraftardır. Buna göre uluslararası müzakereler için yapılacak belirleme ve oturumlar tamamen halkların iradelelerini yansıtacak şekilde olmalıdır.<sup>88</sup> Müzakerelerin alt sınıfların da dahil olacağı bir temsil sistemi ile daha şeffaf yapılması gerekliliği üzerinde durmaktadır.

Üçüncü olarak sözleşmelerin uygulanmasında daha geniş bir esneklik payı bırakılması öngörülmektedir. Bununla ilgili olarak yapılmış kurumsal değişiklikler bir yana aslında Dünya Ticaret Örgütü örneğinde olduğu gibi ulusal uygulamaların özerkliği yeknesaklıktan önemlidir.<sup>89</sup> Böylece aslında alt sınıflara haklarını ileri sürebilecekleri bir ulusal ortam yaratılabilecektir.

Dördüncü olarak uluslararası gelenek hukuku kurallarının yorumlanması ile ilgili olarak kavramların değil sosyal köklerin esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Burada Wittgenstein yaklaşımı olan bir dil kuramına atıf yapan Ekol, ahlak ya da hukuk olması fark etmez kavramların dokulararası kavramlar olması yönünde yaklaşım sergilemektedir.<sup>90</sup>

Ekol, son olarak *rebus sic stantibus* konu ve doktrin değişikliğine bağlı olarak herkesin üzerinde uzlaşacağı adil bir sözleşme için yeniden gözden geçirmeyi öngörmektedir.<sup>91</sup> Böylece, eski usulde son derece istisnai olan bu ilke ya da kloz özellikle bağımsız olmayan devletlerin/ülkelerin ağırlaştırılmış sözleşme hükümlerinin mağduru olmaları engellenecektir.

Yine özellikle uluslararası hukukta gelenek hukuku kurallarıyla ilgili bu Ekol'ün eleştirisi hem taksonomik ontoloji hem de oluşma sürecine ilişkindir. Bunlardan ilkinin hali hazırdaki baskın doktrin çerçevesinde açıklamaya çalıştığımızda ikinci sorunun yanıtına gerek duyulmaktadır. Bundan dolayıdır ki karşımıza ciddi bir yöntembilimsel sorun çıkabilmektedir. Zira bütün kurallar içinde neden bazılarının gelenek hukuku haline geldiği veya gelenek hukuku kuralı olduğu ama diğer kuralların farklı şekilde oluştuğu ilk ve

87 Chimni, a.g.e., s. 68

88 Chimni, a.g.e., s.69

89 Chimni, a.g.e.

90 Chimni, a.g.e., s.70

91 Chimni, a.g.e.

bağımsız olarak yanıtlanması oldukça zor olan bir sorudur. Gelenek için ortaya çıkacak bir *opinio iuris*'in zaten bir sözleşme anlayışı içinde gelecek olması ciddi bir burjuva uluslararası hukuku anlayışı sorunsalı iken *yaygın devlet uygulamaları* unsuru başlı başına çoğunlukçu bir anlayıştır. Yine Ekol, her ne kadar gelenek hukukunun tamamını alt sınıflar için tehdit olarak algılamasa da yaygın devlet uygulamalarının zaten burjuva devlet anlayışı çerçevesinde gerçekleşmesini ise tipolojik bir sorun olarak algılamaktadır.<sup>92</sup> Her ne kadar Ekol, ısrarcı itirazcı olarak güçlü devletlerin gelenekten kaçış yolunu açtığını iddia etse de diğer devletlerin bu çıkışı kullanmalarına engel bir durum yoktur.

### C. Ortak Bir Uluslararası İnsan Hakları Projesi

Kant'ın Ebedi Barış'ının şüphesiz en önemli verilerinden biri de Dünya Vatandaşlığı'nın olmazsa olmazı bir uluslararası insan hakları korumasıdır. Gerçek anlamda böyle bir korumayı sağlamak için şüphesiz uluslararasılaşmış bir doğal bireysel hak kuramının evrensel değerler üzerinden uluslararası hukuka aktarılması gerekmektedir.

Devlet hukuku ve devletlerarası hukuk gibi kavramlara bir de Dünya vatandaşı hukukunu ekleyen Kant, devlet içi hukuku küresel çatışmayı engelleyen küresel bir hukuk oluşturmaya yardımcı olabileceğini ileri sürmektedir. Nitekim, gerçekten de Kant'a göre mevcut uluslararası hukuk bunun için yeterli bir araç değildir.

Habermas Kant ile ilgili sonraki nesillerin tespitlerinin ve çağcıl yorumlarının uygun olmadığını ileri sürmektedir. Bundan dolayıdır ki öncelikle tespitlerini dört ana noktada toplamaktadır. Bunlardan ilki savaş ve barış konusuna ilişkindir. Kant 1648 Westfalya barışı ile oluşan Avrupa Devletler Sistemi'nin getirmiş olduğu savaşmayı yasaklayan kurallarının sürdürülebilirliğinin ancak devletlerarası bir barışla olabileceğinden söz etmektedir. Zira savaş sırasında oluşan yağma, köleleştirme, özgürlüğün yitilmesi ve hain dezenformasyonu savaşın olağan halleri olarak yorumlamaktadır. Bu sonuçları destekleyen ve isteyen devletler bir araya geldiğinde nasıl barışı sona erdirirlerse bir araya gelen devletlerin oluşturacağı bir barış birliği de pekala savaşları sona erdirebilecektir. *Ius ad bellum* onun bakışından aslında tam da hukuk sayılamaz. Devletlerin bugünkü anlamlarından çok daha farklı olarak siyasal amaçlarla sınırlandırılmış savaşlar yapmaya hakları bulunmamaktadır.<sup>93</sup>

Kant'a göre Ebedi Barış, dünya vatandaşlığının yalnızca bir bulgusu olacaktır. Bundan dolayıdır ki klasik devletler hukukundan bunun farkı olan *ius cosmopolitanum* a özgü olan ortaya çıkarılmalıdır.<sup>94</sup> Diğer yandan Kant bir özgür devletler federasyonunda devletlerin bağımsızlıklarını ve devamlarını korumak için fazla sıkıntı çekmeyeceklerini, dışardan gelebilecek herhangi bir tehdidin federasyon tarafından bertaraf edileceği için aslında bütün devletlerin üye olduğu bir federasyonun da dışarıdan tehdit beklentisi olmayacağını belirtmiştir. Frankfurt Okulu temsilcisi Habermas'ın en büyük eleştirilerinden birisi de bir milletler cemiyetinin devamlılığı ile devamlılığı olan bir hukuk kongresini

92 Chimni, a.g.e. 70-71

93 Habermas., a.g.e. s. 71

94 Habermas, a.g.e., s.72



karşılaştıran Kant'ın bir ikilemi olduğudur. Bu ikilem içinde hem devletlerin kendi bağımsızlıklarını koruyabildikleri bir ayrılabilir federasyon ile aynı zamanda uluslararası anlaşmazlıkları medeni bir şekilde çözebilecekleri zorlayıcı bir hukuku barındırmaktadır. İkincisi her durumda bir anayasal düzene benzer hukuksal yükümlülük ve zorlayıcı kurallar içermelidir.<sup>95</sup>

Salt akli eleştiren Kant, uluslararası hukuk ile aklın birleşmesi noktasında da devletin hem kendini koruyan yasama erkini tanımadığı hem diğer devletlerle bunun için savaşmadığı bir uluslararası toplum düzeni olan bir özgür federalizmden söz etmektedir.<sup>96</sup> Habermas bundan dolayıdır ki egemen devletler olarak kalacak devletlerin kurulacak bu düzene öz-bağlayıcılığının nasıl sağlanacağı konusunu devletlerin ahlaki yaklaşımlarında değil, hukuksal kurallara bırakmak gerektiği, daha da özelinde uluslararası bir anayasa oluşturulması gerektiği kanısındadır. Gerçekten de Aristoteles'in nesnellik anlayışına dönmeksizin hiç bir büyük anlatının ahlak yöntemi bulamadığı bir dönemde değer yargıları ile baş etmek için pagan direnişi gösteren Habermas'ın öngörülerini günümüz uluslararası insan hakları hukukunun "değer yargısı bazlı" anayasallaşma sürecine ışık tutmaktadır.<sup>97</sup>

Evrensel değer yargısı oluşturularak neredeyse Kant'ın dediğine yakın bir insan hakları normatif sistemine ilk adımlar 1948 beyanname ile atılmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından çıkarılan katalog sonrasında daha etkili bölgesel Avrupa Konseyi ve İnter-Amerikan Konseyi tarafından bu bölgesel olarak uygulamaya geçirilmiştir. Evrensel beyanname gerçek anlamda bir anayasal sistem olmasa da en azından bu değer yargılarını normatif düzene aktarmış olmak açısından en ileri adımdır. Gerçekten de herhangi bir ülkenin vatandaşı olmaksızın küresel bir devletler örgütü çerçevesinde temel insan hak ve özgürlüklerinin determinist bir anlayışla ortaya konmasıdır. Koskenniemi'nin söylediği gibi uluslararası hukuku sadece devletlerin özneler olarak birbirleri ile karşı karşıya geldiği, toplumların spontane gelişen zaferleri üzerinde konuşan ama insan unsurunun olmadığı bir şekilde düşünmek sadece ideolojik olabilir.<sup>98</sup>

Koskenniemi, burjuva hümanizmi ve devletin yapısını teolojik olarak nitelemektedir. Bundan dolayıdır ki aslında bazı noktalarda orta çağın teolojik devlet yapısıyla birleştiği zamanlar vardır.<sup>99</sup> Modern siyasal teolojinin ev hapsi olarak isimlendirdiği modern

95 Habermas, a.g.e., s.75

96 Habermas, a.g.e., s.74

97 Habermas'ın pagan direnişi ifadesiyle anlatılmak istenen düşünceyi yönlendiren ya da kısıtlayan herhangi bir sisteme bağlı olmaksızın yargıları duruma göre şekillendirebilmesidir. Burada sözü edilenin aslında bir "değersizlik" ya da nihilist yaklaşım olmadığına dikkat çekmekte yarar bulunmaktadır.

98 Koskenniemi, a.g.e., s.45

99 Koskenniemi, Martti. What should International Lawyers learn from Marks?, International Law on the Left: Re-Examining Marxist Legacies, Susan Marks (ed) Cambridge. s.33-38. Burada özellikle Hegel'in Philosophy of Right (Hakkın Felsefesi) eserine ve Feuerbach'ın Sosyal Fenomen-Çağın Ruhuna atf yapan Marx'ın yorumu üzerine bir analiz yapmaktadır. Hegel'in devleti dinin yerine geçip aile ve toplumun üzerinde bir yer almasının devletin seküler modernitede çerçevesinde yapılan ilk yorumu olarak görmektedir. Marx daha sonra buna burjuva devleti düşüncesinin altında yatan dinsel mistisizm adını verecektir. Liberal modernitenin kişiselleştirilmiş devlet anlayışının yaptığının aynısını yapıp insan toplumunu kendine yabancılaştırdığını ileri sürmektedir.

devletin insan hakları dini kalıbını eleştirmektedir. Bu durumu da seküler devletin aslında orta çağ din devletinin yerine geçmesiyle birlikte bir devlet dinini yerleştirip, daha sonra bu hatasını insan hakları dinine tabi olarak düzeltmiştir.<sup>100</sup> Özellikle idealizm ile realizm arasında ikili duruşa atıf yapan Koskenniemi metadeğere dönüşen uluslararası sistemde aslında bu iki yaklaşımın anlamsızlığı üzerinde durmaktadır.<sup>101</sup> Koskenniemi'nin Derrida'nın biçimselcilik yaklaşımını kullanarak uluslararası hukukun aslında değişken bir zeminde hareket ettiğini, yorumla birlikte aslında bu değişkenliğin arttığını ileri sürmektedir.<sup>102</sup> Gerçekten de eserinde ütopyayı bir hedef, bir kutup noktası olarak gören Koskenniemi, aslında Apolojiden miras kalan parçalarının aslında karşıt pozisyonlarda kullanılabilecek uluslararası hukuk bölümlerinden söz etmektedir. Bundan dolayıdır ki hukuk doktrinleri sabit bir zeminde olmadığı gibi bir biri ile zıt sonuçlara ulaştırılabilecektir.

Brad Roth, 1982 yılında Steven Lukes tarafından ortaya atılan "*Bir Marksist evrensel bir insan hakları yaklaşımına inanabilir mi?*"<sup>103</sup> sorusundan yola çıkarak bazı çıkarımlarda bulunmaktadır. Marksizmin temel ilkeleri ile uyuşmayan böyle bir anlayışa bir Marksistin adapte olmasını olanaksız görürken, Marksist kuramın uluslararası insan haklarının korunmasına katkıda bulunacağını ifade etmektedir.<sup>104</sup> Marx'ın 1845'te yazmış olduğu *Yahudi Sorunu Üzerine* adlı esere atıf yaparak siyasal özgürlük ve insan özgürlüğü arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Fransız ve Amerikan devrimlerindeki temel haklar bildirelerinin aslında ikincisinden ziyade birincisi için araçsallaştığını ileri süren Roth, Marx'ın "*hiç bir insan hakkı egoist insanın, medeni toplumun parçası bireyin, daha da açıkçası toplumdan farklı gelişen kişisel çıkarları, isteklerinin önüne geçemez*"<sup>105</sup> ifadesine dayanmaktadır.

Roth burada iki ana konuyu gündeme getirmektedir: Bunlardan birincisi insan haklarının evrenselliğini sorgulamaya çıkarılabilecektir. Sınıflara bölünmüş bir toplumda haklar, hukuka uygunluk, demokrasi gibi kavramlardan söz etmek çok zordur. İkincisi insan haklarına dayanak olarak gösterilen nötralist ethosu Marksist diyalektik ile çözümlenmenin önemini göstermektedir.

TWAIL (UHÜDY- Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımı) üyesi Obiora Okafor da yine İnsan Hakları'nın uluslararası alanda korunması konusunda Marksist yaklaşımla birlikte güncel sorunları yeni bir perspektife sokmayı başarmıştır. Okafor yine bu girişimden Baxi'nin "ticarete ilişkin, Pazar dostu insan hakları" kavramına atıf yaparak *üçüncü dünyacılık* denilen kavramla Marksizmin kesişme noktasında insan hakları

100 Koskenniemi, a.g.e., 35-37

101 Koskenniemi., a.g.e. s. 44

102 Koskenniemi, From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument, Finnish Lawyers Publishing Company, 1989, s.475

103 Sorunun orijinali "Can a Marxist believe in human rights?", çevirisi, çeviribilim ve anlambilim ilkeleri çerçevesinde bu çalışmanın yazarı tarafından yapılmıştır.

104 Roth, Brad. Marxian Insights for The Human Rights Project, International Law on the Left, Re-Examining Marxist legacies, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008

105 Çeviri bu çalışmanın yazarı tarafından İngilizce metinden yapılmıştır.

sorunsalını eleştirmektedir.<sup>106</sup> Okafur geç yirminci yüzyıl ve erken yirmibirinci yüzyıl dönemlerinde uluslararası ticaret hukukundaki gelişmelerin arka planlarını ele almaktadır. Baxi bu ortamda ticarete ilişkin, Pazar dostu insan hakları kavramı ile baskılanan sınıfların sömürülmesinin meşruiyetinin önünün açıldığını ileri sürmektedir.<sup>107</sup>

Chimni ise insan haklarına bakışında Marx'ın "Hak hiç bir zaman toplumun ekonomik yapısı ve kültürel gelişme şartlarından daha üstte olamaz" anlayışından hareket ederek değerlendirme yapmakta ve uluslararası yapının sadece ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesindeki gibi desteklendiği ve BM İnsan Hakları Komisyonunun bile uluslararası ekonomi sözleşmelerinin insan refahına katkıda bulunacağı açıklamasına yönelik eleştirisini ön plana çıkarmıştır.<sup>108</sup>

### **Yaklaşım Farkı ve Sonuç**

İlk olarak şu sorun üzerinde düşünmekte yarar bulunmaktadır: Anayasallaştırma bir ontolojik sorun mudur? Zira, burada ana konunun anayasallaştırma olmadığı ve tüm çerçevesiyle anayasallaştırmayı tartışmanın başka ve çok daha kapsamlı bir çalışmayı gerektireceği kesindir. Ne var ki bu durum Habermas bakımından hiçte böyle değildir. Habermas sosyal-ontolojik yaklaşım olarak gördüğü realizmi Kant'ın idealizminin karşısına koyduktan sonra durumu hemen bir anayasallaşma sorunu çerçevesinde çözmek istemektedir. Kelsen'den beri var olan uluslararası hukuk veya Grotius'dan beri var olan uluslararası hukuk hiç bir zaman öznelere, ilkeleri ve hukuksal ilişkileri ile ulusal hukuklarda var olduğu şekliyle bir anayasallaşma peşinde değildir. Günümüz doktrininde TWAIL, Marxistler ve pozitivistler dahil akademide uluslararası hukukun ontolojik sorunu olarak anayasallaşmayı tartışmaya yönelik bir yaklaşım veya ekol bulunmamaktadır. Peki neden Habermas doğrudan anayasallaşma gibi bir tartışmayı ontolojik sorunun ön şartı olarak koymaktadır?

Habermas'ın gözünden baktığımız zaman kendisi bu tartışmayı üç ana gruptaki görüşleri karşılaştırarak yürütmektedir:<sup>109</sup>

- politik olarak tasarlanmış dünya toplumunun gereksinimlerine karşılık gelen bir dünya cumhuriyeti
  - devletler hukukunun liberalleştirilmesi veya da liberal küresel güç etiği
  - yenilenen dünya düzenine uygun alternatif akımlar
- Bunlardan ilki üzerinde ayrıntılı durmak yerine Kant'ın ontolojik soruna yaklaşımı ile ilgilenmekte yarar bulunmaktadır.

Kant'a göre uluslararası hukuk oyunun kurallarını şu şekilde tespit eder:

- Katılım koşulu: Egemen bir devlet sosyal ve coğrafi sınırlarını etkin bir şekilde

106 Okafur, Obuyara Chinedu, Marxian embraces (and de-couplings) in Upendra Baxi's Human Rights Scholarship: A Case Study, International Law on the Left, Re-Examining Marxist legacies, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008

107 Okafur, a.g.e.

108 Chimni, a.g.e., 83-84

109 Habermas, age.,s. 111-181

- kontrol etmek ve kendi içinde hukukun üstünlüğünü ve düzeni sağlamak zorundadır.
- Kabul edilme koşulu: Bir devletin uluslararası egemenliğinin tanınmasına bağlıdır
  - Devletin Statüsü: Egemen bir devlet diğer devletlerle antlaşmalar yapabilir. İhtilaf halinde diğer devletlere gerekçelerini açıklamadan savaş ilan edebilir; ancak diğer devletlerin işçilerine müdahale edemez

Kant bir Dünya Cumhuriyeti projesi ile artık savaş kavramının olanaksızlaşacağına inanmaktadır. Birden fazla devlet olmayacağı için devletler arasında bir güç kazanım veya toprak kazanım mücadelesi de olmayacaktır. Bundan dolayıdır ki artık devletlerin öznesi olduğu uluslararası hukuka gerek kalmayacaktır. Bunun yerine Dünya vatandaşlığı kavramını öneren Kant, vatandaşlık temelli bir hukuk anlayışının devletler hukuku yerine uygulanabileceğini, bu sayede vatandaşın küresel çapta yaygın ve etkili bir hukuk sisteminin öznesi olması sağlanacaktır. Devletler vatandaşlarına bunu sağlamakla aslında küresel çapta üst düzey bir adalet yönetimine sahip olmalarına yardım etmiş olacaktır. Böylece uluslararası hukukun yerini iç hukukun güçlü mekanizmaları, eski sınırların ötesinde işlenen ihlaller ise savaş gibi devasa bir vahşetin yerine sadece bir adli soruşturmaya dönüşecektir. Devletin özünde var olan vahşi saldırganlığının yerini dünya vatandaşı yetkisiyle donatılmış ve ehlileştirilmiş bir vatandaşlık hukukuna bırakması için devletlerin yapmaları gereken tek şey egemenlik iddiasından vaz geçmeleridir. Böylece artık yetki bir uluslarüstü otoritede olacak ve bu otorite gerçek anlamda bir hukuksal bakışı siyasetin keyfiyetine nüfuz ettirecektir. Bu durum işte uluslararası hukukun anayasallaştırılması ve tasarlanmış Dünya Devleti'nin anayasası olması ile mümkündür.

Ne var ki pozitivistler açısından bakıldığında Kant'ın uluslarüstü otoritesi ve onun yasası olacak anayasa karşımıza adeta bir üstün hukuk kuramı gerçekleştirmek yönünde bir yaklaşım olarak bakılmaktadır. Bu aslında gizli bir tehlikedir. Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'na göre doğal hukuk ve hak anlayışı yazarların kişisel seçkilerini gizleyen öznel yaklaşımlardır<sup>110</sup>. Bu öznel yaklaşımlar aslında hiç mükemmel olmayan ve bir çok belirsizlik ve eksikliği görmezden gelmektedir. Bunu gidermek için de uygulamacı hukukçunun yapacağı bir şey yoktur ve bunu ancak ve ancak siyasal karar vericiler giderebilirler<sup>111</sup>. Hatta öncelikler bile demokratik olmak zorunda olmayabilirler. Önemli olan bunların bir kamusal idare tarafından sosyal yaşamın gereksinimlerine göre düzenlemesi ve etkili olmasıdır. Devletin bir uzantısı olan yargıya verilecek bir yetkiyle eksiklikler de giderilebilecek ve karar verme mekanizması tamamlanacaktır<sup>112</sup>. Daha sonra İskandinav Gerçekçiliği'ni eleştiren Carty, bunun da aslında Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'nın devamı olarak doğal hukuka karşı çıkan ve yenilik getirmeyen bir akım olduğundan söz etmektedir<sup>113</sup>.

Kökenini Grotius öncesi Antik Yunan ve Hristiyanlık Ortaçağı'nın doğal hukuk anlayışıyla bağdaştırmak için epey zorlayan yaklaşım, kendini dönemin günümüze kadar

110 Carty, *Philosophy of International Law*, Edinburgh University Press, 2007, s.2.

111 Carty, *ibid*.

112 Carty, *ibid*.

113 Carty, *ibid*. s.3

taşınan hukuk olabilecek bir kalıntısını bulamaması ile kendini ele vermektedir. İnsan ile dış evren arasındaki ilişkiyi değerlendirecek olan doğal hukuk bu kez oluşan hukuk düzenleri arasındaki benzerlikler üzerine kurgular oluşturmaya çalışmış ve bu benzerliklerin sürekliliğinden kurallar çıkarmaya çalışmıştır. Ne var ki bunlar da beyhude çabalar olmaktadır. Zira bu döneme ait söylenen önemli sözlerden biri “*Yeniden doğuş, benzerliklerin evrenselliği*”dir. Carty’nin, “özel çıkarların nesnelleştirilmesi” olarak tanımladığı *Egemen* ise böyle bir ortamda ne tür bir nesnellik yaratabilir sorununu devletin ulusötesi kimliği ile irdelemek gerekebilir.<sup>114</sup>

Bugün bir çok yazar küreselleşme projesinin merkezinde bir ulus devletin olamayacağı konusunda hemfikirdir. Buna rağmen Carty, ABD’nin şu an çağdaş jeopolitikte bu rolü oynadığını ileri sürmektedir.<sup>115</sup> *Ius imperii*’den *ius gestionis*’e geçişte epey ağır davranan ABD, 2002 yılında Bush yönetimi ile birlikte bu yönde ilk ve önemli icraatı olarak Clinton yönetimi tarafından imzalanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne ilişkin Roma Sözleşmesi’nden imzasını çekmek olmuştur.

Koskenniemi uluslararası hukukun tartışmalarında sürekli bir ayrılıklar ve paradoksların varlığından, bunun nedeninin de kendimize sorduğumuz varsayıma dayalı kuralların neden bizi bağıladığı sorusunun sonucu olduğundan söz etmektedir. Sorunun yanıtına gelinecek olursa bağılayıcılığın kökeni bir öznenin bu yöndeki isteği veya standardın bu olması yönündedir. İşte bu ikici yaklaşım aslında hukukun kaynaklarında bulunmaktadır. Koskenniemi’ye göre agnostik-liberal bir toplumun adalet duygusu bütün üyelerin onamına tabi iken bunu zorlayıcılık ve belli durumlar ile sınırlamaktadır. Yazarın örneğine göre soykırıma bütün üyeler onay verseler dahi kural haline gelememektedir. Bu tür durumlarda gerçek bir anonim onam olmasa dahi adil olacak kurallar da söz konusudur. Modernitenin seküler dinine göre *ius cogens* veya *erga omnes* gibi kavramlar bu hukukun zaafiyeti değil, sosyal belirsizlik ve kökten siyasal biçimciliğin normatifliğinin sorgulanmasıdır.

Hukukun bir Dünya hukuku (eski adıyla *hukuk-u düvel*) olması için evrensel geçerlilik ilkesini yerine getirmesi gerekmektedir. Bundan dolayıdır ki en önemli konulardan biri olan uluslararası hukuk- ulusal hukuk ilişkisinde benimsenecek olan yaklaşım önemlidir. Her ne kadar Chimni gibi bazı yazarlar bunu kabaca monist düalist doktrin olarak ikiye ayırıyor olup ikincisinde ulusal yasaların mutlaka devreye sokulması hedefini destekliyor olsalar da gerçek anlamda bir monizmden söz etmek neredeyse olanaksızdır. Avrupa Birliği gibi çok uluslu bir yapının doğrudan uygulanan üst kuralları bir yana bırakılacak olursa, uygulanan sistemlerin bir çoğu farklı düalist sistemlerdir. Sistemin adı ne olursa olsun özünde Chimni’nin ulaşmak istediği sonuç özellikle zayıf ve üçüncü dünya ülkeleri açısından küresel dayatmacılığı bir oranda frenleyebilecek iç hukuk mekanizmalarına olanak tanıyan düalist yöntemleri *Eleştirel Marksist Ekol* adına önermektedir.

Claire Cutler, küreselleşmeye dikkat çekerek uluslararası ticaret hukuku üzerinden bir yorum yapmaktadır. Nitekim aslında bizim uluslararası sıfatı ile bağıladığımız bir

114 Carty, a.g.e.

115 Carty, a.g.e.

çok olgu onun nezdinde ulusötesidir. Ekonominin liberalizasyonunu sınırların ötesinde uyumlaştırılan bir iç hukuklar bütünü olarak görmektedir. Kökenlerinde de GATS'in Uruguay Çevrimi'ne dayanarak buradaki ekonomik ilişkiler ekseninde aslında Dünya Ticaret Örgütü'nün organizasyonu ile devam eden ekonomik sistemi sömürgeciliği takip eden bir süreç olarak tanımlamaktadır.<sup>116</sup>

Yine Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası ticaretin özgürleşmesi, küresel kapitalist sistemin yapısal gelişimi hedefiyle oluşturulan örgütün sonuçlandıracağı ticari uyuşmazlıklara bakış Uyuşmazlık Çözüm Organı eliyle yapılabilirken iki taraflı müzakereler yoluyla yapılması için devletlerin ulusal öznelliklerine öncelik verilmesi düşüncesi de gündeme gelmiştir. Tütün kontrolü ile ilgili kararlar veren devletlere karşı tütün endüstrisi tarafından yapılan başvurularda karşı karşıya gelen tütün üreticisi ülkeler ile yasal önlem alan ülkeler arasındaki karşıtlık belki iki tarafa da eşit uzaklıktaki küresel örgüt organında çözülebilecektir ancak tabii ki örgütün bakış açısıyla. Bu nedenle üçüncü dünya yaklaşımı ve eleştirel yaklaşım genel olarak ülkelerin kendi bakış açılarıyla bazen küresel kapitalist anlayıştan kendilerine daha iyi sonuçlar çıkarabileceğini ileri sürmektedirler. Buna karşı görüş ise devletlerin hiç bir şekilde kendiliklerinden anlaşamayacakları her iki tarafın da kazanmak için müzakereleri zorladığında müzakerelerin kilitleneceğini, ancak tarafsız bir organ yoluyla çözümlenebileceğini ileri sürmektedirler. Tabii burada düşünülmesi gereken çözümsüzlüğün mü yoksa her iki tarafın da istemediği bir çözümün mü daha optimum sonuç olduğudur. Dahası küresel örgüt her uyuşmazlıkta aynı parametreden hareket etmezse bu kez yine küresel olarak eşit etkiye sahip olmayan bir sonuçla karşı karşıya kalınacaktır ki bu da yine uluslararası hukukun anayasallaşmamış olması sorunsalını tekrar gündeme getirecektir.

---

116 Cutler, Claire, *Toward a Radical Political Economy Critique of Transnational Economic Law*, International Law on the Left, Re-Examining Marxist legacies, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008

---

## KAYNAKÇA

---

### MAKALELER

- Carty, A. Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law, *European Journal of International Law*, 1991,
- Charlesworth, H. Subversive Trends in the Jurisprudence of International Law *American Society for International Law Proceedings*, 1992
- Cass, D. Navigating the Newstream: Recent Critical Scholarship in International Law, *Nordic Journal of International Law*, 1996
- Denk, Erdem. Güle Güle Uluslararası Hukuk: Cehenneme Kadar Yolun Var Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi (GETA), *Birikim*, No:74/ Temmuz 2004 .
- Güneysu, Gökhan, On the Apolitical Character of International Law, *Ankara Barosu Dergisi* 2013/2, s.37-47
- Habermas, Jürgen. Discourse Theory of Law and the Relationship between Law and Religion, *Capital University Law Review*, 1997
- Lodge, Juliette, The European Parliament and the Authority-Democracy Crisis, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1994, 531
- Kennedy, D. A New Stream of International Legal Scholarship *Wisconsin International Law Journal* I, 1988,
- Purvis, N. Critical Legal Studies in Public International Law, *Harvard International Law Journal*, 32 (1991),
- Tushnet, Mark. Critical Legal Studies: A Political History, *Yale Law Journal*, Vol:100, (1990-1991)

### KİTAP BÖLÜMLERİ

- Bowring, Bill. Positivism versus Self Determination: The Contradictions of Soviet International Law, in Marks, Susan. (ed.) *International Law on the Left*, Cambridge
- Burgelin, Pierre Foucault, Bilgi'nin arkeolojisi, *Bilgi ve İktidar, biyoiktidar* (Çev:Veli Urhan), Say yayınları, 2010
- Chimni, B.S. Outline of a Marxist Course, *International law on the left*, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008
- Cutler, Claire, Toward a Radical Political Economy Critique of Transnational Economic Law, *International Law on the Left, Re-Examining Marxist legacies*, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008
- Koskeniemi, Martti. What should International Lawyers learn from Marks?, *International Law on the Left: Re-Examining Marxist Legacies*, Susan Marks (ed) Cambridge. 2008
- Mieville, China. The commodity -form theory of International Law, *International Law on the Left*, Susan Marks(ed.), Cambridge, 2008
- Okafur, Obuyara Chinedu, Marxian embraces (and de-couplings) in Upendra Baxi's Human Rights Scholarship: A Case Study, *International Law on the Left, Re-Examining Marxist legacies*, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008
- Roth, Brad. Marxian Insights for The Human Rights Project, *International Law on the Left, Re-Examining Marxist legacies*, Susan Marks (Ed), Cambridge, 2008
- Toplum ve Bilim, sayı 180, *Birikim Yayınları*, Aralık 2007
- White, Nigel D. *International Conflict and Security Law, Essays in Memory of Hilare McCoubey*, (Burchill, Richard/ White, Nigel D/ Morris, Justin Eds) Cambridge, 2005

### KİTAPLAR

- Allison, Graham, Zelikov, Philippe *Essence of Decision, Explaining the Cuban Missile Crisis*, Longman, 1999
- Arendt, Hannah. *Şiddet Üzerine, İletişim Yayınları*, Çev: Bülent Peker, 2012

- Benhabib, Seyla. Ötekinin Hakları: Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar, Çev: Berna Akkıyal, İletişim, 2006
- Bozkurt, M.Esad, Devletler Arası Hak, "Hukuku Düvel", Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara,1940
- Carty, Anthony. Was Ireland Conquered?, Pluto Press, 1996
- Carty, Anthony. Philosophy of International Law, Edinburgh University Press, 2007
- Craig P.P/ De Burca Grainne, EU Law Texts, Cases and Materials, Oxford 2007
- De Burca, Grainne / Weiler J.J, The European Court of Justice, Oxford, 2001
- Habermas, Bölünmüş Batı, Yapı Kredi Yayınları, 2011
- Hardt&Negri, İmparatorluk, Ayrıntı, 2013
- Kardeş, Ertan. Schmitt'le birlikte Schmitt'e Karşı: Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi, İletişim,2015
- Koskenniemi, From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument, Finnish Lawyers Publishing Company, 1989
- Neocleasu, Mark. Güvenlik, Şiddet ve Savaş, Çev: Gül Çorbacıoğlu-Ersin Embel, Dipnot Yayınları,Ankara
- Nolte, G/Byers, M. ABD Hegemonyası ve Uluslararası Hukukun Temelleri, Phonenix, (çev. Ed: Erdem Denk),2007
- Özdemir, A. Murat. Emperyalizmin Hayaletleri, İmge, 2013
- Özdemir, A. Murat. Ulusların Sefaleti, İmge, 2001
- Pasukanis, Evgeny,B. Genel Hukuk Kuramı ve Marksizm (1926), Birikim, 2002
- Sacerdoti, Gilberto. Kurban ve Egemenlik, Shakespeare'den Bruno'ya Avrupa'da Teoloji ve Siyaset, Çev: Zuhul Yılmaz, Ankara, Dost
- Sennet, Richard. Kamusal İnsanın Çöküşü, Çev:Serpil Durak/Abdullah Yılmaz, Ayrıntı, 2013
- Schmitt, Carl. Siyasal İlahiyat, Egemenlik Kavramı Üzerine Dört Bölüm, 2002, Dost
- Wallerstein, Immanuel. After Liberalism, The New Press, 1990

## İNTERNET SİTELERİ

[http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp#web1](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#web1), erişim tarihi:23.11.2015

[http://www.ntv.com.tr/dunya/filistin-lideri-abbastan-rum-kesimine-destek,f1IVfGHwuU-YWuz3HWTCOA?\\_ref=infinite](http://www.ntv.com.tr/dunya/filistin-lideri-abbastan-rum-kesimine-destek,f1IVfGHwuU-YWuz3HWTCOA?_ref=infinite), erişim tarihi:21.11.2015



# Hukukun Nesnesi Üzerine Konuşma<sup>1\*2\*\*3\*\*\*</sup>

Hakemsiz Makale

**Ali Murat ÖZDEMİR**

Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law Department of General Public Law

---

1\* İlgili makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 2015-2016 Akademik Yılı Güz Dönemi başlangıcı vesilesiyle 14.09.2015 tarihinde gerçekleştirilen törende yapılan açılış konuşması metnidir.

2\*\* İlgili makale hakemsiz olarak yayınlanmaktadır.

3\*\*\*İlginize: Konuşma daha önce "Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm", "Sözün Mülkiyeti", "Emeğin Kitabı", Çalışma ve Toplum Dergisi ve başka kitap, derleme ve dergilerde çıkan makalelerimden bir araya getirilen unsurlara dayanmaktadır.

Hukukun ekonomi politik yöntemle incelenmesi yeni değildir.

Ancak popüler bir uğraş da değildir.

Niye? Bilgi hep bir şeyler için vardır, **yönelimseldir**. Hukukun nesnesi üzerine tartışmalar da bu yönelimsellikten etkilenir. Hukuk bilgisi *kerameti kendinden menkul bir takım normu somut olaya tatbik etme işine* **yönelildiğinde** mevcut toplumsal düzenin **-mevcut çelişkileriyle birlikte-** yeniden üretilmesinde etkindir.

Yeniden üretimde menfaatiniz olduğu ölçüde normların kerametini sorgulamazsınız.<sup>1</sup>

Yeniden üretim meselesine "yatırım" yapmakta faide görememekte iseniz? O zaman

- önce sınıfsal pozisyonunuza ve ardından da
- sizin iddialarınız karşısına dikilen kuramlara

bağlı olarak bir şeyler yaparsınız artık. Diyelim ki **18.yy. Fransa'sında** bir meta üreticisisiniz. Aristokrasi monark-ı mutlakın ardında... Yani **aristokrasi** kendi iktidarını monarkın **karar alma (norm tesis etme) iktidarının kutsiyetine** oturtmakta...

Sizin menfaatinizi savunacak bir kuram öncelikle bu **kutsiyet meselesiyle** uğraşmak durumunda... **Doğanın mükemmel düzenine bakarak sonuçlar çıkaran yüksek bir akıl** yoluyla türetilen kuralların kralların kutsal haklarına karşı dikilmesinin toplumsal tabanı da burada...

Peki... İktidara geldiniz otuz küsur savaş ve bir o kadar da yıkımdan sonra... Sular duruldu, yani aristokratik meşruiyet ilkesini aristokratik yönetimle birlikte çöpe gönderdiniz. Daha yirmi yıl geçmedi **yeni türemiş bir takım kadın ve adam** (yani işçiler) **"doğanın mükemmel düzenine bakarak sonuçlar çıkaran yüksek bir akıl"** yoluyla türetilen kuralları soktu gözünüze ve dahi burnunuza... Dediler "arkadaş bak aklın yolu bir: Yetmeyecek yedi çocuklu eve üç tayın, şu karları toplumsallaştırın! Devlet sadece karışmayarak değil bazen de yaparak, eyleyerek gerçekleştirecek insanın insan olmaktan kaynaklanan haklarını"

Birileri çıkacak şimdi aristokratları tükenmiş coğrafyadan, koyacak milli iradeyi mutlak kralın yerine, buyuracak çok yukarıdan:

"Olmaz öyle doğanın kusursuz düzeninin akıl yoluyla insan toplumuna tatbiki. İktidarın kaynağı akıl tarafından kavranan doğada değil ama cumhurda.

Öyle değil mi ama, hak dediğin ne? Altı üstü cumhurun hukukunca korunan menfaat, bu böyle biline! Pozitivist olmalı her hukukçu, ötekine denir düzen karşıtlarının kuyrukçusu"

*İkinci Dünya Savaşı sonrasında ABD Hegemonyası döneminde uluslararasılaşmanın dinamikleriyle bir miktar değişse de Hukuki Pozitivism, her daim, hukukun ekonomi politikğine yönelik çalışmaları genellikle kendi alanı dışına atmaya yönelik bir eğitim programı barındırır.*

**Hukuki pozitivist yaklaşımlara göre hukukun nesnesi normlardır.**

**Acaba hukukun nesnesi gerçekten normlar mıdır?**

1 Normların kerametini verili sayan muhalefet de olsa olsa yönetici sınıf içinden olup da yönetici bloğa dahil olmayan gruplar tarafından yapılır.

Normları kendisine nesne olarak belirleyen bir disiplin gerçek anlamda bilim olabilir mi?

**“Olması şart mıdır?”** diye sorabilirsiniz.

Öyleyse soruyu şöyle soralım: Normları kendisine nesne olarak belirleyen bir disiplin **sistemli bilgi üretimi için uygun mudur?** Bir başka deyişle böyle bir disiplin üretimi/birikimini sosyal sorunların çözümü için analitik ve yorumsal imkânlar sunabilecek bir düzeye getirebilir mi? Böyle bir disiplinin verileriyle/ürünleriyle başlangıçta bulunan bilgi düzeyinizin üzerine çıkabilir misiniz? Böyle bir disiplin **sorulardan önce mevcut olmayan cevapları** üretebilir mi?

*Normların toplumsal yaşamın verili nesnelere değil de insanın doğa ve insanın insanla etkileşim ve iletişimin ürünü olan güçlerin biçim belirlenimli türevleri olduğunu düşündüğümüzde konuya biraz daha açıklık getirebileceğimizi düşünüyorum. Bir çikolata fabrikası tasavvur ediniz. Envai çeşit gofret, kek ve dahi çikolata üretiyor. Bu fabrikanın ürettiği ürünler üzerine bir disiplin inşa edilebilir mi?*

*Evet bir disiplin söz konusu fabrikanın ürünlerini ele alabilir. Ancak bu ürünleri tasnif ederek sistemli bilgi birikimi yaratmak mümkün müdür? Söz konusu fabrikanın ürettiği çikolataları tasnif etmek suretiyle toplumsal beslenmenin bütünsel bir kavrayışını geliştirebilecek misiniz?*

Ya da şöyle soralım: **Yasama organının ürettiği normları tasnif etmek dolayımıyla toplumun hukuksal düzenlenişi hakkında önceden bilmediğimiz ne söyleyebileceksiniz?** Eğer önceden bilmediğimiz bir şey söyleyemeyecekseniz anayasa yazmak neden hukukçuların müdahalesini gerektirsin? Soru bu.

Yukarıdaki soruların cevapları muhtelifdir. Biz yukarıda zikredilen soruları hukuka başka bir yoldan yaklaşmanın meşruiyetini hatırlatmak için soruyoruz. Hukukun ekonomi politiğini yapma uğraşının esası işte bu “bir başka yaklaşım” olacaktır.

### **Hukuka ekonomi politik yaklaşım nedir?**

Ancak en başından söyleyeyim, hukuk eğitiminin içinde olan siz değerli dinleyiciye hukuka ekonomi politik yaklaşımı **hukuki pozitivizmin mükemmel alternatifi olarak sunma niyetinde değilim.** Daha ziyade **hukuka ekonomi politik yaklaşımın hukuki pozitivizmin eksiklerini aşmamızda yardımcı olup olmayacağını sorgulamak maksadını** güdüyor olacağım.

Hukukun ekonomi politiği kavramı, hukuk normlarını verili kabul ederek onları bir olaya tatbik etme uğraşını hukukun yegane uğraşı olarak kabul etmek yerine, hukuk normlarını ve dolayısıyla hukukun kendisini açıklanacak şey olarak masaya yatırma ve üretim ilişkilerinin “işleyişinde” ve yeniden üretiminde hukuka bir rol biçme çabalarının kelli fellii ismine denk düşmektedir.

Hukukun ekonomi politiği *nasıl yerine neden* sorusunu sorar, genelde. Disiplin -zanedildiğinin aksine- sömürü ilişkilerinin saptanması ve akabinde telin edilmesine matuf sınırlı bir tatbikat alanını haiz de **değildir**; ufku oldukça açıktır.

Üretim ilişkilerinin “işleyişinde” ve yeniden üretiminde hukuka biçilen rolü irdeleyen bir kimse

- *toplumsal düzenlemenin* sınırsız genişlikteki düzlemi içerisinde pek çok somut durumu kerameti kendinden menkul bir takım ilkenin sahte açıklayıcılığından kurtarabilir;
- gösterdiğinden daha çoğunu örten gizemli/büyülü ilke ve kurallar denizine bakmaktan şehlaşan gözlerin önüne çekilen perdeyi sıyırıp bir kenarda toplayabilir;
- dolayısıyla hukukun ve diğer sosyal bilimlerin günlük yaşamımıza müdahale etme kapasitesini artırabilir.

Hukukun ekonomi politiği uğraşının **sayılan ulvi amaçlarının ötesinde** hukukçuları ya da diğer meslek gruplarına mensup kimseleri yaptıkları işi eskisinden daha iyi yapmak gibi ek kazançlarla ödüllendireceği de kuşkusuzdur.

- *Banka ilişkisini* bilmeden bankacılık mevzuatını tarayan kimselerin çekebileceği sıkıntılar, bu ilişkiyi "okuyabilen" kimselere nazaran kat be kat fazla olacaktır, örneğin.
- Aynı damardan, sermayenin üretimi, dolaşımı ve yeniden üretimi ile ilgili hususların bilgisi,
  1. şirket tiplerini, kıymetli evrakı, sözleşme serbestîsi ilkesini daha net kavramaya;
  2. "ticari örf ve âdetin neden ticari olmayan konuları düzenleyen kanun hükümlerine üstün sayılması gerektiği" gibi ahret sorularına sosyal gerçeklikle uyumlu yanıtlar üretmeye;
  3. "kamu hizmetlerinin görülmesinde tahkim usul ve esasının" bir gecede birbirine benzemez üç parti tarafından sorunsuzca değiştirilebilmesinin mantığını ortaya koymaya;
  4. HES mevzuatının gerçek maksadını düşünmeye;
  5. İdari vesayet ilkesine yönelik saldırıları -*subsidiarite* kavramını-, yönetim tartışmalarını ve söz konusu somut örneklerle benzeyen bir seri hususu "açıklamaya" yarayabilir.
  6. Bu sayılanlara 1994 krizinin hemen ardından Yargıtay tarafından "keşfedilen" "işletmenin korunması ilkesinin" anlamını, 2000'li yıllarda yabancı sermaye kuruluşları tarafından Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirmeye ilişkin içtihatlarına karşı gösterilen tepkiyi, son *stand-by* anlaşmasının neden imzalanmadığını ve benzeri bir seri hususu eklemekte de sakınca bulunmamaktadır.<sup>2</sup>
  7. Burada verilen örnekler sınırsızca artırılabilir.
- Sermayenin üretimi, dolaşımı ve yeniden üretiminin gerekliliklerine doğrudan indirgenemeyeceği düşünülen ancak kapitalist devletin biçimi dolayımı ile siyasal ve ideolojik alan üzerinden gündeme getirilebilecek cumhuriyet, demokrasi insan hakları gibi hususlarda da hukukun ekonomi politiğinin birikiminden faydalanılabilir:

2 Bazı durumlarda hukuki düzenlemelere iktisadi yanı ağır basan üretim ilişkileri arasında korelasyon tesis etmek daha zor olacaktır. Bu tür durumlar liberal aydınlar tarafından Marksizm'i indirgemecilikle suçlamak için keyifle gündeme getirilir. Dinlemekte olduğunuz konuşmanın önerdiği perspektif hiç de yeni olmayan bu eleştirilere Marksistler tarafından verilen muhtelif cevap içerisinde birbiriyle uyumlu olduğu varsayılan bir dizgeyi kendi teorik üretimi için tercih etmektedir. Kaldı ki sosyal yardımlar ve Körfez sermayesi tarafından aktarılan refah kaynaklarının tarihin hiçbir döneminde olmadığı kadar siyaseti belirlediği bir dönemde iktisadi indirgemecilik suçlamasına yanıt verme ihtiyacı da esaslı bir şekilde zayıflamaktadır.

1. Cumhuriyetin devletin başındaki kimsenin seçimle geldiği bir yönetim olduğunun ötesinde söz konusu biçim hakkında ne söylenebilir? Geleceği mevcut onca çelişkiye rağmen birlikte üretmek için elzem olan projeye cumhuriyet desek ne olur?
2. Anayasa nedir? Devletin organları ve devlet ve vatandaş arası ilişkileri düzenleyen bir metin oluşunun ötesinde Anayasa için başka ne söylenebilir? Anayasaya verilmiş bir cumhuriyet projesinin normatif ifadesi desek ne olur?
3. Kurucu meclis nedir?
4. Başkanlık, yarı-başkanlık, parlamenter sistem arası farklar bu makamlara getirilmiş biçimlerinin ötesinde açıklamaları muhtaç değil midir?
5. Seçim nedir? bir süpermarket rafında mevcut peçetelerden birini seçmekle parti seçmek arasındaki farkı ifade eden şey nedir?
6. Temsil, kurum, örgüt, vakıf, dernek vs. Burada verilen örnekler sınırsızca artırılabilir. Öyleyse soralım: **Hukukun nesnesi normlar değilse nedir?**

Bu sorunun cevabı **üretim ilişkileridir.**

Bu ilişkiler hukukun dışında var olup da hukuk tarafından işlenmezler. İşleyebilmeleri için onlarla birlikte, onlarla aynı anda hukuki düzenlemelerinin mevcut olmaları gerekir. Hukuki olan iktisadi olana, salt iktisadi olana da değil, siyasi ve ideolojik olana da içerdikleridir.

Bir başka deyişle **hukuk üretim ilişkilerinin dışında değil içindedir:** İçinde olduğu için bu alanın bütün çelişkilerini içerir. Hukuk en başından itibaren değer bağımlıdır. Sosyal çelişkilerin tarafları için -güçleri oranında- imkânlar barındırır. Ancak uyaralım hukukçu hiçbir zaman söz konusu tarafların eşit güçte olduğu sanısına kapılmamalıdır.

**Hukuka ekonomi-politik perspektiften bakıldığında, hukuktaki dönüşüm hiçbir zaman sadece hukuk alanındaki dönüşüm değildir.**

Onu anlamak için normların, normlardaki dönüşümün bilgisi yetmez; normlar tarafından düzenlenen ilişkilerin bilgisine de gerek vardır.

Hukuk kendisine vücut veren normatif bünyenin dışında kendi düzenleme nesnesi olan ilişkilerle birlikte var olur ve dönüşür. Normlar tarafından düzenlenen ve ideolojik, siyasi ve iktisadi mahiyeti haiz olan muhtelif ilişkinin bilgisi hukuk alanında bulunmadığından hukukun ekonomi politiği çalışmaları her dönem önem arz edecektir.

Daha çok şey söylenebilir idi ancak süreyi göz önüne alan fakir ihtisar etti.



# Diyalektik Hukuk Bilimi Notları<sup>1\*</sup>

Hakemsiz Makale

## **Onur KARAHANODULLARI**

Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetim Bölümü

Prof. Dr., Ankara University Faculty of Political Science Department of Political Science and Public Administration

---

### İÇİNDEKİLER

---

Hukukbiliminin Konusu veya Hukukun Tanımı . . . . .	273
Toplumsal ilişkilerin özgül biçimi . . . . .	273
Hukuk Kuralı . . . . .	274
Yaptırım . . . . .	275
Hukuk, Hukukbilimi ve Bilen Özne Arasındaki İlişki . . . . .	275
İçerik, Biçim ve Tutarlılık . . . . .	277
Devinim Çelişki ve Sönümlenme. . . . .	277
Hukuk Bütünlüğünün Kurulması. . . . .	280
Somut, Soyut ve Bütünlük . . . . .	281
Hukukun Yasaları . . . . .	282
Olan - Olması Gereken (sollen - sein) Ayrımı . . . . .	282
Hukukun ve Bilgisinin Yasaları. . . . .	283
Hukuksal Biçimlerin Oluşmasında ve Dönüşmesinde Nitelik - Nicelik İlişkisi . . . . .	285
Hukukun Görünümü ve Özü . . . . .	285
Hukukta Kavramlar . . . . .	286
Hukukta Mantık . . . . .	286
Hukukta Siyasal Tavır . . . . .	288

---

1 \* İlgili makale hakemsiz olarak yayınlanmaktadır.

## Giriş<sup>1\*</sup>

Muhafif hukukçuların, hukuk bilginlerinin hukuksal düşünüşün biçim ve araçlarıyla donanmadan, yalnızca Marksizmin genel kuramıyla hukuksal gerçekliği kavramaya çalışmaları “metafizik maddecilik”tir. Bu yaklaşımda, hukuksal gerçeklik, düşüncenin araçlarıyla zenginleşen görüngüler olarak değil de kaba bir olgu olarak görülecektir. Toplumsal yaşamın hukuksal biçimlerine ussal biçimde egemen olmaya çalışmak için düşüncenin, hukuksal düşüncenin biçim ve araçlarını yetkinleştirmek ve çevikleştirmek gerekir. Maddeci yaklaşımlar için hukukun bir olgu olarak saptanmasıyla yetinmek, bugüne kadarki hukuk biliminin geliştirmiş olduğu araçları, yorum tekniklerini ve biçimleri gözardı etmek, bunları kullanmamak ve hatta bunlardan haberdar olmamak kaba maddeciliktir. Hukuk kuramlarını/okullarını metafizik veya idealist olarak sınıflandırmak yerine, onlara bu niteliği veren eksiklik ve hatalarını saptamak teknik araçlarını ve kazanımlarını kullanmak gerekir. Diyalektik yöntemle hukuk incelemesi ve öğretiler, sistemler geliştirilmesi çok yeni ve zorlu bir etkinliktir.

Bilmedeki sorunlar, siyasal program ve eylem sorunlarına da yol açar. Hukuksal gerçeğin dönüştürülmesindeki kazanımların dökülebileceği hukuksal biçimlerden yoksun kalınır. Tarih boyunca yeni sınıflar, toplumsal varoluş koşullarına dayanan siyasal programlarını hukuki kalıplara dökmüşlerdir. Bunu yazacak tekniğe, kavramlara ve dile sahip olmak gerekir.

Temel hukuksal kurum ve kavramlara ilişkin Marksist yönelimli incelemeler az sayıdadır. Avukatlığın, hakimliğin ve genel olarak hukukçuluğun halka kapalı meslekler olmamasına karşın hukuk kuramında egemen akımlarının yanında Marksist hukuk çalışmalarının gelişmemiş olması açıklanması zor bir durumdur. Yeni hukuksal biçimler kazanmakta olan veya varolan biçimleri çatlatacak, eğip bükecek veya sömünlendirecek yeni toplumsal biçimler gelişmemekte midir? Üretim araçları tekelleşirken üretimin ve mübadelenin gittikçe artan kolektifleşmesinden (toplumsallaşmasından) söz edilirdi, bu saptama geçerliliğini sürdürüyorsa bu gerçeğin hukuki biçimleri olması gerek. Var. Nitekim hukuk ve devletin varoluşunda ve kuramında sönümleyici hiçbir kapı açmamak için bu gelişmeler iş hukuku, tüketici hukuku, rekabet hukuku, çevre hukuku vb. olarak hukuksal biçimler kazanıyor. Muhafif hukukçuların ise hukuk uygulamasından “hukukun hiçliği” saptamasından başka sonuçlara varabildiklerini söylemek pek de olanaklı değil. Hukuk alanında bugüne kadar sorulmuş sorulara doğru bir yöntemle yanıt aranmadan, bugüne kadar geliştirilmiş kurumları eleştiriye tutmadan toplumsal çelişkilerin sürekli ürettiği yeni ilişki biçimlerinin hukuksal kuruluşunu ancak ortodoksi içinde gerçekleştirebiliriz.

Yerleşik ve inançsalmış hukuk öğretilerinin sol eğilimli eleştirisi (-ki, eleştirel hukuk

1 \* Diyalektik hukukbilimi notlarının, us, anlak, varlık, oluş, bilgi ve mantık, özetle bilme kuramına ilişkin çerçevesi Lefebvre'in mantık kitabına dayanmaktadır (Henri Lefebvre, **Logique formelle, logique dialectique**, 2. B, Editions anthropos, Paris, 1969). Lefebvre'in eserinde hukuka ilişkin hiçbir saptama bulunmamaktadır. Bununla birlikte varlık ve bilgisine ilişkin bulguları hukuk bilgisine de uygulanabilir niteliktedir. Diyalektik Hukukbilimi Notları'nda yer alan bilgi kuramına ilişkin saptamalar Lefebvre' aittir. Çalışmanın özgünlüğünü bunların hukuk bilgisine uygulanması oluşturmaktadır.



çalışmaları bundan başka bir şey değildir.) diyalektik hukukbilimi değildir. Hukuku açıklayan büyük akımlar olarak doğal hukuk, tarihçi okul, pozitivizm, toplumbilimsel kuramlar, Amerikan realizmi, eleştirel hukuk akımı ilk akla gelenleridir. Diyalektik hukukbilimi yeni bir akım olarak kurulacaktır. Kuruluşundaki önemli sorunlardan biri, eleştirel hukuk çalışmalarını akımından bağımsızlaşması olacaktır.

### **Hukukbiliminin Konusu veya Hukukun Tanımı**

Düşüncenin dışında bir gerçeklik olarak hukuk kabulü hukuk bilimi için temel başlangıçtır.

Bilme deneyimden gelir. Hukukun bilgisi de esinden, saf akıldan, vicdandan vb.'den gelmez. Hukukun bilgisi deneyimden gelir, öte yandan hukuk deneyiminin parçasını oluşturan konulmuş kurallar da deneyimden oluşmuştur. Hukuk kurallarının oluşması da akli sürece benzer ancak burada hukuk bilgisinin oluşumunu değerlendirmeye çalışıyoruz.

Bilme deneyimden gelirse, bilen özne kendi kendini nasıl deneyimler sorusunun yanıtı kolektif öznedir. Bir özne, diğerini deneyimle bilir, onun çizemediği sınırlarının bilgisini üretir. Hukuku bilme etkinliği kolektif bir etkinliktir.

Diyalektik akıl bilmeyeni iki yönünü, algılanabilir doğrudan deneyimlenmesi ile soyutlama, biçim oluşturma ve düşünmeyi birleştirir. Hukuk bilgisi ve uygulaması ise bu ikisini ayırır. Soyut biçimler, kendisini deneyime dayatır, bütün yaşam hukukla düzenlenir ya da hukuki realizm bakış açısıyla yalnızca uygulama vardır, uygulamacının her kararı hukuktur. Hukuki realizm de hukuki pozitivizm de hukuksal olguyu kavramakta bilimsellik savındadır. İnsan etkinliğinin dışında bir gerçek, duyularla algılanan kanunlar, mahkeme kararları, idarenin uygulamaları, karar incelememeleri, vb. vardır ve bu gerçeğin bilimi yapılmaktadır.

Özne ve nesne arasındaki gerçek, diyalektik etkileşimi kopardığımız, bunları ayırdığımız zaman bilme bir sorun haline gelir. Hukuk, öznelerden bağımsız bir varlık olarak değerlendirilince metafizik kuramlar ortaya çıkar. Tanrısal, doğal veya tarihi bir hukuk idesinin mevcut toplumsal ilişkileri düzenlemekte olduğu veya düzenleyeceği görüşlerinin temelinde özne ile nesne bağının koparılması bulunur. Kazanılmış bilginin bir bölümüne mutlak nitelik tanıyıp, bu mutlaklıktan, doğa ve insandan önce varolduğunu kabul ettikleri mistik bir düşünce veya düşün yaratan öğretiler ise idealisttir.

### **Toplumsal ilişkilerin özgül biçimi**

Toplumsal ilişkilerin tümü hukuksal biçim kazanmaz (hukukla düzenlenmez). Mübadele ilişkileri dışında kalan alanlar, mübadele (değişim değeri) ile bağlantısı olmayan veya kopmuş alanlar hukukla değil, kullanım değeriyle ve onun kurallarıyla, hukuk olmayan kurallarla belirlenir.

Tüm toplumsal ilişkiler ve bunun kurucusu olduğu oranda dirimsel varlık da hukuk bilginin inceleme konusudur. Bu durumda aynı nesneyi inceleyen diğer bilimlerden, örneğin toplumbilimden hukukun farkının belirlenmesi gerekir. Hukukbilimi de toplumsal ilişkileri incelemekle birlikte bunun özgün biçimini konu edinmektedir. Hukuk bilimi, toplumsal ilişkilerin özgül bir biçimini inceler. *Siyasal zor ile dayatılan toplumsal ilişki biçimleri hukuku oluşturur* ve hukuk biliminin özgül nesnesidir.

Hukukun kaynağı mübadele ilişkilerinde bulunur. Maddi kaynak - biçimsel kaynak ayrımını benimserseniz mübadele ilişkileri hukukun maddi kaynağıdır. Döküldüğü kalıp, yani biçimsel kaynaklar arkasına devlet iktidarını aldığı oranda yasa, içtihat, teamül, sözleşmeler vb. çok sayıdadır.

Hangi toplumsal ilişkinin hukuk biçimini aldığı saptamakta bilgi - deneyim ilişkisi sürekli işler. Kuramsal düzeye erişmeden tüm bilme uygulama ile deneyim ile başlar. Bilme öncelikle uygulamalıdır. Hukukun bilgisinin deneyim ile başlaması tarihsel gelişimini anlattığında yalın bir bilgidir. Fakat gelişkin aşamada hukuk bilgisinin deneyim ile başlaması ne anlama gelir? Hukuk deneyimi yasa konulması ve uygulanması ile sınırlı değildir. Örneğin, hiçbir yasal dayanağı bulunmayan bir devlet uygulaması öznel tarafından hukuk olarak deneyimlenir. Devletin bu uygulaması hukuk sistemiyle çelişse de hukuktur. Böylesi bir uygulamayı gözlediğimiz zaman bir toplumsal ilişkinin hukuk kuralına dönüşmekte olduğu sonucuna varabileceğimiz gibi bunun bir bozukluk, müdahale edilip düzeltilmesi gereken bir bozukluk, *hukuka aykırılık* olduğunu da söyleyebiliriz. Hukukun bilinmesinde uygulama ve deneyimin belirleyiciliği devlet iktidarının onay verdiği, koruduğu, benimsediği toplumsal ilişkilerde ortaya çıkar.

Toplumbilimsel yaklaşımla hukuk kuralı biçimini almamış toplumsal düzenlilikleri de norm olarak kabul etmek olanaklıdır. Bununla birlikte bu kabulde devletin işlevinin özgünlüğü ortadan kalkıyor. Toplumsal ilişkilerin tek düzenleme biçimi devletin dayattığı olmadığı gibi, diğer düzenleme biçimleri devletin dayattıkları arasındaki ayrımı belirsizleştirmek de doğru değildir.

### **Hukuk Kuralı**

Hukukbiliminin konusu yalnızca normlar değildir. Normları da kapsayan hukuksal biçimlerdir. Hukuk biçimi almış toplumsal ilişkilerdir. Hukuk yalnızca normlarda oluşmaz. Devletin tanıdığı biçimler, arkasında örgütlü şiddetini koyduğu biçimler hukuktur. Normlar gibi durum tanımları da (statüler) temel hukuksal biçimlerden biridir.

Normlar da hukuksal biçimlerdir. Normlar galip gelenlerin, karar vermiş olanların iradelerinin biçimidir. Sözleşme birden fazla iradenin ilişkisi ise norm kolektif tarihsel özenin (iradenin) hukuksal biçimidir.

Kural ile uygulama ayrımı hukuksal biçim olmak bakımından özellik taşımaz. Toplumsal ilişkilerin hukuksal biçim alması kural veya kuralın uygulanması biçiminde gerçekleşir. Kuralda ortaya çıkan irade ile uygulamada ortaya çıkan irade tümellik - tikelik bakımından farklıdır.

Hukuk yalnızca hukuk kurallarından (normlardan) oluşmadığı gibi hukuk uygulaması da yalnızca varolan kuralların uygulanması değildir. Hukuksal biçim kazanma ve hukuksal biçimlerin ilişkisi yalnızca kural biçiminde olmaz. Özellikle özel hukukta kişiler kuralları uygulamazlar, iktisadi ilişki kurarlar. Bunların kuralları uygulaması çekişme durumunda ortaya çıkar. Tersine Kamu hukukunda ise kural uygulaması genel durumdur.

Normlar hiyerarşisi devletteki işbölümüne, karar alma gücünün dağılımında dayanır. Normun değeri içeriğinden, soyutluğundan vb. değil iktidar bölüşümünden kaynaklanır.

Bir andan sonra da hukuk kuralları işbölümü geliştirmeye, iktidar dağıtmaya başlar. Bundan devletin hukukla kurulduğu yanılması oluşur.

### **Yaptırım**

Hukukta yaptırım (müeyyide) devlet iktidarından başka bir şey değildir. Hukuksal ilişkilerdeki müeyyide devlet iktidarının somutlayıcısı ve - kurucusu değil - oluşturucusu olarak ortaya çıkar.

Hukuksal yaptırım devletin örgütlü şiddetidir. Devlet iktidarını incelemeye ilişkin yöntem ve bilgiler yaptırımın incelenmesine de aktarılabilir.

Çatışmasız ve çekişmesiz ilişkiler hukuksal biçim almaz, yaptırım yenenlerin örgütlü şiddetidir.

Çatışmasız ve çekişmesiz görünen ancak hukuksal biçim almış ilişkiler olası çatışma kaynaklarına veya çatışmayı çözecek yöntemlere, verilere ilişkindir.

### **Hukuk, Hukukbilimi ve Bilen Özne Arasındaki İlişki**

Hukuk, hukukçunun hem bilincinin ve hem de nesnel varoluşunun parçasıdır.

Bilen öznenin dışında bir gerçeklik kabulü bilimsel çalışmanın ilk aşaması olarak doğrudur. Ancak bu gerçeklik insanların emeğinin ve bilmelerinin gücüyle sahip oldukları bir gerçekliktir. Bu nedenle bilme salt olguyla değil, görüngüyle gerçekleşir.

Bilme kuramının temel sorunlarından biri özne (bilen insan) ile nesne (bilinen) arasındaki sürekli etkileşimdir. İnsan gözlerken nesneye etki ettiği gibi dönüştürdüğü veya oluşturduğu nesnelere de gözler. Toplumsal ilişkiler bilinmeye, gözlemlenmeye çalışıldığında bu sorun aynı biçimde fakat daha ağır olarak yaşanır. Hukuku bilmeye çalışan özne, hukukun oluşuna ve oluşumuna, varlığına katılır. Hukuk, kurucu öznelerin toplumsal işbölümünde kısmen de olsa görünür olduğu bir toplumsal ilişkidir.

Hukuk ile hukukbilimi, bilgisini arasında, uygulamacı ile bilgin arasında ayırım yapılabilecek ayırım geçici ve geçişli olmak zorundadır.

Kuralkoyucuların, hüküm vericilerin, uygulamacıların yani hukuk yaratıcısı olduğu düşünülen öznelerin görünür, etkinliklerinin elle tutulur olması hukukun nesnel maddi/toplumsal olgu olarak saptanmasını güçleştirmektedir. Olgununun bir üreticisi olduğu izlenimi, bilmeye, nesnelleştirmeye uygun olmadığı, *keyfi, iradi ve dıșsal* olduğu yanılığını yaratmaktadır.

Toplumbilimleri oluşurken maddenin (doğanın) incelenmesindeki kesinliği toplum incelemesinde de sağlama arayışı, fen bilimlerine öykünülmesi toplumsal ilişkiyi bilimin inceleme nesnesi olarak almanın güçlüğü ile açıklanabilir. Hukuk incelemesinde güçlük biraz daha artar. Hukuk görünürde, iradi ve hatta keyfi biçimde oluşmaktadır, bu durumda toplumbilimcilerin bulduğu bireyleri ve hatta kuşakları aşan yasaların aranması boşuna bir çabadır. ABD'de egemen hukuk kuramının yargı kararlarını öngörme, bunun için yöntemler geliştirme arayışıyla sınırlı gelişmesi, pragmatizmin yanısıra bu sorun ile de açıklanabilir. Bu yaklaşıma göre hukukun incelemesiyle varılabilecek bir bilimsel yasa yoktur uygulamanın öngörülebilmesini sağlayacak düzenlilikleri saptayabilmek yeterlidir.

Yakınlarda hukuk incelemelerinin önüne bir sorun daha çıkmıştır. Maddeye inceleyen bilimlere, atomun incelenmesindeki ilerlemeyle belirsizlik kavramının girmesi ve toplumbilimlerinde postmodernizmin kültürel göreliliğinin egemen olması bilenemez-ciliği teşvik etmiştir. Şimdi hukuku incelemeye çalışanların önünde bir sorun daha bulunmaktadır. Bilginin ancak görelî olabileceği kabulü ve norm kavramının terkedilerek betimleme ile yetinilmesi.

Fen bilimleri ile toplumbilimleri karşıtlığı açıklayıcı olmamakla birlikte maddeyi inceleyen bilimcinin, toplum bilimciden farkı oluşumuna ve oluşuna katılımı olmayan veya sınırlı olan olguları incelemesidir. Bilgiye erişmek için yapılanlar, örneğin, ölçme ve gözlem, nesneyi, ölçüleni, gözlenen etkiler. Bilim insanlarının önemli yüklerinden biri de bu etkiyi enaza indirmeye çalışmak veya hesaplamada etkisizleştirmeye çalışmaktır. Fen bilimlerinde de bilen ile nesne arasındaki bağlantı kopuk değildir. Laboratuvar ortamında üretilen elementler bulunmakta, daha da önemlisi varlığına katkısı olmasa da insan maddenin *oluşunu* değiştirmektedir. Örneğin atomu parçalamakta, halden hale geçirmekte, oluşun tüm hallerini incelemektedir. Bilgi (bilme) ile oluş arasında ayırım olanaklı olmakla birlikte kopuş/geçişsizlik olanaklı değildir.

Hukuk bilgini de kendisinin yarattığı veya yaratımına katıldığı bir olgunun/görüngünün üzerinde çalışıyor olabilir. Ceza kanununa yeni bir kurumun eklenmesini sağlamış olan bir hukukçu, bu kurumun toplumsal ilişkilerden köken alıp almadığı tartışması bir yana, aynı zamanda bu olgu üzerinde çalışan kişidir. Bu yeni kurum yalnızca hukukçunun aklının ürünü değildir. Onun ve yasayı kabul edenlerin iradelerinin dışında onları yönlendiren bir gerçeklik vardır, atomun fizikçilerin yaratılarının sınırı, belirleyicisi olması gibi.

Bunlar yeni ve hukuk bilimine özgü sorular değildir. Bilgin ile uygulamacı, sanatçı ile zanaatkar arasındaki fark ve bunların madde ile ilişkileri bağlamında yer alır. Örneğin fizik bilgini, mühendis ve madde arasındaki ilişki, hukuk bilgini, hukukçu ve hukuk arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Maddenin ve toplumun, bunlar üzerindeki sistemlerin, bunları inceleyen öznenin bağımsızlık dereceleri farklıdır. Madde için, inceleyen öznenin kesin bir bağımsızlık sözkonusuymuş gibi görünse de varoluşunun farklı düzeyleri öznenin müdahalesiyle, güç uygulaması ile ortaya çıkar. Işığın prizmadan geçirilerek incelenmesi, öznenin müdahalesi ile ortaya çıkan bir varoluşun incelenmesidir.

Fen bilimci de bir süre sonra kendi belirlediği ve denetlediği deney ortamının kurallarına, daha da temellisi, maddeyi inceleyerek kurduğu yasaların/kuralların kullanılmasıyla oluşturulmuş olan yeni maddi varoluşları incelediğinde bunların kurallarına tabi olur. Bazı elementlerin kendiliğinden ışığa özelliğine sahip olması onu inceleyen iradesinden bağımsızdır ancak kurulan bir nükleer enerji santralinin kuralları, işlenen maddenin özellikleriyle belirlenerek insanlar tarafından konulur. Mühendisler, teknisyenler, işçiler, ticaret yapanlar maddenin oluş bilgisi ile belirlenmiş fakat konulmuş kurallara tabi olurlar. Bu kuralların her ihlali aynı sonucu doğurmaz, sınır üretimin durması veya felaketle sona ermesidir.

Özne üretmiş olduğu bilgilerle zenginleşmiş bir nesneyi, nesnenin sınırlarını ve kendi ürettiği bilginin sınırlarını sürekli zorlayarak inceler. Hiçbir bilim insanı olguya,

maddeye teslim olmaz; ona saldırır, onu yıpratır, hırpalar, bombalar, ezer, süzer vb. ama olduğu gibi bırakmaz böylelikle maddenin yeni görüngülerinde onun özünü keşfeder. Hukuk bilginini de aynı şeyi yapmalıdır.

### **İçerik, Biçim ve Tutarlılık**

Hukuku inceleyen akıl devingen olmalı, devininim düşüncesi olmalı ancak bunu yaparken belirli bir biçimi de yitirmemelidir. Düşüncenin etkin iş görebilmesi için tutarsızlıklar içinde kaybolmadan belirli çelişkiler arasında devinmesi gerekir. Yaratıcılık, tutarsızlıktan gelmez, biçimlerin yenilenmesinden ve aşılmasından gelir. İçeriğin devinimini ve çelişkisini kavramak için tutarsızlık hoşgörülürse/benimsenirse aklın gerçeği kavrama gücü zayıflar ve bilinçli insan etkinliği ile oluşan toplumsal eylem yaratıcılığını yitirir.

Hukuksal biçimler tutarsızlıklar içinde kaybolmadan iş görmek için etkin araçlardır. Öte yandan içeriğinin olabildiğince boşaltılmış, çelişkilerden arındırılmış olması bu biçimlerle gerçeğe yönelmeyi, devinimi kavramayı, çelişkiler arasında devinmeyi son derece güçleştirmektedir.

Biçimin terk edilemezliği, içeriğin devingenliği, tutarsızlığa düşmeden durağan biçimlerle devingen ve çelişik içeriği kavrama gereği ancak biçim ile içerik ilişkisini sürekli kurarak, oluş içinde yapılabilir. Hukuk biçimi ve uygulaması ise görelî bir sabitlenmeyi istikrarı arar. Hukuk bilginin devingen ve çelişik bir içeriği tutarsızlığa düşmeden yani biçimleri kullanarak kavrama, düşünme etkinliği uygulamacının gereksinimleri ile uyumsuzdur. Uygulamacının hız arayışı, özellikle tarihin hızlandığı dönemlerde tutarlılık gereksinimiyle çelişir.

Hukukçu, ısrarla ve yalnızca biçimleri inceler. Borçlar hukuku kitaplarındaki sözleşmelere ilişkin bölümleri düşünelim. Tarafların, alıcı ve satıcının kimler olduğu, özelliklerinin ve sözleşmenin somut konusunun hiçbir önemi yoktur. Sözleme biçiminden içeriğe ilişkin fazlaca bir bilgi edinemeyiz. Sözleşmenin konu başlığı, örneğin satış sözleşmesi, bir biçim olarak konudur.

Hukuksal biçim, kendi konusuna/içeriğine yeni bir şey eklemese de diğer içeriklerle zorlayarak belirleyici olabilir. Herhangi bir içeriğe biçim verdiğimizde ona hiçbir şey eklemeyiz. Hukuksal biçim içeriğe yeni bir şey katmasa da içeriklerin *oluşuna* etki eder. Biçimler oluştuktan sonra ilişkileri zorlar. Hukuka uygun ve düzgün hukuki biçim zorunluluğu biçimlerin ilişkileri belirlemesini sağlar.

Anlık (tekil) biçimler ile kurumsal, tarihsel biçimler arasında ayırım yapabiliriz. Yenilenen anlık (tekil) biçimler, tarihsel biçimlerin bozulup yenilenmesini sağlayabilir. Hukukta ihlal yenileyici olabilir.

Hukukçu değil de hukuk bilginini, yalnızca hukukun biçimleriyle iş görmez, kendi anlayışının ürünü olan biçimlere sahip olduğu gibi hukuk biçimlerini de tarihsel kolektif anlayışın ürünleri olarak kullanır. Bu durumda hukuk biçimleri hukuk bilgi için hem biçimi hem içeriği oluşturabilir. Hukuk bilginin biçimleri içerik yapmak görevi bulunmaktadır.

### **Devinim Çelişki ve Sönümlenme**

Hukukçu için çelişki bir yanlışlığın belirtisidir, rahatsız edicidir. Bununla birlikte bir

gerçeklik ancak bir çelişki içinde yer alırsa aşılır. Hukukçu ise hiçbir çelişki taşımayan mutlak içeriklerle, biçimlerle iş görür. Hukukçu hukuku bir oluş olarak değil, idealarin, tanrısal düzenin veya varolan toplumsal düzenin emirlerine boyun eğiş olarak kavrar ve bunun ideolojisini üretir. Yaşamını hukukun kurallarına ve hukukun da tabi olduğu toplumsal yasalara tabi olarak sürdüren insan bunları bilme ve bunlardan özgürleşebilme olanağı olduğunu unuttur, bunu yitirir. Çelişki içermediği düşünülen gerçeklik, sonsuz bir yinelemedir, kaderdir.

Hukukçular çelişkiyi, hukuksal ilişkide özneler arası menfaat çelişkileri olarak anlarlar. Tipik olarak hakimin davada karar verirken taraf menfaatleri arasındaki çatışmayı nasıl çözeceği sorunuyla ilgilenirler. Tüm oluşa ve bilmeye damgasını vuran çelişkiden habersiz gibidirler. Bilinçli insan etkinliğinin müdahalelerine açık olan toplumsal gerçeklikteki çelişkilerin varlığını bilmek, eylemi de belirler.

Hukukçu ve hukuk bilgisini üreten, norm ve yargı ikilisiyle iş görür. Bilme ve bilinçli eylem ise bunlarla sınırlı değildir. Her hukuk gerçeğinde ve bunun biçiminde çelişkiyi araştırmalıyız. Bizi çelişkinin çözülmesi aracılığıyla daha somut, daha belirlenimli, olumlu birşeye doğru götürecek çelişkileri bulmaya çalışmalıyız. Bu araştırma temel çelişki olan varlık-yokluk çelişkisini, sönümlenme çelişkisini unutmadan yapılmalıdır.

Hukuk ve hukuk bilgisine devinim kazandırmak gerekir. Hukukun varlığının karşısına yokluğu konulmalı, ilk çelişki yeniden oluşturulmalı ve devinim başlatılmalıdır. Sönümlenmecî hukuk anlayışı hukuka ve bilgisine sürekli olarak bu ilk çelişkiyi taşır. Varlığın düşüncesi aynı zamanda yokluğun düşüncesidir. Saf (soyut) varlık ve saf yokluk arasındaki ilk çelişkide ve onun aracılığıyla düşünce devinmeye başlar. Buradaki çelişki, birbirini yok eden "ya o ya bu" çelişkisi değildir, varlık ve yokluk bir sonuca varmadan birbirine karışmaz veya birbirini yok etmez.

Hukuk düşüncesine ilk çelişki sönümlenme kavramıyla sokulmalıdır. Bu temel çelişkinin dışında belirlenmiş, düşünebilir çelişkiler de araştırılmalı, bulunmaya çalışılmalı, bunlardan hareket ederek yeni aşamalara geçilmelidir. Hukukta belirlenmiş çelişkiler, hukukçuların her zaman sözünü ettiği, hukuksal ilişkinin tarafları arasındaki çıkar çatışmaları değildir yalnızca.

Geçilen aşamaların, belirlenmiş çelişkilerin, varlık ve yokluğun, oluş ve varoluşun, nitelik ve niceliğin, tümel ve tekilin vb. ilişkisini kurmaya çalışmak ilişki kurma arayışı güçlüğü ve sabitlenmeye engel olacağı izlenimi nedeniyle ilk olarak terkedilen daha sonra da unutilan bir düşünme özelliğidir. Her hukuksal olgunun ilk çelişkisini araştırmak, yokluğunu düşünmek ve yok olacağını düşünmek temel yöntemsel zorunluluktur. Bu bir geçmiş ve gelecek araştırmasıdır. Olgunun taşıdığı çelişkilerin ve olguya ilişkinin bilginin taşıdığı çelişkilerin peşine düşmek gerekir. Bu sayede, ebedi ve sabit olgularla ve bilgilerle iş görmediğimiz, olanaklarımız ve olasılıklarımız ortaya çıkar.

Çelişkiler saptaya ve aşmaya çalışırken güçsüz, kesinliği olmayan, sınırları belirsiz seçmeciilik yerine çatıştırılabilecek temel çelişkiler bulmaya çalışılmalı; temel çelişkilerin de kökenlerine yönelmelidir. Hukuksal olguda ilk elde görülen zayıf çelişkilerden önce ilk çelişkiyi anımsamak, ilk çelişkisini araştırmak, yokluğunu ve yok olacağını düşünmek gerekir. Hukuku bilmeye çalıştığımızda çelişkilerle uğraşmalıyız. Hukuksal görüngülerin

temel çelişkisi yokluk ve bunun oluştaki hali de sönümlenmedir. Tarihsel çelişkiler ise sınıfsal karşıtlıklarla oluşur. Hukuku incelerken de çatışmayı güçlendirilmeli, çelişkiye kadar, çelişkilerin kökenleri bulanana kadar çatışma derinleştirmelidir. Öyle ki dışarıda durmak, dıştan karşıtlanmak yerine birinden diğerine geçen tezler, içeriklerini onları geçen ve aşan bir devinimde bulsun. Çelişkileri keskinleştirerek temele doğru yönelme sayesinde ortaya çıkan oluş/devinim ile gelinen yer başlangıç noktası olabilir ancak başlangıçtaki durum içeriklenmiş, zenginleşmişse artık bir kısır döngü değil ama bir aşma sözkonusudur.

Her görüngü, olgu ve kavram için çelişkilerle uğraşmak elbette yorucudur ve çoğu kez sonuçsuz bir uğraş içinde bulunulduğu duygusu yaratır. Buna karşılık her keresinde kavramların ve gerçekliğin küçük, belki de küçücük yeniliklerle değiştiği, zenginleştiği görülebilir. Bu çabanın terkedilmesi ebedi ve ezeli, yani hiç değişmeyen ve değişmeyecek olan doğal veya tanrısal düzenin basit uygulayıcıları olmayı kabul etmek anlamına gelir. Kuralda, kuraldışıdaki varoluştaki toplumsal ve maddi olguda, hukuksal ilişkinin taraflarında vb.'de çelişkileri saptamaya çalışmalıyız.

Hukuka, hukuk biçimlerine sabit, kesin, ebedi görüntüsü veren şey belirlenmiş çelişkilerin, içeriğin boşaltılmasıyla gizlenmiş, gözden uzaklaştırılmış olmasıdır. Hukuk bilgisinde varlık-yokluk, oluş-varoluş, nitelik-nicelik, soyut-somut bağlantısı genellikle kopuktur. İlişki hukuk bilgini için ağır bir yük, laf ebeliğidir. Düşünce tek yanlı ve eksiktir. Terimler bağlanmaz, gerçeklik ile bağlantı kopuk veya kesintilidir, gerçeklik ile bağlantı kurulduğunda ise düşüncenin kendi geçtiği aşamalar ile yeni bir aşamaya geçmek üzere yeniden ilişki kurulmaz.

Hukuk bilgini, dogmatik idealizm ile gerçekliğin anarşik ve kaotik görünümüne takılan eleştireliliğin vardığı kuşkuculuk arasında salınmaktadır. Hukuksal biçimlerle yetinmeyip içerikleri incelemeye, gerçekliğe yöneldiğinde gördüklerini, başlangıçta elinde bulunan ilişki ve biçimlere bağlayamayınca her şeyin görelisi olduğu sonucuna varabilir. İçeriğe yöneldiğinde olgularda niteliğin yinelenip yinelenmediğini araştırabilecek, kavrayabilecek ve sonuç çıkarabilecek araçların olması gerekir. Hukukbilimindeki araçlar son derece sınırlıdır. Hukuksal biçimlerin gerçekliği ile uygulamayı incelerken bulduğumuz görüngülerin bağlantısı, hukuka uygunluk, hukuka aykırılık, çelişki, hukukun ihlali, geçerlilik, uygulanamazlık, teamül vb. kavramlarla kurulabilir.

Uygulamada saptadığımız görüngüler, biçimleri dönüştürebileceği gibi yeni hukuksal biçimlerin oluşumuna da yol açabilir. Nicelik, özellikle çelişkili yinelenmelerde yeni biçimlerin oluşumuna yol açabilir. Hukuk düşüncesinin deviniminde, içeriğin yeni biçim yaratmasının yakalanması düşüncenin sıçrayışıdır. (Yeni biçimin devlet iktidarını arkasına alarak hukuksal biçime dönüşmesi eş zamanlı olmayabilir.) Bu sıçrayışlarda oluşan yeni biçim, henüz belirlenmiş içeriklerin/niteliklerin oluşuna belirlenim olarak girer. Hukukbilginin, hukukçunun ve çatışan hukuk öznelerinin etkinde belirleyici olurlar.

Hukuk evrim yasasına tabi olduğu gibi hukuk bilgisi de evrim yasasına tabidir. Hukuk ve bilgisi için Tek bir evrim çizgisi ve adı bulmak gerekmez. Evrimleşmekte olduğunu saptamak dogmatik idealizmden ve bilinemezci görelilikten uzak durmak için yeterlidir. Buradaki evrim, basit bir yenilik değildir. Yeniliklerin başka bir türe dönüştüğü aşamaya

gelmesidir. Örneğin dirimbilimde, milyonlarca küçük değişiklik aynı türün üyelerini birbirleri üreyemeyecek denli değiştirdiğinde evrimde yeni bir basamağa geçilir. Hukukta, statüden sözleşmeye geçişi, tüzelkişilik kavramının doğuşunu, özel hukuktaki hak kavramının gelişimini, bunu açıklayan kuramları, ceza hukukundaki nedensellik kuramlarını, hak kavramının devlete karşı kullanılmasını örnek olarak verebiliriz.

### **Hukuk Bütünlüğünün Kurulması**

Çelişkileri görebilmek için belirlenimlerin ayırdına varmalı, bunun için de ilişkiyi yakalamalıyız. En çok belirlenimli varlık, bir başka içerik ve tüm dünya ile ilişki içinde olan bir içerik gibi, başka birşey ile ilişki içinde olan varlıktır. Bu saptamalar bilginin ve bilgi örgütlenmesinin (bilimlerin) kuralları değil, gerçekliğin, maddenin kurallarıdır. Bilimin tanımaya çalıştığı dünya şeylerin yalnızca ayrı ve kopuk olmadığı fakat gerçek ilişkilerle bağlı olduğu dünyadır. Bilim böyle bir dünyayı açığa çıkarır ve ancak böyle bir dünya bilinebilir niteliktedir. Bu ussal dünyadır, anlağı aşan aklın dünyasıdır.

Bilme süreci, “uygulamalı aklın kopuk ve ayrı olarak değerlendirdiği nesnelere arasında ilişkiler bulur. Uygulamalı anlak nesnelere keser, parçalar. Anlak içeriği enaza indirmeye, karmaşığı yalın, kesin, yalıtılabilir parçalara, yeniden düzeneksel olarak kurulabilecek parçalara ayırmaya çalışır. Akıl bunları aşar. Organizmaları (düzenleri) anlamadan önce düzenekleri (mekanizmaları) geçmek gerekir. Düzenekçi eğilime sahip her çözümlemenin doğruluğu uygulamalı anlak düzleminde kalan sınırlı bir doğruluktur. Bilimin, aklın ilk işi evrenin ve hareketin uygulamalı akıl tarafından olumsuzlanmasını yadsımaktadır. Öte yandan bilim toplumsal uygulamayı ancak ondan çıktığı ve ondan kopmadığı için aşabilir. Uygulama ona daha geniş bir görüşün öğelerini sunar.

Anlağın ve aklın etkinliğinin tek bir insanda gerçekleşen bir etkinlik olmaktan çok milyonlarca insanın kolektif etkinliği olduğunu unutmamalıyız. Böyle değerlendirildiğinde uygulamacılar daha çok kolektif anlak, bilginler ise daha çok kolektif akıl etkinliğinin özneleri olarak kabul edilebilir.

Hukuk uygulamacısı için toplumsal işbölümünün getirdiği sınırlamalar da düşünülürse, uygulamalı anlağın sınırlarını aşıp tüm ilişkileri ussal olarak kurmak olanaklı değildir. Hukuk bilgini kolektif aklın bir aktörü olarak uygulamalı aklın bıraktığı yerden onun vardığı sonuçları, hukuku bilinebilir hale getirmek amacıyla ilişkileri içinde yeniden kurmalı, hukukun akli dünyasını oluşturmalıdır.

Bilim ile uygulamanın kopmamasının nasıl sağlanabileceği temelde toplumsal işbölümünün aşılması sorunuyla bağlantılıdır. Hukuk için uygulamalı anlak ve akıl bağlantısını kurmanın önünde de toplumsal işbölümünden kaynaklanan engeller bulunmaktadır. Hukuk bilgininin uygulamacı olması, uygulamacıların hukuk kuramlarıyla, bilgisiyyle donanmaya çalışması, hukuk düzenlemesine maruz kalanların hukuku bilmesi, meslektan olmayan kişilerin hukuk uygulamasına katılması vb. konular ilk olarak akla gelmektedir. Ayrıca fakültelerdeki ders ayrımları, hukuk bölümleri somutta kurulan ilişkiler ve somutun tüm dünya ile ilişkisi içinde değerlendirilmezse okulcu biçimcilik ve idealizmi besler.



### **Somut, Soyut ve Bütünlük**

Gerçekliği, hukuk gerçekliğini kavramak, düşüncenin gitgide daha büyük bir ilişkiler, ayrıntılar, öğeler, özgüllükler bütününe erişmesi demektir. Erişilen bu bütünlük, gerçekliğinin bütünselliğine, dünyaya hiçbir zaman denk düşmeyebilir.

Hukukçu uygulayıcı olduğunda böylesi bir bütünlük arayışından uzaktır. Hukuk bilgini için bu uzaklık, uygulayıcıya çok yakın durmasından, her türlü belirsizlikten, bu belirsizlik bilmenin kaçınılmaz özelliği olsa da, korkmaktan ve kaçmaktan kaynaklanır.

Hukukçunun etkinliğinde akıldan (ustan) çok zeka (anlak) ön plandadır. Hukukçunun soyutlamaları, sabitlenmiş ve içerikle bağıni koparmış metafizik soyutlamalar olarak kalmaktadır. Dünyadan belli nesnelere ayırmak, sabitlemek, belirlemek anlağın işlevidir. Hukukçu (hukuk uygulayıcısı) için bunlar hazır olarak sunulmaktadır çünkü yasalar ve diğer hukuk kuralları, toplumsal ilişkilerin bilinebilmesi için bize hazır soyutlamalar sağlar. Normlar, prefabrik soyutlamalar olsalar da kendileri de anlağın nesnelere ve soyutlanırlar. Bunun dışında hukukçu için soyutlama, mahkeme kararlarının inceleme-sinde ve daha güç bir uğraş olarak da toplumsal ilişkilerdeki düzenlilikleri saptamakta iş görmektedir.

Hukukçu elde ettiği soyutlamaları, içeriğinin boşaltılıp sabitlenmesini ussal etkinliğin temeli yapar. Fakat nesnenin yalıtılmasını düşünce de sürdürürse, onu düşünce de sabitlerse, bu yalıtılma metafizik soyutlama haline gelir ve doğruluğunu yitirir. Bu soyutlama anlık olarak değerlendirilir, gerçekliği kavramak için aracı bir aşama olarak ele alınırsa, anlak, akıl ile tamamlanırsa meşrudur. İrade kavramını örnek verebiliriz. İradenin konusu sözleşmenin kurulması için hemen hemen önemsizdir. Sözleşme, saf biçimdir. Olanaklı ve olası tek biçimdir. İçerikten sözleşme biçimini zorlayıcı hiçbir belirlenim gelmediği kabul edilir. İçerik bir kenara konulunca, niceliğin, yinelenmenin ve aşamanın biçimi dönüşürecek yeni bir düzeye erişebileceği de fark edilemez.

Soyutlamanın dereceleri arasında ayırım yapılmalıdır. Uygulamada iş görürken olayın verilerine, gerçekliğe ilişkin yapılan soyutlamanın derecesi ile tarihsel olarak kolektif öznenin eriştiği kişi, irade ve sözleşme gibi soyutlamaların derecesi aynı değildir. Bununla birlikte anlağın soyutlama işlevi ve aklın içeriğe, bütüne yönelme özelliği tüm soyutlama düzeyleri için geçerlidir. Soyutlama çözümlenmiş, içerilmiş ve yeniden oluşturulmuş somuta doğru bir aşamadır. Bir anlamda somuttur. Örneğimizde irade serbestliğinde kalmamak, bu soyutlama ile somuta yönelmek gerekir. Bu durumda mutlak doğrular değil, aşılabilir göreliler elde ederiz. İrade serbestisi, hukuk için bir göreliler doğrudur.

Hukukçu oluşturulmuş/hazır (prefabrik) soyutlamalarla yetinemez. Bulduğu hazır soyutlamaları da bilmenin nesnesi yapmalıdır. Gerçekliğin bilinmesi soyutlama ile başlar. Görünür, yüzeysel ve olumsal bilgi ile yetinmek istemiyorsak hukuksal olguları soyutlamalıyız. Soyutlama ile elde ettiğimiz biçimleri, ilişkileri ve bütünlüğü içine koymalı, yani somutu yeniden kurmalıyız. Sözleşme biçiminin, mübadele ilişkisinin ve değişim değerinin bütünlüğü içinde olması gibi.

Böylesi bir çaba hukuk bilimindeki akılcı ve görgül yaklaşımların aşılmasını sağlayabilir. Tümel ile tikel arasındaki karşıtlık diyalektik aklın etkinliğiyle aşılır. Hukuktaki

rasyonalist akımlar kolektif öznenin en yüksek tarihsel soyutlamalarında durur. Görgül yaklaşımlar ise tikellerden elde ettiği ilk saptamalarla yetinir. Diyalektik akıl tikel ile tümeli birbiri aracılığıyla kavrar. Yalnızca soyut tümele değil, tikelin zenginliğini içeren tümele yani tümel somuta erişir. Diyalektik akıl bireyi (tekili), bütün içinde ve bütün aracılığıyla kavrar.

Hukukta pek çok şey öğelerine ayrılır. Aynı anlama gelmek üzere, özellikle özel hukukta, şartlar sayılır, açıklanır. Öğelere ayırma, kurucu şartları belirleme çözümleyici bir etkinlik midir? Hukukta öğeler bütünle bağlantısı kurulmadan, bütüne içerilmeden ele alındığı, bireşim ile tamamlanmadığı için sabittir, şablondur. Çözümleme ise nesneye nüfuz etmeye çalışır. Anlağın etkinliği olan çözümleme uygulamalı etkinlik üzerine kuruludur, olumsuzlayıcıdır. Akıl ise bireşimcidir, tamamlayıcıdır. Doğru bir çözümlemenin ulaşacağı öğe, bütüne içerilmiş, onunla sarılmış yani gerçek bir öğedir. Öğe bütünün bir koşulu, öncülü ve gelişmesinin bir aşaması olmalıdır. Karmaşık bir gerçekliği çözmek ve gerçek öğelerine ulaşmak, uğraklarını keşfetmektir. Özellikle idare hukukçularının işlemin öğelerini araştırırken öğelerin bütünle bağlantısını yitirdiklerini, bireşimci etkinliğin bulunmadığını görürüz.

### **Hukukun Yasaları**

Hukukun bilimi olabilir mi sorusunun yanıtlanmasında hukuk normlarının niteliği belirleyicidir. Hukuk normlarının niteliğinin bilimsel bilgiye olanak tanımadığı ileri sürülür. Hukuktaki buyruklar (normlar) ile bilimsel yasaların farkını anlatmaya çalışmak gereksizdir. Hukuk normlarının bilimsel yasalar olabileceğini düşünmek ve bunun farklı olduğunu kanıtlamaya çalışmak olmayan bir sorunu çözmeye çalışmaktır.

Hukuk bilim değildir. Hukukun bilimsel bilgisi üretilebilir, hukukbiliminden söz edilebilir. Toplumbilim ne kadar bilimsel hukukbilimi de o kadar bilimdir. Toplumbilimin ulaşabildiği genellikteki yasaların hukukbilimince üretilebilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.

Hukuk kuralları, hukuksal olgulardan yalnızca biridir ve bilimsel incelemenin konusu olurlar. Hukukun, toplumsal ilişkilerin özel biçim kazanmış hali olması hukuksal olguların bilimsel inceleme konusu olmak bakımından farklı nitelik taşıdığı yanılgısına yol açabilmektedir. Görüngü nasıl maddenin kendisi değilse hukuksal biçim de toplumsal ilişkinin kendisi değildir.

### **Olan - Olması Gereken (*sollen - sein*) Ayrımı**

Hukuktaki *olan - olması gereken* ayrımının bilimsel bilginin önünde engel olduğu kabul edilmektedir. Hukuk olanı değil, olması gerekeni kurula bağlamaktadır. Olması gerekenlere ilişkin kurallar, yargılar ise nesnellik arayışındaki bilimin kuralları olamayacağı gibi bilimsel incelemeye de konu olamazlar.

*Olan - olması gereken* ayrımı sorumluluk yüklenebilecek özgür özne gereksinimini karşılamak için vardır.

Hukukun, nedenselliğe tabi insan davranışlarını düzenlediğini kabul ettiğimizde, hukuk öznesinin özgürlüğünün ve dolayısıyla sorumluluğunun da olamayacağı sonucuna

varırız. Özgürlük ve özgür kararların sonuçlarından sorumluluk olmadan hukuk düzeni olamaz. Kant bu sorunu çözmek için *sollen - sein* ayrımını kullanır. "Doğa olayları *nedensellik* yasasına uymak zorundadır ama insansal irade *gereklilik* yasasına uymak zorunda değildir. İşte irade özgürlüğü burada belirir ve törebilimsel (hukuksal -OK) yasanın doğal yasadın başkallığı burada ortaya çıkar (Orhan Hançerlioğlu, Felsefe Ansiklopedisi, "sollen" maddesi.)

Hukuk normlarını incelemenin bilim olamayacağına kabul, nedenselliğin olgular arasında zorunlu bir ilişki olduğunu normların ise olması gerekenleri içerdiğini ileri sürer. Kelsen nedensellik ilişkisinden farklı olarak normların isnat ilişkisi yarattığını savunmaktadır. Isnat yasa tarafından yaratılmış ve zorunlu olmayan bir ilişkidir. Hırsızlık yapan, hapisle cezalandırılır. Bu bir neden sonuç ilişkisi (*sein, être, to be*) değil, davranışa isnat edilen bir sonuçtur, olması gerektirir (*sollen, devoir, should*).

Elbette hırsızlığa ilişkin yasa kuralının olguyu açıklamak için kullanılacak bir bilimsel yasa olduğunu kimse savlamıyor. Norm da hukukbiliminin inceleyeceği ve inceleme sonucunda belki de bir yasa üreteceği hukuksal biçimlerden biridir. Örneğin, "Mülkiyetin geliştiği toplumlarda mal üzerinde irade dışı egemenlik kurmak yaptırıma bağlanmıştır." gibi bir yasa saptanabilir.

Normların incelenmesinde değil de hukuk uygulamasının incelenmesinde hukukbilimi olgunun kavramsal anlatımını orta terimle büyük önermeye bağlamaya çalışır. Bu etkinliğin sıradan olduğu durumlar bilimsel bir etkinliği gerektirmezken uyumsuzlukların açıklanmaya çalışılması, yeni kavram ve kurallara açık bilimsel çaba gerektirir.

Hukukta özenin, nedenselliğe, doğa yasalarına tabi olmadığı varsayılır. Öte yandan zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni olarak ceza kanunlarında yerini almıştır. İnsanın toplumsal ve doğal zorunluluk karşısındadır. Ancak bunlardan yalnızca biri, ceza kanunlarındaki niteliği taşıyan zorunluluk tipi hukuksal biçime dönüşmüştür. Özel hukuktaki iradeyi bozan haller de toplumsal ve doğal nedensel yasaları, zorunluluk hallerini tanır. Bunun gibi imkansız sözleşme konuları, eşyanın tabiatı kavramı vb. olanın yasalarının hukuksal biçime kendini dayattığını göstermektedir.

### **Hukukun ve Bilgisinin Yasaları**

Bir hukuksal görüngü olan yasalar elbette hukuk olgusunun yasaları değildir. Bilginin yasaları, olgunun yasalarından farklı değildir. Hukukun ve hukuk bilgisinin tabi olduğu evrensel yasalar vardır. Hukuk ve bilgisinin varoluşuna ilişkin yasalar olduğunu bilmek, hukuk biçiminin ve içeriğinin incelenmesinde bu yasaların belirleyiciliğini, hukukun bunlar üzerinde etkisinin olup olmadığını araştırmayı gerektirir. Bu araştırma, hukuku ve bilgisini evrensele, bütünün bilgisine açar, bağlar.

Hukuktaki yasalar veya genel olarak kurallar hukukun varlığının, oluşunun yasaları değildir. Hukuk düşüncesi ortada basitçe yasaları görünce, bunlarla yetinir ve hukukun oluş yasalarını araştırma zahmetine girmez. Hatta bunları alır düşüncenin yasalarına dönüştürür, bunları olgularda yeniden tanır ve bir aşamada olguların varlığını hukuka borçlu olduğu sonucuna varır. Mevzuat/içtihat görüngüsü hukukun tek gerçekliği değildir. Bunlar gerçekliğin çiftkat görüngüsüdür.

Hukukun oluşum yasaları da hukuk görüngülerine içkindir. Doğal hukukçuların ve hukuksal idealizmin sandığı gibi hukuku dışarıdan yöneten bir güç değildir. Hukukun bilgisine erişmekte zorluk, görüngülerin çok sayıda dolayımıyla ortaya çıkmasıdır. Ceza kanunundaki suçların hangi doğal, toplumsal yasalarca düzenlendiğinin (oluşturulduğunun) bilgisi için çok sayıda dolayımı çözmek, en yalın ilişkilere/çelişkilere varmak gerekecektir.

Hukukun oluşum yasaları hukuk görüngülerine içkindir. Doğal hukukçuların ve hukuksal idealizmin sandığı gibi hukuku dışarıdan yöneten bir güç değildir. Hukukun bilgisine erişmekte zorluk, görüngülerin çok sayıda dolayımıyla ortaya çıkmasıdır. Örneğin ceza kanunundaki suçların hangi doğal, toplumsal yasalarca düzenlendiğinin (oluşturulduğunun) bilgisi için çok sayıda dolayımı çözmek, en yalın ilişkilere/çelişkilere varmak gerekecektir.

Toplumsal oluşun çok öznel niteliği görelî kesinliklere erişmeyi son derece güçleştirir de toplumsal oluşun yasaları bulunmaktadır. Yasa, araştırmanın eriştiği alanda, derinlik ve nesnellik derecesinde bir düzenliliktir. Rastlantı ve zorunluluk (veya yasa) doğanın aynı oranda nesnel, çelişik ve diyalektik olarak birleşmiş olan iki yönüdür. Rastlantı yasallık ile uyumsuz olmadığı gibi, tümü olmasa da pek çok yasa rastlantının yasasıdır. Rastlantı yasaları ortalamanın, büyük sayıların, kitlelerin, istatistiğin yasalarıdır. Araştırmanın eriştiği alanda, derinlik ve nesnellik derecesinde bir düzenlilik, bir yasa bulabilirsem, bunun kesin ve mutlak niteliğine ilişkin bir çekince koyarım ama yasanın varlığını da çekinmeden ilan ederim, çünkü bu düzenliliğin bir yanılısına olma olasılığının çok düşük olduğunu kestirebilirim. Doğanın oluşu ile uyumun görevli kesinliği yeterlidir. Tüm kazanılmış bilgiye göre yaptığımız değerlendirmede bir derece, bir aşama sorunu sözkonusudur.

Neden ve nedensellik olmadan bilim de olmaz. Nedensellik ile belirlenimcilik karıştırılmamalıdır. Saf niceliksel nedensellik yoktur. Nedenselliği yalnızca iki olgu arasında kurmaya çalışmak hatadır. Gerçekte herhangi bir olayın nedeni tüm dünyanın oluşundan başka bir şey olamaz. Bununla birlikte bir olayı incelemek, bilmeye çalışmak onu en yakından tüm evrene doğru ilerleyen bütün ilişkilerinin içinde yeniden kurmaktır. Bunlardan daha az temel olan nedenleri olayı incelemek için belli bir açıdan ve geçici olarak bir yana koyabiliriz. Evrensel ilişkinin diyalektik kavrayışı ile yasalar artık oluşun yasalarıdır.

Hukuktaki nedensellik, konulmuş kuralların veya kuralların uygulanmasının nedenselliği değildir. Kuralların da parçası olduğu hukuki biçimler içinde (zarfında) oluşan ilişkilerdeki görelî kesinliğin nedenselliğidir. Örgütlü siyasal etkinlik nedeniyle gözaltına alınan kişinin tutuklanacağı ve yargılanacağı kuraldan kaynaklı bir görelî kesinlik/nedensellik değil, ilişkilerdeki, hukuksal oluştaki nesnellik derecesinde bir düzenliliktir. Siyasal toplumsal mücadeleye polisin değil, çevik kuvvet, özel tim, gizli polis vb.'lerin müdahale edeceği de bir yasa hükmünden kaynaklanmaz. Yasa hükmü biçimine veya diğer hukuk biçimlerine bürünen nesnellik derecesinde bir düzenliliktir, hukuk biçimi içinde oluşmaktadır. Hukuk biçimi kazanmamışsa bir toplumsal yasadır, hukuk dışı veya hukuka aykırı olduğunu söyleriz.

### **Hukuksal Biçimlerin Oluşmasında ve Dönüşmesinde Nitelik - Nicelik İlişkisi**

Nicelik, uygulamada temel önemdedir. *Niteliği dönüştürebilmek için ona saldıracağı-mız yön niceliktir.* Bununla birlikte saf nicelik yoktur Anlağın içerikte gerçekleştirdiği indirgeme iki temel yöne doğrudur: nitelik olarak dile, biçimsel mantığa, kavrama doğru, niceliksel olarak matematiğe doğru. Oluştur, belirlenmiş nitelik, birşey direnir, sürer. Burada nicelik nesnenin *ilgisiz* belirleniminden başka birşey değildir, nesne için temel olmayan bir belirlenimdir çünkü nesnenin artış veya azalışı temelde bir değişiklik yaratmaz. Sonra bir an gelir, nitelik sürüklenir, zaptedilir ve aşılır. Her varlık sonlu bir niteliktir. Evrensel etkileşim niteliklerin iç bağlantısını gösterir. Niteliğin sonsuz bir yönü vardır çünkü evren nitelikler toplamı olarak ortaya çıkar.

Hukuksal biçimlerin oluşmasında ve dönüşmesinde nitelik ve nicelik ilişkisi belirleyicidir. Nitelik - nicelik ilişkisini hukuktaki geçerlilik - uygulanabilirlik tartışmasında kullanmak gereksizdir. Bu tür tartışmaların hepsi olgunun dışında oluşmuş bir hukuk kuralı (norm) kabul eder ve bunu uygulama ile ilişkisini araştırır.

Varoluş ve oluşundaki nitelik-nicelik ilişkisini görebilmek için hukuk kuralını bir nitelik, uygulamayı ise nicelik olarak ele almalıdır. Kural ve devletin desteği nicelikteki, somut nitelik yinelenmelerindeki farklılaştırmaları bastırır. Belirlenmiş niteliğin nicelik karşısındaki direnişi hukukta, tüm diğer toplumsal olgularda olduğu gibi etkindir.

Normu nitelik olarak ele aldığımızda, neyin niteliği olduğu sorusu ortaya çıkar. Hukuk normu toplumsal davranışın niteliğidir. Toplumsal ilişkilerde oluşan içerik devletin ve uzmanların etkinliği ile dile, biçimsel mantığa, kavrama, tipik biçimde de hukuk kuralı biçimine dönüştürülür. Hukuk normu toplumsal varoluşun hukuksal biçime indirgenmiş niteliğidir.

### **Hukukun Görünümü ve Özü**

Öz, hukuka aşkın hakikatler değildir.

Bilme sürecinin başlangıcıyla yani belirlenmiş varlıkları görünümlerinin bir yönüyle ele almakla yetinmemeliyiz. Hukuksal biçimlerin, normların, uygulamanın, "doğrudan doğruya başka bir şey, onun arkasında hem gizlenen ve gem de onunla açığa çıkan başka bir şey olduğu inancıyla daha ileri gitmeli, öze yönelmelidir. Görünüm, belirme, görüngü, somut gerçekliğin, özün bir yansımasıdır. Fizik ve insani gerçeklere ancak görüngüler aracılığıyla erişebiliriz."

Hukuk kuramları doğrudan görüngüler ile yetinmektedir. Basitçe mevzuat ve içtihat hukukun kendisi olarak kabul edilmekte, tüm tartışmalar bu kabulde yapılmakta, sorular ve yanıtlar bu kabule dayanmaktadır. Bu da az sayıda görüngüyü hukuk gerçekliği sanmak sonucunu doğurmaktadır.

Hukukun özü, ancak hukukun evreniyle, diğer oluşlarla bağlantısı içinde görüngülerin toplamı olarak, bu toplamdaki en yavaş değişen nitelik olarak belirlenebilir. Bu belirleme çabasının güçlüğü hiç girişilmemesinin gerekçesi olamaz.

Öz - nesnenin kendisi - görünüşünden daha yoksul olabilir çünkü görünüş ilişkisi, özün diğer şeylerdeki belirlemesini içerir. Hegel, güçlü anlatımıyla, "özün çölü"nden söz eder.

Hukuku bilmeye çalışırken yalnızca özlerle yetinilmesi durumunda yaşanan basitlik ve kadercilik özün bu niteliğinden kaynaklanır. Hızla görüngüye dönmek oradan niteliği ve niceliği ele almak, özü bir kez daha sınamak, değişime bakmak, olanakları araştırmak gerekir.

### **Hukukta Kavramlar**

Kavramları oluşturabilmek için doğrudanı, görünümü aşmak ve görüngülerin doğrudan görünmeyen temel bütünlüğünü ve bağlantılarını keşfetmiş olmak gerekir.

Hukuktaki doğrudan, görünüm ise kanunlar, mahkemeler, mahkeme kararları, polis, cezaevleri, icra daireleri vb. gibi biçimlerle ortaya çıkar. Bunlar temel bütünlüğün içinde ve bağlantılarla var olur.

Kavramı, bilmeyi “nesnel gerçeklik ve evrensel etkileşim” önceler. Kavram aynı zamanda bizi gerçeklik ile yakınlaştırır, onun içine sokar, kavram hakikatte bir derecedir. Dolayısıyla kavram somut ve nesnel. Dünya ile eylem aracılığıyla ilişkiye geçtiğimizden kavram da bu etkinlikten doğar. Uygulama kavramın bir durağıdır. Eylem kavramın nesnel gerçekliği ile çelişmez tersine nesnel dünya ile bağlantı kurduğu için kavramın nesnellığı uygulamaya dayanır.

Hukuk kavramının somut ve nesnel olabilmesi ancak salt olgularla, görüngülerle yetinmeyip bütünlüğü, bağlantıları, evrensel etkileşimi keşfetmekle olanaklıdır. Bunun gibi kavram - eylem bağlantısı da bir etkileşim olarak kurulmalıdır. Hukuk ve alt kavramları idelerin gerçekleşmesinden değil, eylemden doğmuştur. Bu kavramlarla da uygulamayı anlarız, gerçekliği kavrarız. Etkileşim ve oluş değerlendirilmediğinde, sabitlerden oluşan kavramlar ile eylem ilişkisi hep bir ihlal ve yaptırım olarak kurulur. Bunun gibi hukukun olan - olması gereken ayrımı mutlak sanılır.

Hukuktaki kavram, hukuk kuralı veya kuraldaki kavramlar değildir. Hukuk kuralı (norm) da bir gerçeklik, uygulama ve eylemdir. Hukuk kuralları, düzenledikleri toplumsal ilişkiler ve insan davranışları gibi gerçekliğin aynı nitelikli parçalarıdır. Hukuktaki kavramlar normun kendisi değildir. Norm, hukuksal ilişkilerdeki, oluştaki durağanlaşmış ilişkilerden biridir. Bir eylemdir, gerçekliktir. İçtihat da aynı niteliktedir. İkisi arasında hız ve değişim hızı farkı vardır. Norm ile içtihat arasındaki farkı açıklamak üzere soyut - somut ilişkisi de kullanılabilir.

### **Hukukta Mantık**

Mantık, bilmenin genel biçimleri, yöntemleri ve araçlarıyla uğraşır. Önermelerin içeriği yeni bir mantık dalı yaratmadığından ayrı bir hukuk mantığı yoktur. Hukuk mantığı veya hukukta mantık değil, hukukun bilinmesinde genel biçimlerin oluşturulması, yöntem ve araçların geliştirilmesi sözkonusudur.

Hukukta tasım, akıl yürütme, yargılama yönteminin, mahkeme uygulamasının bir konusu olarak anlatılır. Eksik bir bakıştır. Hukuk çalışmalarındaki “mantığın hukukta kullanımı” ya da “hukuk mantığı” nitelemeleri mantık, tüm hukukta bilmenin biçimi, aracı değilmiş, ayrı bir bilgi dalıymış izlenimi yaratmaktadır. Hukukta mantık, kuralın olaya uygulanması ile özellikle mahkeme kararlarının ve kararın gerekçesinin oluşumu ile sınırlı

olarak anlatılmakta, incelenmektedir. Burada da hukuk kuralının, hukukun tek biçimini olduğu kabulünün sonuçlarından birisi bulunmaktadır. Hukukta karar, normdan çıkarım yapmaktan çok olgunun teknik ve hukuksal nitelenmesiyle oluşur. Bu iş de kavram ile görüngü/olgu arasındaki bir akıl yürütmeyi gerektirir.

Kavram evrensel ilişkileri içerir ve bununla bize doğruyu, belli bir olayda somut uygulamayı verir. Kıyas (çıkartım), kavram ile gerçeklik arasındaki bağlantıda yer alır.

Kavram ile gerçeklik arasındaki bağlantıyı kurma yalnızca uyumsuzluğu çözmeye zoru değil, hukuku bilme çabasının tümü için geçerlidir.

Olgunun hukukla bağlantısını, hukuki nitelikte olduğunu ancak soyutlama ile kavrayabiliriz. "Bireysel (tekil) olan, bir anlamda, doğrudan ve gerçektir. Öte yandan tekil ancak tür ile var olur." Kavramları kullanarak yani soyut ile doğrudan ve gerçek olan tekili kavrayabiliriz. Yolda hiçbir zaman 'genel olarak insan' ile karşılaşmayız. Tekilleri karşılaştırmalı ve genel niteliklerini soyutlamalıyız. Tümel ve tekil bağlı ve çelişiktir.

Hukuktaki tümeler yalnızca normlardan oluşmaz. Tümel, evrensel, tür ile bireysel, tekil arasında orta terimlerle kurulan ilişkiler, dolaylılar süreklidir. Yalnızca mahkeme karar verirken değil tüm hukuk uygulamasında ve hukukun bilgisinin üretilmesinde sürekli bir kavram - yargı ilişkisi kurulur.

Kavram yargıyı sarar ve yargı kavramı geliştirir. Temel nitelikler, tekiler (bir dizi karşılaştırmayla, yargılarla, eylemle) incelenerek bir kez elde edilince yani kavram oluşturulunca, bir yandan tümeli kavramak öte yandan da bireyleri açıklamak için bu kavramdan yola çıkılır. Tekil, tikel ve tümel arasındaki hareket hiç durmaz.

Bilme sürecinin, akıl yürütmenin bu ilkeleri hukukta yalnızca yargılamada kullanılmaz. Hukuksal oluşun bilgisi üretilirken ve hukuk uygulaması gerçekleştirilirken kullanılır. Tümel ve tekil arasındaki çelişki, nitel ve nicel ilişkisinin özellikleriyle ya yeni kavramların yaratılmasına, kavramlarda düzeltmeler yapılmasına ya da gerçekliğe bilinçli insan etkinliği ile müdahaleye yol açar.

Mantığın hukukta kullanımı da biçimsel mantığa dayanır. İçeriksiz biçimlerin uyumu aranır biçimsel mantıkta.

Tüm içeriği, mantık terimlerinin tüm anlamını, bu terimlerin işaret ettiği tüm nesnelere dışarıda bırakan biçimsel mantık, kurallar ve kuralların düzgün kullanımıyla, yani genel *tutarlılık*, *düşüncenin kendi kendisiyle uyumlu olması* kurallarıyla belirlenir.

Bunu, pozitivist-normativist hukuk tanımı olarak da kullanabiliriz. Hukuk da kesinlik arayışındaki biçimsellikle çalışır. Öte yandan hukuk, yerleşmiş kuralların bozulmasıyla, sakatlanmasıyla gelişir. Sözkonusu bozuların yerleşebilmesi için bunların toplumsal ve uygulamalı gereksinimlere denk düşmesi gerekir.

Salt hukuksal biçimlerin bilimi, biçimsel (analitik) mantıkla yetinebilir ancak diyalektik hukukbilimi, hukuksal biçimleri taşıdıkları içeriklerle incelemeli, somut mantığa yönelmelidir.

Düşünce bir devinimdir. Hukukun düşüncesi bir devininim, oluşun düşüncesidir. Metafizikteki veya mantıktaki mutlak doğru arayışı hukukun işleyişinde veya bilgisinin üretiminde de vardır. İhlal, suç, hukuka aykırılık/uygunluk incelemeleri biçimsel mantığın ilkeleriyle yapılır. Buna karşın hukukun biçim aldığı toplumsal ilişkilere baktığımızda,

yani içeriğe yöneldiğimizde somutu değerlendirdiğimizde, doğru ile yanlış birbirinden nadiren kopabilir.

Kimi sınırlarda doğru ve yanlış karşılığı mutlaktır. Bu durumlar dışında içerik, gerçek, öngörülemeyen ve sayısız küçük farklılıklar, *değişiklikler* ve geçişler gösterir karşıtlık görece bir hal alır. Yeni doğrular kazanabilmemiz ve kısmi ve yaklaşık doğrulardan, geçici yanlışlardan ilerleyerek nesnel doğruluğa (hakikate) ilerlememiz doğru ve yanlışın bu diyalektik etkileşimi sayesinde. Bilim, *kavramın somut mantığını* varsayar ve içerir.

Hukuk bilgisi bilimsel nitelik taşıyacaksa kavramlar sabitlenmemeli ve somut mantık olarak bilme etkinliğinin içine yerleştirilmelidir. Mantık mahkeme uygulamasının sınırlı alanına hapsedilemez.

### **Hukukta Siyasal Tavır**

Devletin organları, aygıtları ve kurumları kadar hukuk da mücadelenin hedefi olmalıdır.

Hukuk oluşturulması kadar *oluşu* da çatışma konusudur. Hukukçuların yaptığı hukuk kuralının geçerliliği - etkililiği ayrımı, kuralları koymak değil uygulamak önemli saptaması oluşun toplumsal çatışma alanı olduğu gerçeğini örtmektedir. Bu konularda, soyut kuralın uygulanmasının soyut güçlüğünden söz ediliyor. Oysa hukuk kurallarının uygulanmaması da bir uygulamadır, toplumsal çatışmada kazanılmış bir siyasal iktidar parçasıdır.

Gerçekliği hukuksal gerçekliğe dönüştürmek çatışma gerektirdiği veya yarattığı gibi hukukun gerçekliğin oluşunda da çatışma vardır.

Hukuk devletin ele geçirilmesi ile fethedilebilecek bağımlı bir gerçeklik değildir. Devlet iktidarı kadar gerçek ve sürekli mücadelenin konusu bir iktidar alanıdır.

Mübadele ilişkilerindeki özgür/eşit kişinin yanına siyasal iktidarı indirmek, tüm sözleşme ilişkilerine, özel alana siyasal alanın hukukunu indirmek gereklidir. Bu özellik, mülkiyetin ve emeğini satma özgürlüğünden başka bir şey olmayan sözleşme kurma özgürlüğünün güvencesi olarak zaten bulunmaktadır. Bunun ayırında olduğunda, sermayenin devlet iktidarı ayrı bir yerde aranmaz, siyasal alan - özel/sivil alan ayrımı kaldırılır. Bu durumda, sermayenin zorundan kaçarken devletin şiddetiyle karşılaşmak, ona razı olmamak için devlet ve bürokrasi eleştirisinden de vazgeçmemek gerekir.

Mübadele ilişkisinin eşit ve özgür olduğu varsayılan hukuksal biçimlerine kamu hukukunun biçimlerini taşımak ve aynı zamanda devletin ve hukukun sönümlenme zorunluluğunu, devlet ve bürokrasi eleştirisini hiç unutmamak, elden bırakmamak gereklidir. İnsanın hukuk öznesi kişi olarak ortaya çıktığı mübadele ilişkileri dışında türsel varoluşu, devletin ve piyasanın şiddetinden sakınılmalıdır.

Anayasalarda büyük çoğunluğu sözleşme yapma özgürlüğünden başka bir işlevi olmaksızın duran temel hak ve özgürlüklerin, insan haklarının anlamı da mübadele dışı kalacak/bırakılacak ve insanı türüne ve tüm varoluşa bağlayacak bu kazanımlar olacaktır.