

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun

Av. Veli Küçük

Av. Gökhan Bozkurt

Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

Araştırma Görevlisi

Abdussamet Tekin

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuoğlu

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa

Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.

Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA

0 (312) 384 24 01

Sertifika No: 49427

Basım Tarihi / Printing Date : 29. 06. 2024

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "**Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır**" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturma ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.

Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.

Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

- 1 Recep DOĞAN**
Nefret Suçu ve Söylemi: Temel Sorunlar, Suç Profili ve AİHM Yaklaşımı
Hate Crime and Hate Speech: Main Problems, The Profile of The Crime and The Echr's Case Law
- 67 Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU**
Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçu
Illegal Abortion and Miscarriage Crime in Turkish Penal Code
- 101 Yaprak ÖNTAN**
Ceza Mahkemelerinin Madde ve Yer Yönünden Yetkisizlik Kararlarına İtiraza İlişkin Değerlendirmeler
Evaluations Regarding the Objection to the Decisions of Material And Territorial Incompetence of Criminal Courts
- 127 Onur GÜRER**
Birleşik Krallık'ta Kamu Hizmetinin Tarihsel Dönüşümü
The Historical Transformation of Public Service in The United Kingdom
- 161 Alparslan ŞİMŞEK**
Yasaklı Bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru
Detection of A Prohibited Substance or Prohibited Method, Use or Attempted Use or Possession Is The Element of Fault in Determining Sanction in Anti-Doping Rule Violation
- 227 Ümit Vefa ÖZBAY**
Augustus Dönemine ve Augustus Kanunlarına Genel Bir Bakış
An Overview of The Augustus Period and The Augustus Laws
- 263 Setenay BAYTEMİR TARHAN**
Roma Hukukunda Societas (Adi Ortaklık)'ta Ortakların Kazanca ve Zarara Katılması ve Societas Leonina (Aslan Payı Ortaklığı)
Allocation of Shares in Profits and Losses in Terms of Societas and Societas Leonina in Roman Law

293 Engin SAYGIN

Kamu İhale Kanunu Uyarınca Verilen İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararlarının Yargısal Denetimi

Judicial Review of The Prohibition from Participating in Tenders in Accordance with Public Procurement Law

327 Mehmet Emin ÇAĞIRAN

Soykırım Sözleşmesinin Gazze'de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın İhtiyati Tedbir Kararı

The Order of The International Court of Justice in The Case of The Application of The Genocide Convention in Gaza

367 Ayşenaz ÖZTÜRK

Uluslararası Tahkimde Vasıflandırmanın Hangi Hukuka Tâbi Olacağı Sorunu

The Problem of Which Law Should Govern Qualification in International Arbitration

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mayıs-Haziran 2024 sayısı ile karşımızdayız.

*

Nisan ayı içerisinde Türkiye Barolar Birliği tarihinde ilk kez bir açık hava mitingi gerçekleştirdik. Avukatlık mesleğine ilişkin uzun süredir ve çeşitli vesilelerle dile getirdiğimiz sorunların artık bizim için katlanabilir olmanın ötesini geçtiğini göstermek üzere bir miting düzenlenmesi kararı, esasen Baro Başkanları toplantılarında belirlenen yol haritasının bir parçasını oluşturuyor. Meslektaşlarımızın ve Barolarımızın bu yöndeki talepleri doğrultusunda Türkiye Barolar Birliği Yönetimi, 27 Nisan 2024 Cumartesi günü Ankara Anıtpark'ta, "Avukat İçin de Adalet" başlığı altında bir Büyük Savunma Mitingi düzenleme kararı aldı.

Miting programı kapsamında binlerce meslektaşımızla ve Baro Başkanlarımızla Türkiye Barolar Birliği önünde toplanarak Anıtpark'a kadar devam eden bir yürüyüş gerçekleştirdik. Yürüyüşün sonunda Anıtpark'ı dolduran meslektaşlarımızla taleplerimizi her birlikte güçlü bir şekilde dile getirdik.

*

Hukuk mesleklerine giriş için artık yepyeni bir dönem başlıyor. Birliğimizin de görüşleri alınarak hazırlanan Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı ve İdari Yargı Ön Sınavı Yönetmeliği 8 Mayıs 2024 tarihli Resmî Gazete'de yayınlandı. Sınav, 24.10.2019 tarihinden sonra yükseköğretim kurumlarına kayıt yaptıranlardan 31.3.2024 tarihinden sonra mezun olanlar bakımından uygulanacak ve Nisan ve Eylül aylarında olmak üzere yılda iki kez ÖSYM tarafından yapılacaktır.

Türkiye'deki hukuk fakültesi ve mezun sayılarının ihtiyacın çok üzerinde olduğunu uzun zamandır dile getiriyoruz. Gerek hukuk düzeninin işleyindeki gerekse hukuk mesleklerindeki niteliğin artırılması için bu yoğun katılımın engellenmesi gerekiyor. Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı, bu yolda atılmış ve uzun süredir beklediğimiz bir adımdı. Ancak yeterli olmadığı da açıktır. Hukuk fakülteleri için akreditasyon uygulaması ve avukatlık kabul sınavı da dahil olmak üzere diğer adımların da atılması için girişimleri sürdüreceğiz.

*

Dergimizin bu sayısında her biri birbirinden değerli on makale yer alıyor. Hukukun çok farklı disiplinleri çerçevesinde dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi çalışanlarımıza teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

Av. R. Erinç SAĞKAN

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

NEFRET SUÇU VE SÖYLEMİ: TEMEL SORUNLAR, SUÇ PROFİLİ VE AİHM YAKLAŞIMI

HATE CRIME AND HATE SPEECH: MAIN PROBLEMS, THE PROFILE OF THE CRIME AND THE ECHR'S CASE LAW

Recep DOĞAN*

Özet: Bu makalede nefret suçu ve nefret söylemi kavramları, karşılaştırmalı hukuktan örnekler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları ışığında tartışılacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan nefret suçuna ilişkin düzenlemeler açıklanarak, bunların karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden farklı yönleri ortaya konacaktır. Nefret suçları kapsamında, ayırt edici özelliklerden hangilerinin "karakteristik" olarak kabul edilerek hukuk düzenince korunma altına alınacağı ve failin nefret, ayrımcılık veya düşmanlık saikiyle hareket ettiğinin nasıl ispatlanacağı sorunları açıklanarak, bu sorunlara cevap üretilmeye çalışılacaktır. Nefret suçlarının hukuki konusu, fail ve mağdur profili özetlenerek, futbol maçlarında yapılan ırkçı ya da diğer uygunsuz tezahüratlara karşı alınan tedbirler tartışılacaktır. Nihayetinde, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile karşılaştırmalı hukukta yer alan diğer düzenlemeler arasındaki farklılıkların giderilmesi için alınabilecek tedbirlere dair somut önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nefret Suçu, Nefret Söylemi, Suçun Hukuki Konusu, Fail ve Mağdur Profili, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, AİHM Yaklaşımı

Abstract: This article discusses the concept of hate crime and hate speech in accordance with approaches taken in different jurisdictions and the judgements of the European Court of Human Rights (ECHR). It will be explained whether the relevant provisions of Turkish Penal Code concerning bias, hate crime and hate speech show similarity with such approaches and judgements, or differ from them. The problem of which characteristics should be

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, recep.dogan@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7739-3071, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.03.2024, Kabul Tarihi: 23.05.2024

selected for the protection, and how the motive of hate, hostility or bias should be proved will be outlined and addressed. The rationales which justify the existence of hate crime and hate speech laws will be explained with the summary of the profile of crime, perpetrators and victims. Racial or indecent chanting at football matches and measures taken against such chanting will be specifically discussed. In the end, the gap between Turkish Penal Code and other international regulations concerning hate crime and hate speech will be outlined with some specific recommendations.

Keywords: Hate Crime, Hate Speech, The Profile of Crime, Perpetrators and Victims, The Crime of Hate and Bias, ECHR's Case Law

GİRİŞ

Nefret suçu insanı diğer bireylerden farklı kılan ya da kişiliğinin esaslı bir parçasını oluşturan ayırt edici karakteristik bir özelliğın (*attributes/characteristic*) kine, öfkeye, önyargıya veya düşmanlığa dayalı olarak aşağılanması, hor görülmesi ya da kişilerin sırf bu farklılığa dayanarak cebir, şiddet içeren başka suçların mağduru olması halinde söz konusu olmaktadır. Nefret suçunda failde kine, öfkeye ya da düşmanlık duygularına sebep olan ve mağdurun sahip olduğu düşünülen farklılık ya da ayırt edici özellik, ırk, dil, din, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, mezhep, felsefi inanç, engelli olma durumu, cinsel yönelim/tercih, ekonomik statü ya da belli bir sosyal gruba mensubiyetten kaynaklanabilmektedir.

“Nefret suçu” (*hate crime*) esas itibariyle bünyesinde birden çok suç tipini barındıran genel bir kavram olup nefret suçunu işleyenlerin temel saiki aslında nefretten çok önyargı (*prejudice*)¹ ve ayrımcılığa (*bias*)² dayanmaktadır. Bununla beraber, nefrete neden olduğu iddia edilen ve hukuk düzenince korunma altına alınması gereken ayırt edici karakteristik özellikler ülkelere göre farklılıklar gösterebilmektedir.³ Bu nedenle karşılaştırmalı hukukta spesifik olarak tek bir nefret suçundan çok nefret suçlarından (*hate crimes*) bahsedilir. Bu bağlamda,

¹ Uğur Ersoy, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, S. 35, s.111-174, s.112, 116.

² Neil Chakraborti/Jon Garland, *Hate Crime: Impact, Causes and Responses*, (2nd ed), Sage, London, 2015, s. 115; OSCE, ODIHR, (Office for Democratic Institutions and Human Rights), *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, Warsaw, Poland, 2009, s.16. <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>. Erişim Tarihi,11.01.2024.

³ OSCE, ODIHR, s.16.

nefret söylemi (*hate speech*) ile nefret suçu (*hate crime*) arasında bir ayrıma gidilmektedir. Nefret söylemi, “nefret suçuna giden sürecin çıkış noktası, yani nefret suçunun önünü açan tahammülsüzlüğün ve hoşgörüsüzlüğün dışı vurumu”⁴ olarak kabul edilmekte iken; nefret suçu ise bu tahammülsüzlük ve hoşgörüsüzlüğün şiddet içeren bir sonraki hali, yani “önyargının şiddet manifestosu”⁵ dur. Nitekim, özellikle azınlıklara karşı hakaret içeren, toplumu kışkırtma, gerilim yaratma, şiddete yönlendirme ve tahrik etme amacı güden, önyargı içeren söylemler, belli kişi grupları hakkında veya bu gruplara karşı korku aşıl原因 nefret söylemleri,⁶ azınlıkların şahsına, mal varlığına, ibadethanelerine ve işyerlerine yönelik saldırılara ve nefret suçuna zemin hazırlamaktadır.

Bir başka deyişle, şiddet içermeyen nefret söylemi ile şiddet boyutuna ulaşmış nefret suçu arasındaki ortak özellik, ayrımcılık (*bias*) unsuruna dayalı kin, nefret, öfke veya önyargı duygusudur. Dolayısıyla ayrımcılık (*bias*) içeriği olmaksızın nefret söyleminden (*hate speech*) ayrımcılık ve şiddet içeren suç unsuru (*bias + base offence*) olmadan nefret suçundan (*hate crime*) bahsedilemez. Nefret suçunda, fail, mağdurun mensup olduğu veya mensup olduğunu düşündüğü gruba ait ayırt edici karakteristik özelliklere karşı benimsediği ayrımcı fikirler sebebiyle mağduru hedef almakta, mağdurun hedef olarak seçilmesinde bu ayırt edici özellikler dışında bir sebep bulunmamaktadır.⁷ Bununla beraber nefret suçunda uygulanan şiddet, sadece mağdur üzerinde değil, mağdurun mensup olduğu grup üzerinde de derin izler bırakmakta, sosyal uyum ve istikrarı olumsuz etkilemektedir.⁸

⁴ Timur Demirbaş, “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, s.2693-2701, s.2695.

⁵ Ersoy, 2018, s.122, OSCE, ODIHR, s.11, Hakan Ataman, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları içinde* (Der.: Yasemin Aytekin İnceoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s.47-80, s. 71.

⁶ Law Commission, *Hate crime laws* :Consultation paper, Law. Com. Consultation Paper 250, London, 23 September, 2020, s.8. <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f/uploads/sites/30/2020/10/Hate-crime-final-report.pdf>. Erişim Tarihi, 11.01.2024.

⁷ OSCE, ODIHR, s.16.

⁸ OSCE, ODIHR, s.7, 19.

Bu nedenle, TCK sistematığı açısından bakıldığında, nefret saikiyle işlenebilecek suçların kapsamı TCK'nın 122. maddesinde düzenlenen "nefret ve ayrımcılık"⁹ suçunun kapsamından daha geniştir.¹⁰ Bu bağlamda, mağdurun mensup olduğu veya failce mensup olduğu düşünülen gruba ait ayırt edici karakteristik özelliklere karşı benimsenen ayrımcı fikirlerden kaynaklanan kin ve husumet duygularıyla işlenmesi halinde, vücut dokunulmazlığına karşı işlenen kasten yaralama (TCK m.86), işkence (TCK m.94), eziyet suçları (TCK m.96), hürriyete karşı işlenen tehdit (TCK m.106), şantaj (TCK m.107), cebir (TCK m.108), kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi (TCK m.113), siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m.114), inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (TCK m.115), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m.117) suçları, şerefe karşı işlenen hakaret suçu (TCK m.125), malvarlığına karşı işlenen yağma (TCK m.148), mala zarar verme (TCK 151), ibadethane ve mezarlıklara zarar verme (TCK m.153) suçları, kamu barışına karşı işlenen halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (TCK m.213), suç ve suçluyu övme TCK (m.215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK m.216), kanunlara uymamaya tahrik (TCK m.217), halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (TCK m. 217/A) suçları nefret saikiyle işlenebilir.¹¹

Bu makale kapsamında önce nefret suçları kavramının gelişim süreci karşılaştırmalı hukuktan örnekler vermek suretiyle tartışılacak, ar-

⁹ Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan sözlükte kelimenin doğru yazım şekli "ayrımcılık" olmasına rağmen TCK'nın 122. maddesinde kelimenin "ayrımcılık" şeklinde yazılmış olduğu görülmektedir. Türkçe yazım kurallarına aykırı olduğu kabul edilen bu farklı yazım şekli, TCK'nın 122. maddesi söz konusu olduğunda, maddedeki şekline bağlı kalınarak bu makalede de kullanılmıştır.

¹⁰ Benzer yönde bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s.489; Demirbaş, s. 2700.

¹¹ Nefret suçları konusunda Türk Ceza Kanunu'nda yer alması gereken her bir suç tipine yönelik ayrıntılı bir tartışma ve "Nefret Suçları Yasa Tasarısı Taslağı" için bkz. Hasan Sınar, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, C. 19, S.2, s. 1271-1300, s.1287-1297. Ayrıca bkz, Asuman Aytekin İnceoğlu, "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları içinde* (Der. Yasemin Aytekin İnceoğlu), *Ayrıntı Yayınları*, İstanbul, 2012, s. 103- 120; Ersoy, 2018, s.114, 155.

dından nefret suçlarının düzenlenmesinde karşılaşılan hukuki sorunlar açıklanacaktır. Nefret suçlarına ilişkin kriminolojik araştırmalardan hareketle, suçun hukuki konusu, mağdur ve fail profilleri açıklanacak, nefret söylemi kavramına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı mahkemenin ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin olarak verdiği kararlar kapsamında ele alınacaktır. Konunun önemine binaen futbol müsabakalarında rastlanan ırkçı nefret söylemleri, İngiliz ve Türk Hukuku ekseninde tartışılacak ve AİHM kararlarından örnekler verilecektir. Nihayetinde konunun Türk Ceza Hukukunda ele alınış biçimi, öğretide yansıtılan görüşler ve Yargıtay kararları doğrultusunda tartışılacak, çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I- KAVRAMIN GELİŞİM SÜRECİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

Dünya genelinde nefret suçlarına ilişkin düzenlemeler, faşizmin yükselmesine ve 2. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan ayrımcı muamelelere tepki olarak oluşmaya başlamıştır.¹² Bu bağlamda, genel olarak antisemitist propagandayı yasaklamayı hedeflemekle birlikte, 1939 yılında Fransa'da 1881 tarihli Basın Kanunu'nda bir kararname ile değişikliğe gidilerek, belli bir ırkı, kökeni veya dini hedef alan ve halkta nefrete sebep olan hakaret ve aşağılama yasaklanmıştır. Yine 2. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'da Nazi söylemleri, gamalı haç ve Hitler selamı gibi Nazi sembollerinin kullanılması yasaklanmış, ardından 1960 yılında belli bir ırkın ya da dinin mensuplarına yönelik hakaret ve aşağılama cezalandırılmıştır.¹³ 1947 yılında Avusturya, 1985 yılında Almanya, 1990 yılında Fransa, 1995 yılında ise Belçika, Yahudi Soykırımının inkârını (*Holocaust denial*) yasaklayan düzenlemeler getirmişlerdir.¹⁴

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme New York'ta toplanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı kararıyla kabul

¹² Law Commission, 2020, s.28-29.

¹³ Law Commission, 2020, s.29. Erik Bleich, "The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2011, C.37, S.6, s. 917-934, s.920.

¹⁴ Bleich, s.920-921.

edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Söz konusu Sözleşmenin 4. maddesi taraf devletlere bir ırkın üstünlüğü fikrine dayalı olarak başka bir ırka, renge ya da etnik kökene mensup kişilere yönelik şiddet eylemlerinin işlenmesini, işlenmesinin teşvikini ya da maddi açıdan desteklemek de dâhil olmak üzere bu eylemlerin işlenmesini kolaylaştırmayı cezalandırma yükümlülüğü getirmiştir. 1969 yılına gelindiğinde, 27 ülke “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi” imzalamıştır. Ancak başta İngiltere olmak üzere,¹⁵ İsviçre, Avusturya, Belçika, Fransa, Japonya, İtalya ve İrlanda söz konusu maddeye çekince koyarak, cezalandırma yükümlülüğünü “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde belirtilen düşüncüyü ifade özgürlüğüne aykırı olmayacak düzenlemeler yapma yükümlülüğü” şeklinde yorumladıklarını belirtmişlerdir.¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmeyi 1972 tarihinde imzalamış, Sözleşme 2002 yılında yürürlüğe girmiş, nefret ve ayrımcılık suçlarının cezalandırılmasını öngören 4. maddeye yönelik herhangi bir çekince konmamıştır.¹⁷

Amerika Birleşik Devletleri’ne bakıldığında, Amerikan Anayasası’nın ifade özgürlüğünü düzenleyen hükümleri (*First Amendment*) nefret söylemlerinin ayrı bir suç olarak cezalandırılmasının önünde engel olarak görülmüş¹⁸ ve ABD Sözleşmenin 4. maddesine ilişkin yükümlülüğü yerine getirmeyeceğini (*derogation*) bildirmiştir.¹⁹ ABD, 1968 tarihli Medeni Haklar Kanunu ile (*The Civil Rights Act*) sadece ırk ayrımcılığının önlenmesi için yürürlüğe konan düzenlemeleri etkisizleştirmeye yönelik şiddet eylemlerini cezalandırmayı tercih et-

¹⁵ Law Commission, 2020, s.446. paras. 18.50, 18.51.

¹⁶ Law Commission, 2020, s.29; Bleich, s.921.

¹⁷ Sözleşme Türkiye tarafından 13 Ekim 1972 tarihinde New York’ta imzalanmış, 03.04. 2002 tarih ve 4750 sayılı “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” ile onaylanması uygun bulunarak, 09.04.2002 tarih ve 24721 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Onay Kanununun ardından, 16.06.2002 tarihli ve 24787 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2002/4171 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Sözleşme yürürlüğe girmiş, Uluslararası Adalet Divanı’nın yetkisine ilişkin Sözleşme’nin 22. maddesine çekince konmuştur.

¹⁸ Paul Iganski, “Hate Crimes Hurt More”, *American Behavioral Scientist*, 2001, C.45, S.4, s.626-638, s.627; Bleich, s.922.

¹⁹ Elif Küzeci, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 71, s.174-199, s.176; Ersoy, 2018, s.129.

miştir. Bu bağlamda, Wisconsin Yüksek Mahkemesi'nin (*the Supreme Court of Wisconsin*) 1993 tarihli *Wisconsin v. Mitchell*²⁰ kararı tarihi öneme sahip olup Wisconsin eyaletinde nefret saikiyle işlenen yaralama suçunun daha ağır bir cezayla cezalandırılmasının Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Burada cezalandırılanın nefret saikine dayalı yaralama fiili olduğu, failin sahip olduğu nefret veya beğenme duygusunun bizatihi cezalandırılmadığı belirtilmiştir. Ardından 2 yıl hapis cezası alan failin, mağduru sırf ırkından dolayı yaralaması sebebiyle cezasının ağırlaştırılarak 4 yıl hapis cezasına çarptırılmasının Anayasaya uygun olduğu belirtilmiştir.

Ancak, 2009 tarihli Nefret Suçlarının Önlenmesi Kanunu'na (*Hate Crimes Prevention Act 2009*) kadar, ABD'de sadece ırkçılığı yasaklayan düzenlemeler kapsamında ırkı, rengi veya dini gerekçe gösterilerek bir kimsenin eğitim veya toplu taşımadan yararlanma hakkı gibi federal düzeyde korunan bir hakkının şiddet yoluyla engellenmesinin cezalandırılmasıyla yetinilmiştir. Buna rağmen, ülkenin ırk ayrımcılığıyla mücadele geçmişi, nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin esaslı bir bölümünün ırk ayrımcılığıyla mücadele adı altında Amerika'da yürürlüğe konan düzenlemelerden oluşmasını sağlamıştır. Şu an ABD'de hemen hemen tüm eyaletlerde nefret suçlarının cezalandırılmasına ilişkin kanunlar bulunmakta olup ilk düzenlemeler ise Washington ve Oregon eyaletlerinde 1981 yılında yapılmıştır.²¹

İngiltere'de ise 1998-2012 yılları arasında hız kazanan nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin oluşumunu, 22 Nisan 1993 tarihinde işlenen *Stephen Lawrence* cinayeti tetiklemiştir. Bu davada siyah ırka mensup *Stephen Lawrence* ve arkadaşı *Duwayne Brooks* Londra'nın güneydoğusunda bir otobüs durağında otobüs beklerken 5 kişilik ırkçı beyaz bir grubun saldırısına uğramış, 18 yaşındaki *Stephen Lawrence* göğsünden bıçaklanarak öldürülmüş, saldırganlar ırkçı söylemlerde bulunmuştur. Faillerin, aynı bölgede başka azınlıklara yönelik ırkçı saldırıların da sorumlusu olduğu tespit edilmiştir. Davaya bakan hâkim (*Mr Justice Treacy*) kararını açıklarken şu ifadelerle yer vermiştir. "Belli bir ırka yönelik nefret duygusu dışında bu cinayete sebep olan bir husus yoktur. Hiçbiriniz *Stephen Lawrence* ve arkadaşı *Duwayne*

²⁰ *Wisconsin v. Mitchell* 508 US 476 (1993).

²¹ Bleich, s.924-925.

Brooks'u tanıımıyordunuz. Onların hiçbiri size zarar vermemiş, tehdit etmemiş, sizi kırmamış ya da gücendirmemiş idi. Siyah olmak ve eve dönmek üzere otobüse binmek için sıra beklemek dışında hiçbir eylemleri olmamış idi."²²

Bu cinayetin ardından 1998 yılında temel kanun olan Suç ve Düzensizlik Kanunu'nda (*Crime and Disorder Act 1998*) değişikliğe gidilerek, belli bir ırka mensup olan veya mensup olduğu düşünülenlere karşı düşmanlık beslenerek işlenen yaralama, mala zarar verme, taciz ve kamu düzenini bozucu davranışların yeni ve daha ağır cezalar ile cezalandırılması Kanun'un 28 ve 32. maddeleri arasında düzenlenmiştir.²³ Dolayısıyla temel kanun olan Suç ve Düzensizlik Kanunu (*Crime and Disorder Act 1998*) kapsamında ilk olarak ırk (*race*)1998 yılında koruma altına alınan hususiyet olarak belirlenmiştir.

Ardından, 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Kanunu, 2001 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu (*Anti-terrorism, Crime and Security Act of 2001*) ile değiştirilmiş, 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Kanunu'nun 28 ve 32. maddeleri arasına belli bir ırka veya dine mensup olan ya da olduğu düşünülenlere karşı düşmanlık beslenerek işlenen yaralama, mala zarar verme, taciz ve kamu düzenini bozucu davranışların daha ağır cezalar ile cezalandırılması hususu benimsenmiştir. Böylece mağdurun sahip olduğu veya sahip olduğu düşünülen ırkın yanında din (*religion*) de korunan hususiyet olarak nefret suçlarının kapsamına dahil edilmiştir.²⁴

Ardından cezalandırma ve ceza adaleti sisteminde değişikliğe gidilerek 2003 tarihli Cezalandırmada Adalet Kanunu'nun (*Criminal Justice Act 2003*) 145 ve 146. maddesiyle yaralama, mala zarar verme, taciz ve kamu düzenini bozucu davranışların dışında mağdurun sahip olduğu veya sahip olduğu düşünülen ırk, din, cinsel yönelim (*sexual orientation*) ve engellilik haline (*disability*) karşı düşmanlık beslenerek işlenen tüm suçlarda, kanun tarafından belirlenen üst sınır üzerinden ceza verilmesi sağlanmak suretiyle cinsel yönelim ve engelli olma du-

²² R v Dobson and Norris, Central Criminal Court, 4 January 2012, Law Commission, 2020, s.8.

²³ Crime and Disorder Act 1998, section 28-32.

²⁴ Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, Pt 5. s.39.

rumu da korunan hususiyetler arasına girmiştir.²⁵ Nihayetinde, 2012 yılında Adli Yardım, Cezanın Tespiti ve Suçluların Cezalandırılması Kanunu ile (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*)²⁶ 2003 tarihli Cezalandırmada Adalet Kanunu'nun (*Criminal Justice Act 2003*) 146. maddesine “*transgender*” ibaresi eklenerek, cinsiyet değişikliği ya da mağdurun sahip olduğu transseksüel kimlik sebebiyle işlenen tüm suçlarda, kanun tarafından belirlenen üst sınır üzerinden ceza verilmesi sağlanarak transseksüel kimlik de nefret suçu kapsamında korunan hususiyetler arasına girmiştir. Dolayısıyla İngiltere’de, 1998 yılında ırk, 2001 yılında din, 2003 yılında cinsel yönelim ve engelli olma durumu, 2012 yılında ise transseksüel kimlik nefret suçları kapsamında koruma altına alınan hususiyetler, ayırt edici karakteristik özellikler olarak belirlenmiştir.²⁷

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT-OSCE) tarafından 2009 yılında yayımlanan raporun verilerine göre, ABD, İngiltere ve Çek Cumhuriyetinde nefret saiki ve nefret suçu ayrı bir suç olarak düzenlenmiş iken diğer devletlerde nefret saiki sadece bir ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmiştir.²⁸ AGİT bölgesinde yer alan 23 ülkede nefret saiki tüm suçlara uygulanabilen genel bir ağırlaştırıcı sebep iken²⁹ 25 ülkede nefret saiki sadece belli suçlar için uygulanabilen bir ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmektedir.³⁰

Tüm bu gelişmeler ışığında, genel olarak, 2000’li yıllardan bu yana nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin iki şekilde yürürlüğe konduğu söylenebilir. Öncelikle, mağdurun sahip olduğu veya sahip olduğu düşünülen ayırt edici karakteristik özelliği hedef alan ve nefret saikiyle işlenen fiillere karşı yeni suç tipleri yaratılmakta ya da mevcut suçların nefret saikiyle işlenmesi halinde nefret saiki ağırlaştırıcı bir sebep olarak kabul edilmektedir. İkinci yöntem ise halkı galeyana getiren, nefreti

²⁵ Criminal Justice Act 2003, ss 145 and 146.

²⁶ Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, sch 21, pt 1.

²⁷ Law Commission, 2020, s.11 para.1.16, s. 18, para. 1.49. İngiltere hukukunda nefret suçlarının gelişime ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Mehmet Zülfü Öner, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 116, s.85-112.

²⁸ OSCE, ODIHR, s.32.

²⁹ OSCE, ODIHR, s.33

³⁰ OSCE, ODIHR, s.34

körükleyen ya da teşvik eden söylemlerin (*hate speech*) cezalandırılmasıdır.³¹ Devletler bu yöntemlerden birini tercih edebilmektedir. Ya da İngiltere ve Galler örneğinde olduğu gibi her iki yöntemi de benimseyerek, nefret saikiyle işlenen fiiller için mevcut suç tiplerindeki cezaları ağırlaştırma ve nihayetinde nefret söylemlerini ifade özgürlüğünün kapsamından çıkartarak cezalandırma yoluna da gidebilmektedir.³²

Günümüzde İngiltere ve Galler’de nefret suçlarında:

Belli bir din ya da ırka yönelik nefret saikiyle işlenen yaralama, mala zarar verme, taciz ve kamu düzenini bozma suçlarında nefret saikinin mevcut ağırlaştırıcı sebeplere ek yeni bir ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edildiği ve daha ağır cezalandırıldığı,³³

Temel cezanın iki sınır arasında belirlendiği hallerde ırk, din, cinsel yönelim (*sexual orientation*) engellilik ve transseksüel kimliğe (*transgender*) dayalı nefret saikinin temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak en üst sınırdan tayin edilmesini sağladığı,³⁴

İrk, din ve cinsel yönelime dayalı nefreti körükleyen ve halkı galeyana getiren nefret söylemlerinin (*stirring up hatred*)³⁵ ayrı bir suç olarak düzenlendiği,

Nefret söyleminin özellikle futbol müsabakalarında ırkçı tezahüratı cezalandırmaya yönelik uygulamalar kapsamında değerlendirildiği,³⁶

Nihayetinde, İngiltere ve Galler’de şartlı salıverilme için iyi halli hükümlü olarak cezaevinde geçirilmesi gereken asgari sürenin (*minimum term*) hâkim tarafından ceza duruşmasında tayin edilmesi sebebiyle, nefret saikinin şartla salıverilme için cezaevinde iyi halli hükümlü olarak geçirilmesi gereken asgari süreyi başından itibaren artıran bir durum olarak hâkim tarafından kabul edilebildiği³⁷ görülmektedir.

Bu bağlamda, nefret suçları söz konusu olduğunda tartışmanın esasını, nefret suçunun başlı başına ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin

³¹ Bleich, s. 925; Law Commission, 2020, s.28.

³² Law Commission, 2020, s.28, s. 190, para 10.54.

³³ Crime and Disorder Act 1998, ss 28 to 32.

³⁴ Criminal Justice Act 2003, ss 145 and 146, Sentencing Code, section 66.

³⁵ Public Order Act 1986, Pts 3 and 3A.

³⁶ Football (Offences) Act 1991, s 3.

³⁷ Law Commission, 2020, s.14. para. 1.27

gerekip gerekmediği, düzenlenecek ise bireyin hangi ayırt edici özelliklerinin hukuk düzenince korunma altına alınacağı,³⁸ nefret suçlarının tamamının tek bir mevzuatta toplanmasının gerekli olup olmadığı (*consolidation*),³⁹ nihayetinde nefret suçu kapsamında yapılacak müdahalenin düşünceyi ifade özgürlüğüne orantısız bir sınırlama getirmeksizin nasıl düzenleneceği⁴⁰ hususları oluşturmaktadır.⁴¹ *Tüm bu hususlar aşağıda mümkün olduğunca geniş bir ölçüde ele alınıp tartışılacaktır.*

II- TEMEL SORUNLAR

A. Korunması Gereken Ayırt Edici Özelliklerin Tespiti Sorunu

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında nefret suçları kapsamında, her ülkenin mevzuatında ayırt edici özelliklerden sadece bazılarının korunmaya değer “karakteristik” olarak kabul edilerek hukuk düzenince korunma altına alındığı görülmektedir. Dolayısıyla nefret söylemi ve suçu söz konusu olduğunda kişiliğin esaslı bir parçasını oluşturan ya da hususiyet kazandıran ayırt edici özelliklerden hangisinin korunmaya değer “karakteristik” olarak kabul edileceği ve nefret söylem ve saikine karşı korunacağı sorusunun öncelikli olarak cevaplandırılması gerekmektedir.

Bu bağlamda geliştirilebilecek ilk yöntem, korunması gereken karakteristik özellikler konusunda herhangi bir sınırlama getirmeksizin her türlü ayırt edici özelliği kapsama dâhil ederek açık uçlu, esnek bir

³⁸ Law Commission, 2020, s. 179; Law Commission, Hate crime laws: Final report, Law Com. No.402, 6 December 2021, s.6 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61ba053ed3bf7f055eb9b8cf/Hate-crime-report-accessible.pdf>. Erişim Tarihi,11.01.2024.

³⁹ Law Commission, 2021, s.6

⁴⁰ Law Commission, 2021, s.14-15, 20.

⁴¹ Bununla beraber nefret söyleminin yasaklanmasını bir sansür vakası olarak gören, insanların farklı gruplar ve kimliklere yönelik ayrımcı veya olumsuz fikir ve kanaatlere sahip olmalarını temel bir insan hakkı olarak kabul eden, bu nedenle devlet zoruyla insanların belli bazı görüşleri ifade etmesinin yasaklanmasını temel bir hak ihlali sayan görüşler (Cennet Uslu, “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, S.38, s.185-202, s.199) ile nefret söyleminin yasaklanmasının duygusallığa dayandığını, uzun vadede toplumun gelişimine engel olacağını iddia eden görüşler de vardır. (Mustafa Yaylalı, “Nefret Suçu ve John Stuart Mill’in “Zarar Prensibi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.27, S.1, s.37-53, s.51)

yöntem izlemektir. Nitekim Avustralya'nın Victoria Eyaleti ile Kuzey Toprakları Bölgesel Yönetiminde (*the Northern Territory*) bu usul benimsenmiş olup Victoria Eyaletinde "ortak özelliklere sahip bir insan grubuna"⁴² Kuzey Toprakları Bölgesel Yönetiminde ise "herhangi bir gruba karşı"⁴³ nefret saikiyle işlenen suç nefret suçu kapsamına alınmıştır. Bu usul, nefret suçu kapsamında korunması gereken ayırt edici özellikler (*attributes, characteristics*) ve nefret türleri arasında bir hiyerarşi, astlık-üstlük ilişkisi, kurulmasını engellediği için cazip görünmekle beraber, istenmeyen sonuçlar doğurmaya da müsait bir yöntemdir. Çünkü her grubun sahip olduğu ayırt edici her bir özelliğın korunması, çocukları cinsel olarak istismar eden pedofillerin dahi korunmasını sağlamaya elverişli bir yöntemdir. Nitekim, Avustralya'nın New South Wales eyaletinde sahip olunan açık uçlu grup tanımı sebebiyle, iki vakada New South Wales mahkemelerince, pedofillere karşı sırf pedofil olmaları sebebiyle işlenen yaralama ve evin yakılması şeklindeki mala zarar verme suçlarında, faile verilecek cezanın da nefret saiki sebebiyle ağırlaştırılması gerektiği, kanunun bir sınırlama olmaksızın bu şekilde yorumlanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.⁴⁴ Ancak bu tür istenmeyen sonuçların önlenmesi için korunması gereken ayırt edici özellikler konusunda da bir sınırlamanın getirilmesi zorunludur.

Bu konuda izlenebilecek ikinci yöntem, korunması gereken karakteristik özelliklerin belirlenmesi görevinin jüriye bırakılmasıdır. Bu yönetime ilişkin olarak, jürinin ortak akli ve ahlaki temsil etmesi gerçeği karşısında, korunması gereken cinsel yönelim ve transseksüel kimlik gibi özelliklerin jüri tarafından ahlaki sebeplerle ve önyargıyla koruma dışında bırakılabileceği endişeleri dile getirilmiştir. Ayrıca, jürinin hukuk yaratmaktan çok maddi hakikate göre hukuku uygulamakla görevli olduğu, parlamento tarafından yerine getirilmesi gereken hukuk kurallarının konulması ve dolayısıyla hangi suçların nefret suçu olduğunun belirlenmesi yetki ve görevinin jüriye devredilemeyeceği belirtilmiştir.⁴⁵

⁴² Sentencing Act 1991 (Vic), s 5(2).

⁴³ Sentencing Act 1995 (NT), s 6A.

⁴⁴ R v Robinson [2004] NSWSC 465 (Supreme Court of NSW); Dunn v The Queen [2007] NSWCCA 312 (Court of Criminal Appeal of NSW); Law Commission, 2020, s.181. para. 10.12.

⁴⁵ Law Commission, 2020, s.181-183.

Zaman içinde değişmesi ve değiştirilmesi mümkün olmayan ırk ya da renk gibi değiştirilemez (*immutable*) özelliklerin hukuk tarafından korunması, diğer bir yöntemdir. Burada da değiştirilmesi mümkün olmayan her özellik esas alınarak düzenleme yapılamayacağı, ancak grup kimliğinin oluşumunda esaslı bir görev üstlenen değiştirilemez özelliklerin (*function as a marker of group identity*) dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin “mavi gözlü olanlar” dendiğinde, göz rengi değiştirilmesi mümkün olmayan (*immutable*) bir özelliktir. Ancak “mavi gözlü olanlar”, diğer insanlar tarafından grup kimliği oluşturmaya yeterli derecede tutarlılığa ve uyuma sahip bir grup olarak ele alınmamaktadır. Yine aynı düşünceden hareketle, bir kimsenin dini inancı değiştirilemez bir özellik değildir. Dini inancın değiştirilmesi mümkündür. Ancak değiştirilmesi mümkün olmakla birlikte, geniş kesimler tarafından insan gruplarını ayırt etmekte kullanılan ve ayırt edici olarak kabul edilen bir karakteristiktir. Bu nedenle her ne kadar değiştirilebilir bir niteliğe sahip olmakla birlikte, korunmaması halinde toplumu oluşturan çoğunluk grubu tarafından gizlenmeye, vazgeçilmeye, değiştirilmeye zorlanacak bir özellik haline dönüşeceğinden dini inanç korunması gereken bir özellik olarak kabul edilmelidir.⁴⁶ Dolayısıyla, değiştirilemez (*immutable*) özellikler dikkate alınarak düzenleme yapılması halinde, kapsam dahilinde olması gereken bazı özelliklerin kapsam dışı bırakılması (*under-inclusive*) ve kapsam dahilinde olmaması gereken bazı özelliklerin kapsamın içinde kalması (*over-inclusive*) mümkün olup düzenlemenin her zaman arzu edilen amaca hizmet etmemesi ve beklenen faydayı sağlamaması söz konusu olabilmektedir.⁴⁷

Değiştirilemez (*immutable*) özelliklerden çok “kişisel kimliğin esaslı parçasını oluşturan ayırt edici özelliklerin” (*characteristics that are core to identity*), hukuk düzenince korunma altına alınması da mümkündür. Bu yöntem, örneğin dini inanç, cinsel yönelim gibi değiştirilmesi mümkün özelliklerin yanında, ırk, toplumsal cinsiyet kimliği (*gender identity*) gibi fail tarafından hedef alınan ve nefret suçlarının özünde yer alan, mağdurun ve mensup olduğu grubun kimliğine ilişkin genel, değiştirilemez özellikleri de koruduğu için daha tutarlı gözüktü-

⁴⁶ OSCE, ODIHR, s.38; Law Commission, 2020, s.183.

⁴⁷ Law Commission, 2020, s.183.

mektedir. Ancak “kişisel kimliğin esaslı parçasını oluşturan ayırt edici özellik” kavramı, oldukça belirsiz olup aynı servete veya unvana sahip olanların, bu servet veya unvanın, aynı ürünü satın almayı tercih eden kimselerin ise bu ürünün, kimliklerinin esaslı bir parçasını oluşturduğunu iddia etmeleri mümkündür. Bu durumda, ırk ve din gibi kişisel kimliğin esaslı bir parçasını oluşturan özellikler sebebiyle ayrımcılığa ve istismara maruz kalan azınlıkların şartları sıradanlaşmakta ve önemsiz hale gelmektedir. Yine kişisel kimliğin esaslı parçasını oluşturan ayırt edici özelliklerin, konum, durum ve şartlara göre değişiklik göstermesi mümkündür. Örneğin, günlük hayatta “engelli” olarak nitelenmek istemeyen bir kimse, aynı engele sahip diğer kişiler ayrımcı bir muameleye tabi tutulduğunda, kendini bu grupla birlikte hareket etmek zorunda hissedebilir, sahip olduğu engeli kişisel kimliğinin esaslı bir parçası olarak görebilir.⁴⁸

Çoğunluk tarafından baskı altına alınmış azınlıkların veya grupların (*suppressed minorities*) nefret suçu kapsamında korunması, bu azınlık mensuplarına koruma sağlanması diğer bir yöntem olarak ileri sürülmektedir.⁴⁹ Ancak azınlık gruplarının belirlenmesi yöntemi çoğunluğa bırakıldığında, kimin azınlık teşkil ettiği sorusuna adil bir cevap bulmak her zaman mümkün olmamaktadır. Örneğin İngiltere’de bile hâlihazırda din, ırk ve cinsel yönelim dışında engelli olma ve transseksüel kimlik sadece korunması gereken azınlık kimliği olarak kabul edilmiş iken dil veya başka bir özellik koruma altına alınmamıştır.

Bir başka grup yazar⁵⁰ belli bir karakteristiği ya da grubu dikkate almak yerine farklılığı sebebiyle zayıf görülen ve şiddete uğrama ihtimali olan korunmaya muhtaç (*vulnerable*) tüm kişilerin, nefret suçu kapsamında korunması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yazarlara göre, bu yaklaşım, toplumda gizli kalmış, göz ardı edilen veya görülmemek istenmeyen seks işçileri, evsizler, uyuşturucu bağımlıları, punkçılar gibi nefret suçu mağdurlarının da korunmasını sağlayacaktır.⁵¹ Bu yazarlara yönelik olarak, özellikle engelliler tarafından kendilerini,

⁴⁸ Law Commission, 2020, s.183-184.

⁴⁹ Law Commission, 2020, s.184.

⁵⁰ Neil Chakraborti/Jon Garland, “Reconceptualizing hate crime victimization through the lens of vulnerability and ‘difference’”, *Theoretical Criminology*, 2012, C.16, S.4, s.499-514, s. 506; Law Commission, 2020, s.185.

⁵¹ Chakraborti/Garland, 2012, s. 503.

güçsüz, aciz, savunmasız, korunmaya muhtaç gösteren bu tür yaklaşımların üstenci (*patronising*) olduğu ve sorunu çözmede etkili olmayacağı yönünde eleştiriler yöneltilmiştir.⁵²

Tüm bu hususlar dışında korunmaya muhtaç yerine *dezavantajlı* (*disadvantage*) grupların nefret suçu kapsamında korunması,⁵³ mevcut korunan özelliklere ekleme yapılmaksızın halihazırda ceza hukuku tarafından korunmaya değer bulunan grupların ve menfaatlerin korunması, çocukları cinsel yönden istismar eden pedofiller başta olmak üzere bazı suçluların kapsam dışında tutulması,⁵⁴ uluslararası metinlerde yer alan ve ayrımcılığa karşı korunan ırk, dil, din, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, mezhep, felsefi inanç, engelli olma durumu, cinsel yönelim/ tercih, ekonomik statü ya da belli bir sosyal gruba mensubiyet gibi özelliklerin nefret suçu kapsamında da korunması ve ayrımcılığın önlenmesi amacıyla korunan ayırt edici özellikler ile nefret suçu kapsamında korunan ayırt edici özelliklerin birbiriyle uyumlu hale getirilmesi,⁵⁵ belli bir ayırt edici özelliğe karşı düşmanlık beslenerek işlenen ancak nitelik olarak şiddet içeren diğer benzer suçlardan farklı spesifik bir zarar ya da kötülük içerdiği ortaya konamayan durumların nefret suçları kapsamının dışında tutulması ve nihayetinde mevcut düzenlemeler ile yetinilmesi⁵⁶ yaklaşımları da ileri sürülmüştür.

Görüldüğü üzere nefret suçları, kapsamında korunması gereken karakteristik özellikler ve bunların nasıl tespit edileceği her ülkenin mevzuatında farklılık göstermektedir.⁵⁷ Nitekim, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT-OSCE) üyesi devletlerce nefret suçu kapsamında korunan karakteristik özelliklerin başında ırk, ulusal ve etnik köken gelmekte, bu özellikleri din izlemektedir.⁵⁸ 11 ülkede cinsel yönelim, 7 ülkede engelli olma hali, 6 ülkede ise toplumsal cinsiyet kimliği (*gender*) korunan karakteristik özellikler arasında yer almak-

⁵² Chakraborti/Garland, 2012, s.507; Law Commission, 2020, s.185-186.

⁵³ Law Commission, 2020, s.186-187.

⁵⁴ Law Commission, 2020, s.187.

⁵⁵ Law Commission, 2020, s.187-188.

⁵⁶ Law Commission, 2020, s.190-191.

⁵⁷ Bu konuda detaylı tartışmalar için ayrıca bkz. İlhan Bulut, "Nefret Saiki ile İşlenen Suçlar", Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2014, s. 25-31, 89-112.

⁵⁸ OSCE, ODIHR, s.40.

tadır.⁵⁹ Daha az, nadiren korunan özellikler arasında ise medeni hal (*marital status*), gelir düzeyi (*wealth*), sınıf (*class*), mülkiyet (*property*), sosyal konum (*social position*), siyasi yakınlık ya da düşünce (*political affiliation or ideology*) askerlik yapıp yapmama durumu (*military service*) yer almaktadır.⁶⁰

Hâlihazırda, İngiltere’de yaşlıların, alternatif alt kültür olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilen punkçuların, evsizlerin, seks işçilerinin, otistik çocukların, dini olmayan felsefi düşünce sahiplerinin, korunması gereken grup olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde lobi çalışmaları yapılmakta olup⁶¹ yaş ve toplumsal cinsiyet kimliğinin (*gender*) korunması gereken özellikler arasında yer alması gerektiğini savunanlar bulunmaktadır.⁶² Bu bağlamda, yakın tarihte İngiltere’de yapılan akademik ve siyasi değerlendirmeler sonucunda, İngiliz Hükümeti ve İçişleri Bakanlığı, cinsiyet (*sex*) ve toplumsal cinsiyet kimliğinin (*gender*) nefret suçları kapsamında korunması gereken ayırt edici özellikler olarak mevzuata eklenmesine gerek bulunmadığına kanaat getirmiştir.⁶³

Her ne kadar, korunması gereken karakteristik özelliklerin tespiti konusunda hukuki kaygılar ve görüşler ön plana çıksa da korunması gereken ayırt edici özelliklerin tespitinde tarihi ve siyasi gelişmeler önemli rol oynamaktadır.⁶⁴ Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, İngiltere’de 1998 yılında ırk, 2001 yılında din, 2003 yılında cinsel yönelim ve engelli olma durumu, 2012 yılında ise transseksüel kimlik nefret suçları kapsamında korunma altına alınmıştır. Farklı dine ve ırklara karşı sergilenen düşmanca tavırların önlenmesi gerektiği konusundaki siyasi ve sosyal bilinç, dolayısıyla cinsel yönelim ve transseksüelliğin korunması gerektiği bilincinden önce oluşmuştur.

⁵⁹ OSCE, ODIHR, s.43.

⁶⁰ OSCE, ODIHR, s.44.

⁶¹ Law Commission, 2020, s.162-163, 175-176, Law Commission, 2021, s.250.

⁶² Law Commission, 2020, s.193.

⁶³ UK Home Office, Government response to recommendation on hate crime laws, Government response to recommendation 8 of the Law Commission’s final report on hate crime laws, Presented to Parliament pursuant to section 72(1) of the Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022, April 2023, s.1. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/644666d3814c66000c8d04e2/E02893330_Gov_Resp_Law_Commission_Hate_Crime_Web_Accessible.pdf Erişim Tarihi,17.02.2024.

⁶⁴ Law Commission, 2020, s.180.

B. Nefret Saikinın İspatı Sorunu

Nefret suçlarının klasik görünüm biçiminde, fail mağdurun sahip olduğu ırk, renk, din, etnik köken gibi karakteristik özelliğe duyduğu düşmanlık, nefret veya husumet duygusuyla mağdurun şahsına karşı suç işlemekte, ya da bu karakteristik özelliklere sahip olan kimselerin ilişkili oldukları ibadethane, anıt, kültür merkezi gibi mallara karşı suç işlemektedir.

Nefret suçlarının diğer görünüm biçiminde ise fail yine mağdurun sahip olduğu bir karakteristiğe karşı beslediği ayrımcı fikirler sebebiyle mağduru bilerek hedef almakta, ancak failde herhangi bir nefret, husumet veya düşmanlık hissi bulunmamaktadır.⁶⁵ Örneğin fail düşmanlık hissi söz konusu olmaksızın, göçmen olan bir kimseyi göçmenlere karşı olduğu ve göçmenlerin polise başvurmadan çekinecekleri gerekçesiyle hedef seçebilmekte ya da kendi bölgesinde homoseksüellere karşı şiddet uygulamak kabul gören bir davranış biçimi ise kendi akran grubunda takdir görebilmek için homoseksüellere karşı sırf homoseksüel oldukları için şiddet uygulayabilmektedir.⁶⁶ Bu bağlamda, fail mağdurun kim olduğundan çok neyi ve kimi temsil ettiğini esas alarak, özellikle mağdurun temsil ettiğini düşündüğü değerlere ya da gruba karşı harekete geçmektedir.⁶⁷

Bu nedenle, nefret suçlarına ilişkin düzenlemeler yapılar iken suçun işlendiğinin kabulü ya da ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için düşmanlık, nefret ya da husumet saikinın varlığını arayan bu nedenle "Düşmanlık Saiki Modelini" (*The Hostility Model*) benimseyen ülkeler olduğu gibi, failin sahip olduğu ayrımcılık duygusuyla mağdurun karakteristik özelliğine karşı hareket etmesini suçun varlığı ya da ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için yeterli bulan ve Ayrımcı Seçim Modelini (*The Discriminatory Selection Model*) benimseyen ülkeler de bulunmaktadır.⁶⁸

Örneğin, Belçika, Kanada ve Ukrayna düşmanlık saiki modelini benimsemiştir. Belçika Ceza Kanunu'nun 377. maddesinde⁶⁹ nefret

⁶⁵ OSCE, ODIHR, s.46

⁶⁶ OSCE, ODIHR, s.48.

⁶⁷ OSCE, ODIHR, s.17.

⁶⁸ OSCE, ODIHR, s.46

⁶⁹ Article 377 of the Penal Code of Belgium, OSCE, ODIHR, s.47.

suçu kapsamında ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için failin nefret, tahkir ya da düşmanlık (*hatred, contempt or hostility*) saikiyle mağdurun karakteristik bir özelliğini hedef alması gerektiği belirtilirken, Kanada Ceza Kanunu'nun 718. 2 (a) maddesi failin ayrımcılık (*bias*), önyargı (*prejudice*), nefret (*hate*) saikiyle, korunan bir karakteristik özelliğe karşı harekete geçtiğine dair delilin bulunmasını,⁷⁰ Ukrayna Ceza Kanunu'nun 67 (3) maddesi ise belli bir ırk, din veya ulusa karşı beslenen husumet ve düşmanlık saikinin (*enmity and hostility*) varlığını ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için şart koşmaktadır.⁷¹

Yine İngiltere'de Düşmanlık Saiki Modeli, Saik Modeli (*the Animus Model*) adı altında geçerlidir.⁷² Bu bağlamda, gerek 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Kanunu'nun (*Crime and Disorder Act 1998*) 28 ve 32. maddeleri uyarınca, belli bir ırka ya da dine mensup olan veya mensup olduğu varsayılanlara karşı işlenen yaralama, mala zarar verme ve taciz suçları ile kamu düzenini bozucu davranışlarda, gerekse 2003 tarihli Cezalandırmada Adalet Kanunu'nun (*Criminal Justice Act 2003*) 145 ve 146. maddesi gereğince bu hallerin dışında belli bir ırka, dine, cinsel yönelime (*sexual orientation*) ve engele (*disability*) sahip olan ya da sahip olduğu varsayılan kişilere karşı işlenen diğer tüm suçlarda, cezanın ağırlaştırılabilmesi için düşmanlık saikinin ispatı zorunludur.

Düşmanlık saiki hem objektif hem de sübjektif olarak ispatlanmalıdır. Yani failin suçun işlenmesi sırasında veya suçun işlenmesinin hemen öncesinde ya da sonrasında gösterdiği davranışlardan düşmanlık beslediği ortaya konmalı, ayrıca failin düşmanlık saikiyle hareket ettiği ispatlanmalıdır. Düşmanlık saiki objektif olarak, genelde mağdura yöneltilen sözlerden⁷³ ve jestlerden anlaşılabilir gibi, failin diğer davranışlarından örneğin, gamalı haç giyen birinin kıyafetinden ya da söylediği marş veya şarkıdan da anlaşılabilir.⁷⁴ Mağdurun failin ey-

⁷⁰ Section 718.2(a) of the Criminal Code of Canada, OSCE, ODIHR, s.47.

⁷¹ Article 67(3) of the Criminal Code of Ukraine, OSCE, ODIHR, s.47.

⁷² Law Commission, 2020, s.352-353, para.15.16-15.21; Law Commission 2021, s.359, para.9.21-9.24.

⁷³ Bu konudaki yargı kararları için bkz McFarlane [2002] EWHC 485 (Admin), [2002] All ER (D) 78 (Mar); Howard [2008] EWHC 608 (Admin), [2008] All ER (D) 88 (Feb), Law Commission, 2020, s.76, para. 4.13.

⁷⁴ Bu konudaki yargı kararları için bkz Rogers [2007] UKHL 8, [2007] 2 AC 62 at [13] by Baroness Hale, Law Commission, 2020, s.76, para. 4.13

lemine algılama şekli veya fiile tepkisi asıl faktör olmadığı gibi,⁷⁵ kin ve düşmanlık niyeti olmaksızın herkes için aynı şeyleri söyleyebilen ya da aynı şeylerin kendisine söylenmesi halinde hiçbir tepkide bulunmayan failin kişisel, sübjektif yaklaşımı da önemli değildir.⁷⁶ Dolayısıyla nefret saikinin dış dünyaya söz veya fiil olarak yansıyan biçiminin, failin iç dünyasında da aynı etkiyle ortaya çıkması gerekmez. Yine failin mağdurdan kişisel olarak nefret etmesi veya mağdura karşı düşmanlık beslemesi şartı aranmaz. Failin gruba yönelik niyetinin objektif olarak ortaya konması önemlidir. Örneğin fail “X” mezhebinden veya ırkından gelenler için “bunlar pisliktir, yemekleri yenmez, yakada bit bulundurulur ama etrafta bunlardan bulundurulmaz” şeklinde söylemde bulunup, aynı mezhep veya ırktan gelen başka bir şahıs için “Hasan’ı severim! Hasan başka” diyebilir. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, bu tür bir zorunluluğun uygulamada birçok soruna neden olduğu, belli bir gruba karşı önyargı ile işlenen suçlarda ağırlaştırıcı sebebin uygulanmamasına yol açtığı bildirilmektedir.⁷⁷

Ayrımcı Seçim Modelini (*The Discriminatory Selection Model*) benimseyen ülkelerde, düşmanlık saikinin ispatı gerekli görülmemektedir. Mağdurun karakteristik özelliğine karşı ya da bu özellik sebebiyle suçun işlenmesi yeterli görülmekte, sadece hukuk tarafından korunan karakteristik özellik ile failin davranışı arasında bir sebep sonuç ilişkisinin varlığı şart koşulmaktadır.⁷⁸ Örneğin Bulgaristan Ceza Kanunu’nun 162 (2) maddesi uyuşu, ırkı, dini, siyasi düşüncesi sebebiyle bir kimsenin şahsına veya malına karşı suç işlenmesi halinde, failin 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını öngörmektedir.⁷⁹ Danimarka Ceza Kanunu’nun 81 (vi) maddesi, suçun bir diğer kimsenin etnik köken, din ya da cinsel yöneliminden kaynaklanması halinde cezanın ağırlaştırılacağını belirtmektedir.⁸⁰ Yine Fransız Ceza Kanunu’nun 132-76 (1) maddesi, cürmün ya da kabahatin mağdurun

⁷⁵ Bu konudaki yargı kararları için bkz. DPP v Green [2004] EWHC 1225 (QB); The Times 7 July 2004, Law Commission, 2020, s.76, para. 4.14.

⁷⁶ Bu konudaki yargı kararları için bkz. Woods [2002] EWHC 85 (Admin) at [13], Law Commission, 2020, s.76, para. 4.14.

⁷⁷ Law Commission, 2020, s.351-353.

⁷⁸ OSCE, ODIHR, s.48.

⁷⁹ Article 162(2) of the Criminal Code of Bulgaria, OSCE, ODIHR, s.49.

⁸⁰ Section 81(vi) of the Criminal Code of Denmark, OSCE, ODIHR, s.49.

milliyeti, ırkı, dini, mensup olduğu etnik kökeni veya varsayılan etnik kökeni sebebiyle ya da mağdurun belli bir etnik kökene mensup olmaması sebebiyle işlenmesi halinde, cezanın arttırılacağını öngörmektedir.⁸¹

Bu modeller içerisinde Ayrımcı Seçim Modeli, düşmanlık saikinin ispatının zorunlu olmaması ve daha geniş bir uygulama alanına sahip olması sebebiyle mağdurlar yönünden daha kapsayıcı ve cazip bir model olarak gözükmektedir. Çünkü düşmanlık saikinin ispatı, failin zihinsel durumunun değerlendirilmesini, suçun işlenmesinde etkili olan sübjektif duyguların ortaya konmasını gerektirmektedir. Yine suç gerek kin, nefret veya düşmanlık saikiyle belli bir mağdura karşı işlensin, gerekse bu hisler olmaksızın sadece belirli karakteristik özelliklere sahip olması sebebiyle rastgele seçilen bir mağdura karşı işlensin, nefret suçu sadece mağdur üzerinde değil, mağdurun mensup olduğu grup üzerinde de derin izler bırakmakta, sosyal uyum ve istikrarı olumsuz etkilemektedir. Mağdur açısından önemli olan tek husus değiştirilmesi kendi iradesine bağlı olmayan, değiştirilemez bir karakteristik özellik sebebiyle kendisinin ve mensup olduğu grubun hedef alınmış olması, acı çekmesi ve zarar görmüş olmasıdır.⁸² Bu nedenle çok kültürlü ve göçmen kabul eden İngiltere, Hollanda, Almanya, Belçika, Fransa, ABD gibi ülkelerde hakim savcı ve diğer hukuk uygulayıcılarının nefret saikinin ispatı için sunulan delilleri nasıl değerlendirecekleri konusunda, yeterli deneyime sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde, nefret saikiyle işlenen birçok suçun soruşturulamaması ya da cezasız kalması mümkündür. Örneğin İngiltere’de Asya kökenli olanların İngilizlere oranla daha fazla altına ve ziynet eşyasına sahip olduğu şeklinde bir önyargının bulunduğu, bu nedenle bina içinde hırsızlık (*burglary*) suçunun Asya kökenli kişilerin yoğun olarak yaşadıkları bölgelerde daha fazla işlendiği, bu kişilerin bilerek hedef seçildiği belirtilmektedir. Ancak bu suçlarda, önyargı ile beraber, Asya kökenli insanlara karşı beslenen husumet ve düşmanlık hislerinin de etkili olabileceği, İngiltere’de yaşamaya, böyle bir kazanca sahip olmaya layık olmadıkları şeklinde düşüncelerin de söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, Asya kökenlilere karşı işlenen

⁸¹ Art. 132-76(1) of the Penal Code of France, s.49.

⁸² OSCE, ODIHR, s.7, 19, 49.

bina içinde hırsızlık suçunda, nefret suçunun varlığı için bu kişilerin etnik kökeni sebebiyle suçun mağduru olduklarının sebep sonuç ilişkisiyle ortaya konması yeterli görülmez ve düşmanlık saikinin de ispatı şart koşulur ise etnik kökenleri sebebiyle bu kişilere karşı bina içinde hırsızlık suçu ne kadar fazla işlenir ise işlensin, bu suçlar nefret suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁸³

İngiltere’de en azından engellilere karşı işlenen suçlarda, Ayrımcı Seçim Modelinin (*The Discriminatory Selection Model*) esaslarının benimsenmesi gerektiği, nefret suçu kapsamında ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için mağdurun engel durumu ile failin davranışı arasında bir sebep sonuç ilişkisinin varlığının yeterli bulunması, bu yönde düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁴ Bu söz konusu olduğunda, görme engellilerinin bastonlarının kırılması, ya da işitme engellilerin işitme cihazlarının kırılması suretiyle zalimce işlenen mala zarar verme suçlarıyla, işitme engellilerin gözlerinin bağlanması ve küçük düşürülmesi suretiyle işlenen taciz suçları nefret suçları kapsamında değerlendirilebilecektir.⁸⁵ Ancak İngiliz Hükümeti ve İçişleri Bakanlığı nefret suçları kapsamında, düşmanlık saikinin hem objektif hem de sübjektif olarak ispatlanması kuralından ve Saik Modelinden vazgeçilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.⁸⁶

III- NEFRET SUÇLARINDA SUÇUN HUKUKİ KONUSU, FAİL VE MAĞDUR PROFİLİ

A. Suçun Hukuki Konusu

Nefret söyleminde korunan hukuki menfaat ve bu söylemlerin cezalandırılmasına ilişkin olarak dört temel gerekçe sunulmaktadır. Buna göre, nefret söylemiyle destek bulan şiddet eylemlerine karşı kişi gruplarının korunması ve kamu düzeninin sağlanması, nefret söylemlerinin yol açtığı duygusal ve psikolojik zararlara karşı savunmasız kalan ve korunması gereken grupların korunması, bu gruplara yönelik

⁸³ Law Commission, 2020, para. 15.43-15.44, s.359.

⁸⁴ Law Commission, 2020, para. 15.42, s.359.

⁸⁵ Law Commission, 2020, para. 15.41. s.358-359.

⁸⁶ UK Home Office, Government response to recommendation on hate crime laws, s.1-2.

dışlama ve ötekileştirmenin önlenmesi, toplumda kabul edilebilir davranışların sınırlarının tayin edilerek daha fazla sosyal uyumun (*social cohesion*) sağlanması⁸⁷ cezalandırmanın temel sebebidir.

Nefret saikiyle işlenen ve şiddet içeren suçların şiddet içeren diğer benzer suçlardan daha ağır cezalar ile cezalandırılmasına gerekçe olarak ise bu suçlarda uzun süreli yatarak tedaviyi gerektiren aşırı güç kullanımının söz konusu olması, suçların birden çok fail tarafından birden çok kez işlenebilmesi ve aynı mağdurun farklı zamanlarda birden çok kez hedef alınması gösterilmektedir.⁸⁸ Bu tür durumlarda, nefret suçlarının, nitelik olarak şiddet içeren diğer benzer yaralama, cebir ve tehdit suçlarından açık bir şekilde ayrıştığı görülmektedir. Ancak bu tür açıklığın olmadığı hallerde, eğer nefret saikiyle işlenen suçun daha fazla bir zarara ya da acıya sebep olduğu ortaya konamaz ise daha ağır cezalandırmanın sadece failin farklı düşünme, beğenmeme şeklinde ortaya çıkan düşüncesine dayandığı ve adil olmayabileceği belirtilmektedir. Bu hususa yanıt olarak nefret saikiyle işlenen suçların içerdiği mesajın ağırlığı gerekçe gösterilmektedir. Bu bağlamda, nefret saikiyle işlenen ve şiddet unsuru barındıran suçların sadece mağdurda değil, mağdurun yakın ve uzak çevresinde de korku ve paniğe neden olduğu, daha fazla şiddetin hem mağdura hem de mağdurun mensup olduğu azınlık grubuna yöneleceği yönünde bir tehdit barındırdığı, bu nedenle daha ağır bir cezayla cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁹ Bu nedenle nefret suçlarının bir nevi “mesaj suçları”, “sembolik suçlar” olduğu da ifade edilmekte,⁹⁰ mağdurun kim olduğundan çok fail için neyi ve kim temsil ettiği esas alınarak özellikle mağdurun temsil ettiği düşünülen değerlere ya da gruba karşı harekete geçilmektedir.⁹¹

Bunun haricinde nefret saikiyle işlenen suçlar, manevi unsur yönünden daha fazla bir haksızlık duygusu içermekte, failin kastı daha yoğun bulunmakta, mağdur dışında mağdurun mensup olduğu gruba ve daha geniş ölçekte topluma zarar vermek suretiyle ilave zararlara

⁸⁷ Law Commission, 2020, s.69, para 3.77.

⁸⁸ Iganski, s.634.

⁸⁹ Iganski, s.634-636.

⁹⁰ Demirbaş, s.2699; Ersoy,2018, s. 123; Iganski, s.635; OSCE, ODIHR, s.17.

⁹¹ OSCE ODIHR, s.17.

neden olmakta, bu nedenle daha ağır cezalar nefret saikinin içerdiği ahlaki kötülüğü ortaya çıkarmak ve haksızlığı topluma ifşa etmek için gerekli bulunmaktadır.⁹²

B. Fail Profili

Mevcut araştırmalar nefret suçu faillerinin öngörülerin aksine çeşitlilik gösteren ve çok sayıda özelliğe sahip olduğunu ortaya koymaktadır.⁹³ Failleri suça iten nedenler ile faillerin ortak özellikleri konusunda araştırmalar sınırlı olmakla birlikte, faillerin ortak özelliklerine ilişkin bazı bulgular bulunmaktadır. Örneğin, 2002 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmaya göre, nefret suçu failleri dört gruba ayrılabilir.⁹⁴

1. grubu heyecan arayan ve macera peşinde koşan kişiler (*thrill seekers*) oluşturmakta, bunlar heyecan yaşamak için suç işlemektedir. 2. grupta, alan/bölge muhafızları (*area or territory defenders*) yer almaktadır. Bunlar kendini mahallenin “delikanlısı”, “abisi” gibi görmekte, suç işlerken kendi bölgesini, (*turf*), mekanını koruduğunu iddia etmektedir. 3. grubu, kendilerini mağdurların kurbanı olarak gören ve mağdurların asıl suçlu, kendilerinin ise misillemede bulunduğunu iddia eden kişiler oluşturmaktadır (*retaliatory offenders*). 4. grupta ise kendilerini görevli/misyon sahibi olarak gören kişiler (*mission offenders*) yer almaktadır. Bu suçlu grubu, “şeytani”, “kötü”, “bayağı” ya da “adi” olarak gördükleri kişileri ortadan kaldırmakla görevli olduklarını iddia etmektedir.

Bu dört gruba mensup failer:

Darılma, kırılma, gücenme (*resentment*), kıskançlık sebebiyle ya da grup içinde kabul görme, beğenilme arzusuyla,

⁹² Law Commission, 2020, s.55, para 3.11.

⁹³ Law Commission, 2020, s.114.

⁹⁴ Jack McDevitt/Jack Levin/Susan Bennett, “Hate Crime Offenders: An Expanded Typology”, *Journal of Social Issues*, 2002, C.58, S.2, s.303-317; Colin Roberts/Martin Innes/Matthew Williams/Jasmin Tregidga/David Gadd, “Understanding Who Commits Hate Crime and Why They Do It”, Welsh Government Social Research, no. 38, 2013, s. 19-20 <https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/58880/1/understanding-who-commits-hate-crime-and-why-they-do-it-en.pdf>. Erişim Tarihi,12.02.2024.

Mağdurun kendisiyle kişisel bir sorunu veya husumeti bulunmamasına karşın, mağdurun temsil ettiğini düşündüğü gruba karşı beslediği düşmanca duygular ya da husumet sebebiyle,

Mensubu olduğu grup dışındaki tüm kişi ve gruplara karşı beslediği husumet duygusuyla,

Hatta daha soyut sebeplerle örneğin göçmen veya yabancı olma durumu gibi failin kendisinin husumet duyduğu ve mağdurun temsil ettiğine inandığı fikirler sebebiyle nefret suçlarını işleyebilmektedir.⁹⁵

Chakraborti ve Garland'a göre nefret suçunu işleyenlerin temel saiki nefretten çok önyargıya dayanmakta ve failerin çoğunda macera ve heyecan isteği ön plana çıkmaktadır.⁹⁶Yine nefret suçu faileri, genellikle eğitim seviyesi düşük ailelerden gelmekte ve hayat hikâyelerinde, akıl sağlığı sorunları, aile içi şiddet, yoksunluk, alkol ve uyuşturucu kullanımı, suç işlenmesinde tekerrür hususlarına sıklıkla rastlanmaktadır.⁹⁷

Failerin çoğu 30 yaş altı erkeklerden oluşmaktadır. Nitekim, İngiltere'nin Leicester şehrinde 2014 yılında yürütülen nefret suçu projesinde 10 vakanın 7'sinde mağdurlar 30 yaş altı erkekler tarafından işlenen fiillerin kurbanı olmuş, yine vakaların üçte birinde suçlar mağdurun yakın çevresinde yer alan tanıdık, komşu, arkadaş, iş arkadaşı, akraba, bakım ya da gözetim görevini üstlenen kimse gibi kişiler tarafından işlenmiştir.⁹⁸

Yaygın kanının aksine, nefret suçları sadece belli bir toplumda çoğunluğu oluşturan gruba mensup kişiler tarafından işlenmemekte, azınlık gruplarına mensup kişiler de nefret suçu işleyebilmektedir. Örneğin, Leicester Nefret Şucu Projesine katılanların %61'i kendilerine

⁹⁵ OSCE, ODIHR, s.18.

⁹⁶ Chakraborti/Garland, 2015, s.115.

⁹⁷ Chakraborti/Garland, 2015, s. 106; Larry Ray/David Smith/Liz Wastell, "Shame, Rage and Racist Violence", *British Journal of Criminology*, 2004, C.44, S.3, s.350-368; Edward Dunbar/Jary Quinones/Desiree A. Crevecoeur, "Assessment of Hate Crime Offenders: the Role of Bias Intent in Examining Violence Risk", *Journal of Forensic Psychology Practice*, 2005, C 5, S.1, s.11-19; Rae Sibbitt, "The Perpetrators of Racial Harassment and Racial Violence, Home Office Research Study No 176, 1997.

⁹⁸ The Leicester Hate Crime Project: Findings and Conclusions, Neil Chakraborti/ Jon Garland/Stevie-Jade Hardy, University of Leicester, 2014, s. 54. file:///C:/Users/DR/Downloads/fcfullreport%20(3).pdf. Erişim Tarihi.12.02.2024

karşı en son işlenen nefret suçunun bir beyaz tarafından işlendiğini belirtirken, %16'sı kendilerine karşı en son suçun bir Asyalı tarafından işlendiğini, %12'si ise en son bir siyah tarafından kendilerine karşı nefret suçunun işlendiğini belirtmişlerdir.⁹⁹

C. Mağdur Profili

Nefret suçlarının mağdurlarına ilişkin önemli çalışmalar bulunmakla beraber,¹⁰⁰ bu konuya ilişkin en önemli veriler katılımcı sayısının çokluğu sebebiyle Sussex Üniversitesi tarafından 2013-2018 yılları arasında gerçekleştirilen Sussex Nefret Suçu Projesi (*The Sussex Hate Crime Project*) kapsamında edinilmiştir. Bu proje İngiltere ve Galler'de yaşayıp doğrudan nefret suçunun mağduru olan ya da şahsen tanıdıkları bir kimse nefret suçuna maruz kalan LGBT grubuna ya da Müslüman azınlığa mensup 1400'ün üzerinde katılımcı ile gerçekleştirilmiştir.¹⁰¹ Bu araştırmaya göre, nefret suçu kapsamında katılımcılar en çok doğrudan sözlü tacize maruz kalmıştır. Nitekim, Müslüman katılımcıların %63'ü, LGBT olan katılımcıların ise %65'i nefret içeren sözlerle taciz edildiklerini belirtmişlerdir. İkinci yaygın nefret suçu tipini internet mecralarında işlenen hakaret ve taciz oluşturmaktadır. Müslüman katılımcıların %45'i, LGBT mensubu katılımcıların %30'u internet ortamında nefret içeren hakaret ve tacize uğradıklarını ifade etmiştir. Müslümanların %16'sı, LGBT mensuplarının %13'ü yaralama suçunun, yine Müslüman katılımcıların %10'u, LGBT katılımcıların ise %6'sı silahla yaralama suçunun mağduru olmuştur. Müslüman katılımcıların %15'i, LGBT mensubu katılımcıların ise %9'u nefret içeren ve vandallık olarak nitelendirilebilecek zarar verici eylemlere muhatap olmuştur.¹⁰²

⁹⁹ The Leicester Hate Crime Project, s. 54, 56.

¹⁰⁰ Arnold Barnes/Paul H. Ephross, "The Impact of Hate Violence of Victims: Emotional and Behavioural Responses to Attacks", *Social Work*, 1994, C.39, S.3, s.247-251; Kathryn Benier, "The Harms of Hate: Comparing the Neighbouring Practices and Interactions of Hate Crime Victims, Non-Hate Crime Victims and Non-Victims", *International Review of Victimology*, 2017, C. 23, S.2, s.179-201; Iganski.

¹⁰¹ The Sussex Hate Crime Project: Jennifer Paterson/Mark A. Walters/Rupert Brown/ Harriet Fearn, "Final Report, University of Sussex, 2018 https://sussex.figshare.com/articles/report/The_Sussex_Hate_Crime_Project_final_report/23454263, Erişim Tarihi,12.02.2024.

¹⁰² The Sussex Hate Crime Project, s. 16.

Sussex Nefret Suçu Projesi'nin verilerine göre, gerek internet ortamında gerekse doğrudan nefret suçlarının mağduru olan kişilerde kaygı, nefret, güvenlik konusunda hassasiyet, kaçınma duyguları ile kimi zaman kendinden utanma duyguları gelişmekte, mağdurlar mensubu olduğu gruplar içinde daha fazla yer almaya, vakit geçirmeye başlamaktadır.¹⁰³ Araştırmanın verilerine göre, nefret suçuna maruz kalmanın mağdurlar üzerindeki dolaylı etkileri ise üç aşamadan oluşan bir süreçte kendini göstermektedir. Buna göre, nefret suçuna maruz kalma ilk aşamada mağdurda çaresizlik, kırılabilirlik ve savunmasızlık (*vulnerability*) duygularını artırmakta, mağdurun kendi azınlık grubuyla nefret suçları konusunda daha fazla empati kurmasına neden olmaktadır. İkinci aşamada, çaresizlik ve empati kurma hissi, kaygı, öfke ve utanma gibi duygusal tepkilere neden olmaktadır. Üçüncü aşamada, bu duygusal tepkilere bağlı olarak belli davranış kalıpları gelişmektedir. Bu bağlamda:

Öfke duygusunun gelişmesi halinde, mağdur mensubu olduğu grubun veya topluluğun düzenlediği faaliyetlere katılmaya başlamakta, sosyal medya üzerinden nefret suçları konusunda farkındalık yaratmaya çalışmakta ve daha az kaçınma ve sakınma tepkileri vermeye başlamaktadır,

Kaygı duygusunun gelişmesi halinde, kaçınma, sakınma davranışları gelişmekte ve güvenlik korkusu ve sıkıntıları baş göstermektedir,

Utanma duygusunun gelişimi halinde, sakınma, güvenlik endişesi, bu endişeye çözüm bulma girişimi ve nadiren de olsa misillemede bulunma davranışları görülmektedir.¹⁰⁴

Sussex Nefret Suçu Projesi kapsamında, nefret suçları mağdurlarının çoğunun güvenlik ve adalet konusunda olumsuz bir algıya sahip bulunduğu görülmektedir.¹⁰⁵ Mağdurların sadece %25'i maruz kaldıkları fiilleri polise şikayet etmekte, %10'u savcılığa başvurmuştur.¹⁰⁶ Sözlü taciz içeren davranışlar çoğu defa şikayete konu olmamakta, ya-

¹⁰³ The Sussex Hate Crime Project, s. 23-24

¹⁰⁴ The Sussex Hate Crime Project, s. 28-31.

¹⁰⁵ The Sussex Hate Crime Project, s. 32-33.

¹⁰⁶ The Sussex Hate Crime Project, s. 34.

ralama ve mala zarar verme suçları ise genelde ihbar edilmektedir.¹⁰⁷ Leicester Nefret Şucu Projesinde de benzer veriler bulunmakta olup bu araştırma kapsamında da, etnik kökeni sebebiyle nefret suçuna maruz kalan mağdurlardan polise şikâyet başvurusunda bulunanların oranı %21'dir.¹⁰⁸ Diğer ülkelerde de nefret suçları konusunda yapılan şikâyet başvurularının diğer suçlara göre daha düşük olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda, 2018 yılında 327 milyon nüfusa sahip ABD'de şikâyet başvurusu yapılan suç sayısı 8496,¹⁰⁹ yaklaşık 8 milyon nüfusa sahip olan Avustralya'nın New South Wales eyaletinde Ocak 2007 ve Ocak 2017 arasındaki 10 yıllık döneme ait başvuru sayısı 2.467'dir.¹¹⁰ 2018 yılında yaklaşık 37 milyon nüfusa sahip olan Kanada'da şikâyet başvurusu yapılan suç sayısı 1.798, aynı dönemde toplam 59 milyon nüfusa sahip İngiltere ve Galler'de toplam başvuru sayısı ise 94.098'dir. Suç tanımındaki esneklik sebebiyle İngiltere ve Galler'de yapılan başvuru sayısı diğer ülkelere göre fazladır.¹¹¹

Ancak şikâyet başvurusuna konu edilen bu suçların Savcılıklar tarafından soruşturulma oranı ise daha düşüktür. Örneğin İngiltere ve Galler'de, 2017-2018 yılını kapsayan dönemde şikâyet başvurusuna konu edilen 101.000 ırk nefretine dayalı nefret suçu başvurusundan, 11.061 başvuru (yaklaşık %11) savcılıklar tarafından soruşturulmuştur. Yine aynı dönemde cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğrayanların yaptığı yaklaşık 29.000 başvurudan sadece 1.436'sı savcılıklarca soruşturulmaya değer bulunulmuştur (yaklaşık %5).¹¹²

¹⁰⁷ The Sussex Hate Crime Project, s. 34.

¹⁰⁸ The Leicester Hate Crime Project - Briefing Paper 4: Racist Hate Crime, Neil Chakraborti/Jon Garland/ Stevie-Jade Hardy, 2014, s. 12. <https://le.ac.uk/hate-studies/research/the-leicester-hate-crime-project/our-reports/briefing-papers>, Erişim Tarihi, 12.02.2024.

¹⁰⁹ OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Hate Crime Reporting: United States of America, 2018, <https://hatecrime.osce.org/United-states-america> Erişim Tarihi,11.01.2024.

¹¹⁰ Gail Mason, "A Picture of Bias Crime in New South Wales", *Cosmopolitan Civil Societies*, 2019, C.11. S.1.s.47-66.

¹¹¹ Law Commission, 2020, s.157-158.

¹¹² Law Commission, 2020, s.160.

IV- NEFRET SÖYLEMİ, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE AİHM YAKLAŞIMI

Nefret söylemlerinin yasaklanmasının temel amacı, bu söylemler sebebiyle belli grupların ayrımcılığa ve şiddete uğramasını önlemektir. Bu bağlamda, yasaklayıcı düzenlemeler toplumda kabul edilebilir davranışların sınırlarını tayin eder ve daha fazla sosyal uyum ve etkileşim sağlayarak düzenli bir toplumun yaratılmasına yardımcı olur.¹¹³ Aksi takdirde Parekh tarafından da belirtildiği üzere “Her şeyin söylenebildiği bir ortam, zamanla her şeyin yapılabildiği bir ortama dönüşür.”¹¹⁴

Nefret söylemleri ve ifade özgürlüğünün sınırları kapsamında,¹¹⁵ AİHM’e göre kural olarak, demokratik toplumlarda formaliteleri, koşulları, sınırlamaları veya müeyyideleri izlenen meşru amaçla orantılı olmak koşuluyla, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti teşvik eden, yayan, kışkırtan, hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve hatta bunların önlenmesi gerekli görülebilir.¹¹⁶ Bu bağlamda, AİHM, Sözleşmenin temel değerlerini hükümsüz kılan düşünce açıklamaları ve nefret söylemleri söz konusu olduğunda, Sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenen “Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesinin ve kötüye kullanılmasının engellenmesi” maddesi gereğince, bu söylemleri hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirerek, Sözleşmenin sağladığı korumanın kapsamı dışında tutmakta ve yapılan başvuruları kabul edilemez bulmaktadır.¹¹⁷ Nefret söylemi olmakla birlikte, Sözleşmenin temel değerlerini hükümsüz kılmayan veya bu temel değerleri yok etmeye elverişli bulunmayan söylemleri ise Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “ifade özgürlüğünün sınırlanması” kapsamında

¹¹³ Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2012, s. 64.

¹¹⁴ Bhikhu Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, (1st ed), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, s. 314.

¹¹⁵ Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. Cengiz Gül/Seher Çakan, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, 2018, C. XIII, S. 1, s. 365-410; Hüseyin Göktepe, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi Ve Dine Hakaret”, *TAAD*, 2016, Yıl.7, S.25, s.169-211; Elif Çelik, “Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 4, S.2, s.205-240; Bleich, s.930, Kuzeci, Law Commission, 2020, s.442-445.

¹¹⁶ *Erbakan v. Turkey*, (no. 59405/00), § 56, 6 July 2006.

¹¹⁷ *Seurot v. France*, (no.57383/00), decision on the admissibility, 18 May 2004.

değerlendirmektedir. Bu bağlamda, AİHM, bu tür nefret söylemlerine müdahale edilebileceğini, müdahalenin Sözleşmenin 10/2 maddesinde belirtilen meşru sınırlama amaçlarından biriyle ve kanunla yapılmadığı, muhtemel sınırlamaların demokratik bir toplumun gerekleri ile orantılı olup olmadığı konusunda incelenebileceğini belirtmektedir.¹¹⁸ Bir başka deyişle, Sözleşmenin temel değerlerini hükümsüz kılan nefret söylemleri söz konusu olduğunda, bu söylemler sözleşmenin kapsamından tamamıyla hariç tutulmakta, sözleşmenin 35/3 maddesi uyarınca “açıkça dayanaktan yoksun” sayılarak reddedilmektedir. Diğer nefret söylemleri ise Sözleşmede öngörülen şekilde sınırlanıp sınırlanmadığı hususunda denetlenmektedir. Bu makalede AİHM’in ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesini uygun bulmadığı nefret söylemleri ayrıntılı olarak tartışılacak, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip, hukuka uygunluk denetimine tabi tutulan nefret söylemleri hakkında ise bazı örnekler verilecektir.¹¹⁹ Konunun önemine binaen futbol müsabakalarındaki nefret söylemleri ise ayrı bir başlık altında incelenecektir.

A. İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilemeyecek Nefret Söylemleri

1. Demokratik düzene tehdit teşkil eden söylemler

Demokratik düzene tehdit teşkil eden, totaliter rejimlerden esinlenen ve bu düzenin yeniden inşa edilmesini amaçlayan söylemlere

¹¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 10:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf Erişim Tarihi,17.02.2024.

¹¹⁹ Ayrıntılar için bkz. European Court of Human Rights, Factsheet-Hate speech, 2023, file:///f:/nefret%20su%c3%a7u/fact%20sheet%20echr%20hate_speech_eng.pdf. Erişim Tarihi,17.02.2024.

dair başvurular söz konusu olduğunda, kural olarak, bu başvurular AİHM tarafından kabul edilemez ve dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Nitekim AİHM'in kurulmasından önce Alman Komünist Partisi'nin Federal Almanya'ya karşı 1957 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nda açtığı davada, Komisyon tarafından kabul edilmezlik kararı verilmiştir.¹²⁰ Yine Avusturya'da Nasyonal Sosyalist Partinin fikirlerinden esinlenen ve bu yönde faaliyetlerde bulunan *Hans Jorg Schimaneck* tarafından, hakkında Avusturya mahkemelerince verilen mahkumiyet hükmünün Sözleşmenin 6 ve 10. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla açılan davada, AİHM, *Schimaneck*'in Avusturya'da Nasyonal Sosyalist Grup liderlerinden olduğunu, Nasyonal Sosyalizmin demokrasi ve insan haklarını hükümsüz kılacak bir doktrine sahip olduğunu ve Sözleşmenin 17. maddesi gereğince Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesinin ve kötüye kullanılmasının mümkün olmadığını belirterek, Sözleşmenin 35/3 ve 35/4 maddeleri uyarınca başvuruyu "açıkça dayanaktan yoksun" sayarak, kabul edilemez bulmuştur.¹²¹

2. Irka dair nefret içeren söylemler

Irka dair nefret içeren söylemler, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından 1979 yılında verilen *Glimmerveen ve Hagenbeek*¹²² kararında tartışılmıştır. Bu karara konu olayda, Hollanda'da yaşayan biri muhasebeci diğeri garson olan ve siyasi faaliyette bulunan iki kişinin "Beyaz Hollanda Halkına" başlıklı broşürleri dağıtmak amacıyla ellerinde bulundurdukları, söz konusu broşürde, beyaz ve Hollandalı olmayan herkesin ülkeyi terk etmesi gerektiğinin ifade edildiği, Hollanda'nın çoğu Surinamlı ve Türk olan yabancıları misafir işçi adı altında gereğinden fazla misafir ettiği, bu kişilere artık ihtiyaç olmadığı, bu duruma bir son verilmesi gerektiği, "*Nederlandse Volks Unie*" adlı

¹²⁰ German Communist Party and Others v. Germany, (no. 250/57), 20 July 1957. Ayrıca benzer Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararları için bkz. B.H, M.W, H.P and G.K. v. Austria (no. 12774/87), decision of the Commission of 12 October 1989; Nachtmann v. Austria, (no, 36773/97) decision of the Commission of 9 September 1998.

¹²¹ Schimaneck v. Austria, (no. 32307/96), decision of the Court on the admissibility, 1 February 2000.

¹²² Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands, (no. 8348/78, 8406/78), 11 October 1979.

partileri iş başına geçer geçmez, bu istenmeyen yabancıların tamamının sınır dışı edilmesini sağlayacakları şeklinde ibarelerin bulunduğu, bu ibareler nedeniyle 2 haftalık hapis cezasına çarptırıldıkları, bunun ifade özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla dava açtıkları görülmektedir. Komisyon kararında çoğu artık vatandaş olmuş yabancılara yönelik, beyaz ve Hollandalı olmayan herkesin vatandaş olup olmadığı, oturum izni olup olmadığına bakılmaksızın ülkeden gönderilecekleri şeklindeki ifadenin, Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, Sözleşmenin 10. maddesinin bir ırka yönelik ayrımcılık içeren fikirlerin yayılmasına müsaade etmediği, bu tür kötüye kullanımların önlenmesini öngören 17. madde bağlamında, başvurunun dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olduğu kararı verilmiştir.

3. İnkarcılık ve saptırma içeren söylemler

Tarihsel gerçeklerin bilimsel yöntemlerin dışında inkarını ve saptırılmasını (*Negationism and revisionism*) içeren söylemlere dair başvurular da yine AİHM tarafından kabul edilemez ve dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin en bilinen karar, Fransa'ya karşı açılan davada verilen *Garaudy*¹²³ kararıdır.¹²⁴ Bu kararda, Fransız yazar, siyasetçi ve filozof Roger Garaudy tarafından yazılan, İsrail devletinin kuruluşunda ve siyasetinin oluşumunda yatan gizemi anlatan "*Les mythes fondateurs de la politique israélienne*" adlı kitapta yer alan, Yahudilere yönelik nefreti kışkırtan, bunlara karşı işlenen insanlık suçlarını ve Yahudi Soykırımını (*Holocaust*) inkar eden ve hakaret içeren söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. AİHM, bu kararda, bu kitapta anlatılanların önceden açık bir şekilde ortaya konmuş tarihsel gerçeklerin saptırılması niteliğinde olduğu, bilimsel veya tarihi bir araştırmaya vücut verme-

¹²³ Garaudy v. France, (no. 65831/01), 24 June 2003.

¹²⁴ Garaudy kararından önce, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, Nasyonal Sosyalizm yönetimi altında toplama kamplarında yer alan gaz odalarında soykırım suçu işlendiğini inkâr eden bir makalenin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin Honsik, gaz odalarının kullanıldığı iddiasının uygun ve mümkün olmadığını ispatlama iddiasında olan bir süreli yayının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve dayanaktan yoksun olduğuna ilişkin Marais kararı da bulunmaktadır. Honsik v. Austria, (no. 25062/94), 18 October 1995; Marais v. France, (no. 31159/96), 24 June 1996.

diği, gerçek amacın Nasyonal Sosyalist sistemin yeniden inşası olduğu ve mağdurların tarihi gerçeği çarpıtmakla suçlandığı tespitinde bulunmuştur. Ardından bu söylemlerin, Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün kullanılması hakkına dayanamayacağına ve Sözleşmedeki hakların kötüye kullanılmasını önleyen 17. madde bağlamında, başvurunun dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bu konuda diğer bir karar komedyen *Dieudonné M'Bala M'Bala* hakkında verilen karardır. Komedyen *Dieudonné M'Bala M'Bala*'nın şovunda, Yahudi soykırımına yönelik inkârcı ve saptırmacı söylemleriyle bilinen ve bu sebeple hüküm giymiş Robert Faurisson'u sahneye davet ederek beraber gösteri yapmıştır. Ardından, gösteride kullandığı ifadeler sebebiyle cezalandırılmıştır. *Dieudonné M'Bala M'Bala* tarafından yapılan başvuru üzerine, AİHM, bu gösterinin sanatsal üretim kisvesi altında yapılmış, Yahudi Soykırımı'nın inkarını ve antisemitizmi destekleyen, Sözleşme değerlerine aykırı fikirlerin paylaşılmasını sağlayan bir platform olduğunu belirterek, Sözleşmenin ruhuna ve lafzına aykırı bulmuştur. Ardından, Sözleşme değerlerini yıkıcı bu tür söylemlerin cezalandırılmasının ifade özgürlüğünün ihlali sayılıp sayılmayacağına ilişkin başvuruyu, 17.madde bağlamında başvurunun dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olduğunu belirterek reddetmiştir.¹²⁵

Konuyu benzer bir şekilde ele alan diğer bir karar, eski bir pis-kopos olan İngiliz vatandaşı *Richard Williamson* hakkında verilmiştir. *Richard Williamson* Almanya'da bir seminer sırasında İsveç SVT-1 Televizyonu'na verdiği mülakatta, Nazi yönetiminde, hiçbir gaz odasının bulunmadığına inandığını söylemiştir. Söz konusu mülakattın İsveç ve Alman televizyonlarında yayınlanması üzerine, Alman mahkemelerince 12.000 Euro para cezasına çarptırılmış ve bu cezaya karşı AİHM'e başvurmuştur. Söz konusu başvuru, AİHM tarafından bu söylemlerin Yahudilere karşı nefreti kışkırtan söylemler olduğu ve ifade özgürlüğü kapsamında ele alınamayacağı gerekçesiyle kabul

¹²⁵ *M'bala M'bala v. France*, (no. 25239/13), §§ 41, 42, 20 October 2015, <https://hudoc.echr.coe.int/tkp197/view.asp#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-160358%22%7D> Erişim Tarihi,17.02.2024.

edilemez bulunmuştur. Davacının söz konusu mülakatın İsveç televizyonuna verildiği, İsveç'te bu durumun suç olmadığı, kendisinin bu mülakatın Almanya'da yayınlanmasına yönelik bir iradesinin olmadığı yönündeki yetki itirazları, mülakatın bizatihi kendisinin Sözleşme ile uyumsuz olduğu ve Almanya'da yapıldığı gerekçesiyle kabul edilememiştir.¹²⁶

4. Dini nefret içeren söylemler

Belli bir dine yönelik nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği AİHM tarafından başta *Norwood* kararı olmak üzere birçok kararda açıklanmıştır. Bu karara konu olayda, İngiliz Ulusal Partisi (*British National Party, BNP*) üyesi olan Mark Anthony Norwood, partisi tarafından bastırılan ve 11 Eylül saldırılarında yıkılan ikiz kulelerin alevler içinde resmedildiği, İslam dinini sembolize eden ay ve yıldız üzerine çarpı işaretinin bulunduğu ve üzerinde "İslam İngiltere'den Dışarı- İngiliz Halkını Koruyun" şeklinde başlık bulunan afişi penceresine asmıştır. Afiş polis tarafından indirilip 1986 tarihli Kamu Düzeni Kanunu'nun 5. maddesi (Section 5 of the Public Order Act 1986) gereğince Norwood 300 Sterlin (GBP) para cezasına çarptırılmıştır. Mark Anthony Norwood tarafından İngiltere'ye karşı açılan davada, AİHM, belli bir dine karşı toplumsal saldırıları kışkırtan, bir dinin mensuplarının tamamını terör eylemleriyle ilişkilendiren, bir dine karşı nefreti körükleyen söylemlerin, Sözleşme ile açık bir şekilde bağdaşmadığını, Sözleşme ile öngörülen sosyal barış, hoşgörü ve ayrımcılık yapmama ilkelerine aykırı bulunduğunu belirterek, Sözleşmenin 17, 35/3 ve 35/4 maddeleri uyarınca başvuruyu "açıkça dayanaktan yoksun" sayarak kabul edilemez bulmuştur.¹²⁷

Yine AİHM'in *Belkacem* kararında, Belçika'da şeriat düzenini savunan radikal bir selefi organizasyonu olan "*Sharia4Belgium*" hareketinin lideri ve sözcüsü konumunda olan M. Fouad Belkacem'in, şeriat düzenini savunan, Müslümanları şiddete davet eden, Müslümanların

¹²⁶ *Williamson v. Germany*, (no. 64496/17), 08 January 2019, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-189777%22%5D%7D> Erişim Tarihi,17.02.2024.

¹²⁷ *Norwood v. The United Kingdom*, (no. 23131/03) 16 November 2004 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67632%22%5D%7D> Erişim Tarihi,17.02.2024.

Müslüman olmayanların üstesinden gelerek onlara bir ders vermesini ve Müslüman olmayanlara karşı savaşılmamasını isteyen açıklamaları, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyerek nefret söylemi olarak kabul edilmiştir.¹²⁸

5. Etnik nefret içeren söylemler

Etnik nefret içeren söylemler, AİHM tarafından Sözleşme ile bağdaşmaz bulunmaktadır. Nitekim, Rusya’da yayın yapan bir gazetenin sahibi ve editörü konumunda olan, ırkçı, dini ve etnik nefrete alenen teşvik ve tahrik suçundan birçok kez hüküm giyen Pavel Ivanov tarafından Rusya’ya karşı açılan davada, Pavel Ivanov’un yazı dizilerinde yer alan, bir etnik grup olarak Yahudileri her türlü şer odağının kaynağı olarak gören ve Ruslara karşı girişilen tüm komplo teorilerini destekledikleri iddiasıyla tüm Yahudilerin sosyal hayattan dışlanması gerektiğini savunan açıklamaları, AİHM tarafından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemiştir. Mahkeme başvuruyu Sözleşmenin 35/3 ve 35/4 maddeleri uyarınca “açıkça dayanaktan yoksun” sayarak kabul edilemez bulmuştur.¹²⁹

Daha önce de yine AİHM tarafından Polonya’da Polonya polisinin tüzüklerinde antisemitist söylemlere yer veren derneklerin açılmasına izin vermeyen yaklaşımı, Sözleşmeye uygun bulunmuş, bu tür tüzüklerin Sözleşmenin toplantı ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin 11. maddesinde belirtilen korumadan yararlanamayacağı ifade edilmiştir.¹³⁰

6. Şiddeti ve terörist faaliyetleri destekleyen söylemler

Şiddeti kışkırtan ve terörist faaliyetleri destekleyen söylemlerin sınırı, Danimarka Ceza Kanunu’na göre PKK’nın propagandasını yapması sebebiyle para cezasına çarptırılan ve yayın lisansı iptal edilen Roj Tv tarafından Danimarka aleyhine yapılan başvuruda tartışılmış-

¹²⁸ Belkacem v. Belgium, (no., 34367/14), decision as to the admissibility, 27 June 2017.

¹²⁹ Pavel Ivanov v. Russia, (no. 35222/04), decision as to the admissibility, 20 February 2007.

¹³⁰ W.P. and Others v. Poland, (no. 42264/98), decision as to the admissibility, 02 September 2004.

tır. Bu başvuruda AİHM, söz konusu televizyonun 2006-2010 yılları arası yayınlarında PKK'yı destekleyen yayınlar yaptığı, söz konusu yayınlarda terörist faaliyetlerin desteklendiğini, Sözleşme değerleriyle çatışan amaçlara hizmet eden bu tür yayınlar karşılığında uygulanan yaptırımların ifade özgürlüğünün ihlali sayılamayacağı, Sözleşmenin 17, 35/3 (a) ve 35/4 maddeleri uyarınca başvurunun "açıkça dayanak-tan yoksun" ve kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.¹³¹

7. Farklı cinsel yönelimleri hedef alan şiddet ve nefreti kışkırtan söylemler

Farklı cinsel yönelimleri hedef alan şiddet ve nefreti kışkırtan söylemler, yine AİHM uygulamasında ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu husus Yunanistan'a karşı yapılan *Lenis* başvurusunda açık bir şekilde ortaya konmuştur. Yunan Parlamentosu'nda homoseksüeller arasındaki evliliğin yasallaşmasını sağlayacak düzenlemelerin tartışıldığı sırada, Yunanistan'daki Ortodoks Rum Kilisesinin Kalavrita ve Aigialeia bölgesindeki metropoliti (piskopos) olan Amvrosios-Athanasios Lenis tarafından, LGBT bireyleri insan olarak görmeyen, toplumdaki kir, ayak takımı (*the scum of society*) ve akıl hastaları olarak gören ve bu bireylere yönelik şiddeti teşvik eden yazılar yazılmıştır. Bu yazılar sebebiyle, Lenis 240 Euro para cezası ile 3 yıl süreyle ertelenen 7 aylık hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu cezaya karşı yapılan başvuruda, AİHM, öncelikle belli hayat tarzlarını ahlaki veya dini gerekçelerle eleştirmenin Sözleşmenin kapsamı dışında tutulmadığını vurgulamıştır. Ancak, hayat tarzına yönelik eleştirilerin LGBT bireylerin insan olmadığını iddia edecek kadar ileri götürülmesinin ve bu bireylere yönelik şiddetin teşvik edilmesinin, Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün gerçek amacından sapıtırılması olduğunu belirtmiştir.¹³² Mahkeme, insanların cinsel yönelim ayrımı yapılmaksızın onurunun korunmasının günümüz modern Avrupa toplumu için oldukça önemli olduğu, yazıların insanlar üzerinde etkisi olabilecek Rum Ortodoks Kilisesinin kıdemli bir üyesi tarafından yazıldığı, yazıların içerik olarak şiddeti teşvik edip LGBT bireyleri

¹³¹ Roj Tv A/S v. Denmark, (no 24683/14), decision as to the admissibility, 17 April 2018.

¹³² Lenis v. Greece, (no. 47833/20), § 53, 27 June 2023.

insani tüm değerlerden uzaklaştıran bir kategoriye soktuğu, internet aracılığıyla geniş bir kitleye ulaştığı gerekçesiyle, başvurunun Sözleşmenin 17. maddesi kapsamında kaldığını ve Sözleşmenin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir.¹³³

B. İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilebilecek ve Hukuka Uygunluk Denetimine Tabi Tutulabilecek Nefret Söylemleri

1. Irka veya dine dayalı ayrımcılığı ve nefreti kışkırtan söylemler

Irka dayalı ayrımcılığı ve nefreti kışkırtan ancak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek söylemlerin sınırları, AİHM tarafından Danimarka Radyosu'nda yayın yapan Jens Olaf Jersild¹³⁴ tarafından Danimarka'ya karşı yapılan başvuruda tartışılmıştır.¹³⁵ Jersild, daha önce haklarında Danimarka basınında yazılar çıkan ve kendisini "Yeşil Ceketliler" olarak adlandıran gençlerden oluşan grubun üç üyesiyle yaptığı röportajı radyoda yayınlamıştır. Yayın sırasında mülakata katılanlardan biri kendisine sorulan "Klu Klux Klan senin ne için ne ifade ediyor?" sorusuna verdiği yanıtta "Benim için çok şey ifade ediyor. Bence yaptıkları şey haklı. Bir zenci (*nigger*) insan değildir, hayvandır. Burada yaşayan Türkler, Yugoslavlar ve kendilerini her ne şekilde ifade ediyorlarsa, tüm yabancı işçiler için de bu durum böyledir" şeklinde bir yanıt vermiştir.¹³⁶ Bu sözler nedeniyle Jersild ve Radyonun Haber Dairesi Başkanı bu sözlerin söylenmesine yardım ve aracılık ettikleri gerekçesiyle 1000 ve 2000 Danimarka Kronu para ce-

¹³³ Lenis v. Greece, §§ 55-58.

¹³⁴ Jersild v. Denmark, (no.15890/89), 23 September 1994.

¹³⁵ Dini ayrımcılık ve nefrete ilişkin olarak ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği hususunda kabul edilebilir bulunan diğer başvurular kapsamında verilen AİHM kararları için bkz Féret v. Belgium, (no. 15615/07), 16 July 2009; Le Pen v. France, (no. 18788/09), 20 April 2010; Zemmour v. France, (no. 63539/19), 20 December 2022. Irk ayrımcılığı ve nefrete ilişkin olarak ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği hususunda kabul edilebilir bulunan başvurular kapsamında verilen AİHM kararları için bkz Perinçek v. Switzerland, (no.27510/08), 15 October 2015.

¹³⁶ Jersild v. Denmark, (no.15890/89), § 11.

zasına çarptırılmıştır. Grup üyeleri de para cezasına çarptırılmıştır.¹³⁷ Buna karşı yapılan başvuruda AİHM'in Büyük Dairesi, söz konusu "Yeşil Ceketliler" grubu üyelerinin söyledikleri sözlerin hakaret boyutunu aştığını ve Sözleşmenin 10. maddesi ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Bununla beraber, Mahkemeye göre ister kurgulanmış ister kurgulanmamış olsun, mülakatlar basının kamu adına koruma ve muhafızlık görevini (*public watchdog*) yürütmesinde önemli bir araç olup gazetecilerin bir başkasının mülakat sırasında kullandığı ifadeler sebebiyle bu ifadelerin yayılmasına yardım ve aracılık etmek ile cezalandırılması, basının kamu yararına olan konularda yapacağı katkıyı ciddi bir biçimde engelleyecektir. Bu nedenle, güçlü ve zorlayıcı nedenler olmadığı sürece bu riske katlanılmamalıdır. Mevcut başvuruda, gazetecilerin çarptırıldığı para cezasının miktarı Mahkemeye göre, durumu değiştiremeyecek nitelikte olup neticede gazeteciler hüküm giymiştir.¹³⁸ Gazetecilerin amacı ırkçı söylemlerde bulunmak olmayıp daha önce de basına yansıyan ve kamuoyunca bilinen gençler arasında yaygın sosyal bir soruna, ırkçılık sorununa, dikkat çekmek ve ortaya koymaktır.¹³⁹ Dolayısıyla başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla gazetecilere verilen para cezası, gazetecilerin ifade özgürlüğüne yönelik orantısız ve demokratik toplumda gerekli olmayan bir müdahale teşkil etmektedir.¹⁴⁰

Dine dayalı ayrımcılığı ve nefreti kışkırtan ancak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek söylemlerin sınırları ise *Soulas ve Diğerleri* başvurusunda AİHM tarafından tartışılmıştır. Bu başvuru, "Avrupa'nın kolonileştirilmesi" (*The colonisation of Europe*) başlıklı kitapta "Göç ve İslam hakkında gerçekler" (*Truthful remarks about immigration and Islam*) alt başlığı altında kullanılan ifadeler sebebiyle açılan ceza davalarında verilen 7.500 Euro'luk para cezasının ifade özgürlüğünün ihlali sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. Bu davada, AİHM söz konusu kitap bölümünün, Kuzey ve Orta Afrika'daki Müslüman topluluklara karşı şiddeti ve nefreti kışkırttığını, kitapta kullanılan as-

¹³⁷ Jersild v. Denmark, § 14.

¹³⁸ Jersild v. Denmark, § 35.

¹³⁹ Jersild v. Denmark, § 33.

¹⁴⁰ Jersild v. Denmark, § 37.

keri terimlerin okuyucularda “baş düşman” olarak gösterilen bu topluluklara karşı reddetme ve düşmanlık hisleri uyandırmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, ilgili kitap bölümünde yazar tarafından önerilen Avrupa’nın etnik olarak yeniden fethi çözümünün okuyucular tarafından da paylaşılmasının hedeflendiğini, bu yüzden başvuranlar Gilles Soulas ve Guillaume Fayese’nin 7.500 Euro para cezası ödemesi şeklinde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme Sözleşmenin 10. maddesi anlamında ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine, ancak başvuranlar tarafından kitapta anlatılanların Sözleşme’nin 17. maddesinde belirtilen ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması derecesine de ulaşmadığına karar vermiştir.¹⁴¹

2. Şiddeti mazur gören ve düşmanlığa tahrik eden söylemler

Şiddeti mazur gören ve düşmanlığa tahrik eden söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği AİHM tarafından *Sürek* kararında tartışılmıştır.¹⁴² “*Haberde, Yorumda Gerçek*” adlı haftalık bir derginin sahibi olan Kâmil Tekin Sürek, 30 Ağustos 1992 tarihinde dergisinde “*Silahlar Özgürlüğü Engellemez*”, “*Suç Bizim*” başlığıyla iki okuyucu mektubu yayımlamıştır. Mektuplarda Güneydoğu Anadolu’da o tarihte yapılan askeri operasyonları kınayan ifadeler sebebiyle, Kâmil Tekin Sürek mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 312. maddesi gereğince halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek ve 3713 sayılı ve 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu’nun mülga 8. maddesi gereğince devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak suçundan hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu konuda, AİHM’e göre, başvuran kendi görüşlerini yansıtmamış ise de, ayrılıkçı propaganda içeren, şiddete ve nefrete tahrik eden, gerilim yaratan ifadeleri yayımcı sıfatıyla gözden geçirmekle sorumlu ve yükümlüdür.¹⁴³ Mahkeme mektupların intikam çağrısı içerdiğini ve askeri yetkililerin isimlerine yer verdiğini ve bu kişileri şiddete uğrama tehlikesiyle baş başa bıraktığını,¹⁴⁴ bu nedenle başvuranın ifade özgürlüğü hakkına söz konusu mahkûmiyet

¹⁴¹ Soulas and Others v. France, (no. 15948/03), 10 July 2008.

¹⁴² Sürek v. Turkey (No. 1), (no. 26682/95), 8 July 1999.

¹⁴³ Sürek v. Turkey (No. 1), § 63.

¹⁴⁴ Sürek v. Turkey (No. 1), § 62.

kararıyla müdahale edilmesinin haklılığı hususunda tatmin edici bir gerekçenin sunulduğunu ve zorlayıcı sosyal/toplumsal bir ihtiyacın mevcut olduğunu, ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlalin olmadığını belirtmiştir.¹⁴⁵

3. Devlet görevlilerine karşı hakaret içeren söylemler

Devlet görevlilerine hakaret içeren söylemlerin sınırları İspanya Kralı'nın'a hakaret kapsamında İspanya'ya karşı verilen *Otegi Mondragon* kararında açıklanmıştır. Bask Bölgesi Ayrılıkçı Sol Kanadının (*Sozialista Abertzaleak*), Meclis Grup Sözcüsü olan Arnaldo Otegi Mondragon, Bask Bölgesi'nde yayın yapan günlük bir gazetenin (*Euskaldunon Egunkaria*) ETA örgütüyle bağlantılı olduğu gerekçesiyle basılması, baş editörünün ve yönetim kurulu üyelerinin de aralarında bulunduğu 10 yöneticisinin gözaltına alınması ve işkence görmesi sebebiyle bir basın toplantısı yapmıştır. Yaptığı basın toplantısı sırasında, aynı gün Bask Bölgesi Özerk Yönetimi Başkanı'nun İspanya Kralı ile beraber bir elektrik santrali açtığı ve resim çektiği ve bu hususu nasıl değerlendirdiği kendisine sorulduğunda "*Başkanın, ordunun ve polis başı olan Kral ile birlikte bu santralin açılması sırasında birlikte resim çekirmesi utanç vericidir. Ordunun ve polis başı olan, bir başka deyişle, ordu ve polis eliyle uyguladığı işkenceler ile krallığını devam ettiren bir kimse ile resim çektilmesi içler acısıdır*" şeklinde ifadeler kullanmış, neticede 1 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.¹⁴⁶ Bu hapis cezasına karşı AIHM'e yapılan başvuruda, AIHM, İspanyol Anayasası'na göre onuru korunması gereken Kral'a karşı tahrik edici ve hatta düşmanca sayılabilecek bir dil kullanıldığını, ancak açıklamada nefret söylemi sayılabilecek ya da şiddete teşvik ya da tahrik sayılabilecek bir ifadenin bulunmadığını belirtmiştir. Basın açıklaması sırasında sözlü yanıt veren politikacının, ifadesini düzeltmek, silmek veya başka ifadeler kullanmak olanağından da yoksun olduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁷

Mahkemeye göre siyasi açıklamalar karşılığında hapis cezası verip vermemek hususunda taraf devletlerin takdir hakkı olmakla beraber,

¹⁴⁵ Sürek v. Turkey (No. 1), §§ 64-65. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Factsheet-Hate speech, 2023.

¹⁴⁶ Otegi Mondragon v. Spain, (no.2034/07), § 10, 15 March 2011.

¹⁴⁷ Otegi Mondragon v. Spain, (no.2034/07), § 54.

bu takdir hakkının kullanılması, ancak başkalarının haklarının ciddi bir şekilde zarar gördüğü nefret söylemi ve şiddete teşvik gibi durumlarda ifade özgürlüğünün kısıtlanması ile bağdaştırılabilir.¹⁴⁸

Bu nedenle başvuranın ifade özgürlüğüne, söz konusu mahkûmiyet kararıyla müdahale edilmesinin haklılığı hususunda tatmin edici bir gerekçenin sunulmadığını ve sınırlamanın gerekli olmadığını, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁴⁹

4. Bayrağa karşı hakaret içeren söylemler

Bayrağa yönelik hakaret içeren söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında nasıl değerlendirileceği, İspanya'ya ilişkin olarak verilen *Fragoso Dacosta* kararında tartışılmıştır.¹⁵⁰

Fragoso Dacosta İspanya'nın Ferrol şehrinde bulunan askeri birimde yer alan cephanelikte temizlik işçisi olarak çalışan işçilerin sendika temsilcisidir. İşçilerin maaşlarının ödenmemesi sebebiyle işçiler ve sendika temsilcileri tarafından, askeri üs bölgesinde günlük gösteri yapılmış, gösteriler günlük yapılan bayrak törenine denk gelmiştir. Gösteriler sırasında "Faturalar bayrakla ödenmez!" şeklinde slogan atılmış, ıslık çalınmış, gürültü yapılmıştır. Bunun üzerine, üs komutanı sendika yönetimine bir mektup göndermiş, aralarında davacı sendika temsilcisinin de bulunduğu yöneticilerle bir toplantı yapmış, bayrak töreni sırasında gösterilerin yumuşatılmasını ve sessiz olunmasını istemiştir. 2 gün sonra sabah yapılan bayrak töreni sırasında *Dacosta* mikrofonu eline alıp bayrağa yönelik kullandığı sinkaflı küfürlerin ardından, "alın size bayrak töreni için sessizlik, bu bayrağı yakmak lazım" şeklinde ifadeler kullanmış ve bayrağa hakaretten 1.260 Euro para cezasına çarptırılmıştır.

Bu cezaya karşı yapılan başvuruda AİHM, kullanılan dilin tahrik edici olduğunu, ancak açıklamada nefret söylemi sayılabilecek ya da şiddete teşvik ya da tahrik sayılabilecek bir ifadenin bulunmadığını, açıklamanın zarar verici sonuçlara neden olabilecek geçmişte yatan siyasi veya sosyal bir gerilimden kaynaklanmadığını, kullanılan söz-

¹⁴⁸ Otegi Mondragon v. Spain, § 59.

¹⁴⁹ Otegi Mondragon v. Spain, §§ 61-62.

¹⁵⁰ Fragoso Dacosta v. Spain, (no. 27926/21), 8 June 2023

lerin ardından bir gerginlik veya düzensizliğin baş göstermediğini, üs komutanı tarafından istenen sesliğe karşı bir tepki olarak geliştiğini,¹⁵¹ başvuranın 1.260 Euro'luk para cezasını ödememesi halinde hapis cezası tehlikesiyle yüz yüze kalacağı göz önüne alındığında, verilen cezanın ağırlığının işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olmadığını ve bunu aştığını,¹⁵² başvuranın ifade özgürlüğüne söz konusu mahkûmiyet kararıyla müdahale edilmesinin haklılığı hususunda tatmin edici bir gerekçenin sunulmadığını, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir

5. Homofobik söylemler

AİHM belli bir gruba cinsel yönelimleri sebebiyle yöneltilen ayrımcı ve nefret içeren ifadelerin ırk, din ve köken ayrımcılığı kadar ciddiye alınması gereken bir husus olduğunu belirtmektedir. Homofobik ifadeler söz konusu olduğunda AİHM, homoseksüelleri bir grup olarak tahkir eden, küçük gören, aşağılayan söylemlere ilişkin yaklaşımını, İsveç'e karşı yapılan *Vejdeland ve diğerleri*¹⁵³ başvurusunda belirtmiştir. İsveç'te kendilerini Milli Gençlik olarak adlandıran bir grubun üyeleri olan *Tor Fredrik Vejdeland* ve üç diğer arkadaşı tarafından, bir ortaokulda öğrencilerin dolaplarının içine ve üzerine yaklaşık 100 kadar el ilan bırakılmış, el ilanında, homoseksüelliği aşağılayan ifadeler yer verilmiş, homoseksüelliğin şeytani bir cinsel yönelim olduğu ve toplumun esasları üzerinde ahlaki yıkıcı etkilerinin olduğu, HIV ve AIDS hastalıklarının doğmasına sebebiyet verdiği belirtilmiştir. Okul müdürünün müdahalesi üzerine gençler okulu terk etmiştir. Gençler her ne kadar homoseksüelleri bir grup olarak aşağılama niyetlerinin olmadığını, niyetlerinin İsveç okullarında homoseksüellik konusunda takınan mevcut tavrın objektifliği konusunda bir tartışma başlatmak olduğunu iddia etmelerine rağmen, yapılan yargılama neticesinde 200 ile 2.000 Euro arasında değişen para cezasına çarptırılmışlardır.

AİHM el ilanında yer alan ifadelerin, gençlerin iddia ettikleri amaç ile bağdaştırılamayacak derecede aşağılayıcı olduğunu, nefrete doğrudan davet eden bir içeriğe sahip olmasa da önyargıya dayalı iddialar

¹⁵¹ Fragoso Dacosta v. Spain, §§ 29-31.

¹⁵² Fragoso Dacosta v. Spain § 33.

¹⁵³ Vejdeland and Others v. Sweden, (no.1813/07), 9 February 2012.

olduğunu,¹⁵⁴ ortaokul çocuklarının yönlendirmeye elverişli bir yaşta olduklarını ve çocuklara bu yönlendirmenin katılmama veya yer almama yönünde irade beyan edemeyecekleri okul ortamında gerçekleştiğini belirtmiştir.¹⁵⁵ Bununla beraber, AİHM, nefrete teşvik ya da tahrik eden söylemlerin, mutlaka şiddet içeren ya da başka bir suç teşkil eden fiile davetiye çıkaran bir içeriğe sahip olmasının gerekli olmadığını, belli gruplara yönelik hakaret içeren veya alay konusu edilen söylemlerin de taraf devletlerce kendilerine tanınan takdir hakkına uygun olarak ırkçı bulunmasının ve sınırlanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁶ Bu nedenle, başvuruların ifade özgürlüğüne hakkına söz konusu mahkûmiyet kararıyla müdahale edilmesinin haklılığı hususunda tatmin edici bir gerekçenin sunulduğunu, zorlayıcı sosyal/toplumsal bir ihtiyacın mevcut olduğunu, ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlalin olmadığını belirtmiştir.¹⁵⁷

V- FUTBOL MÜSABAKALARINDA NEFRET SÖYLEMLERİ

Futbol müsabakalarında yapılan çirkin ve ırkçı tezahüratlar nefret söylemi kapsamında ele alınmakta olup bu konuda futbolun beşiği sayılan İngiltere’de uygulanan kuralların öncelikli olarak açıklanması önem arz etmektedir. İngiliz Futbol Suçları Kanunu’nun (*the Football (Offences) Act 1991*) 3 (1) maddesinde, *belirlenmiş* bir futbol müsabakası sırasında ahlaka aykırı ya da ırkçı nitelikte tezahüratta bulunmanın ya da tezahüratta yer almanın suç olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁸

Aynı Kanun’un 1 (2) maddesine göre, müsabakanın başlangıcından 2 saat öncesinden ya da başlaması gereken saatten 2 saat öncesinden, müsabakanın bitim saatinden 1 saat sonrasına kadar, yapılan eylemler müsabaka sırasında yapılmış sayılır. Müsabakanın belli bir gün ve saatte yapılacağı planlanmış ve ilan edilmiş olmasına rağmen, müsabakanın bu saatte oynanmaması halinde, ilan edilen başlama zamanının 2 saat öncesinden 1 saat sonrasına kadar, geçen sürede gerçekleşen eylemler yine müsabaka sırasında yapılmış sayılır.¹⁵⁹

¹⁵⁴ *Vejdeland and Others v. Sweden*, §§ 54, 57.

¹⁵⁵ *Vejdeland and Others v. Sweden*, § 56.

¹⁵⁶ *Vejdeland and Others v. Sweden*, § 55.

¹⁵⁷ *Vejdeland and Others v. Sweden*, § 59.

¹⁵⁸ *The Football (Offences) Act 1991*, Section 3 (1).

¹⁵⁹ *The Football (Offences) Act 1991*, Section 1 (2).

Kanun'un 3 (2) (a) maddesine göre, “*tezahürat*” tek başına veya diğerleriyle birlikte koro halinde *tekrarlanan* söz veya çıkarılan ses olarak kabul edilmekte,¹⁶⁰ aynı Kanun'un 3 (2) (b) maddesinde ise bir kimse- nin rengi, ırkı, vatandaşlığı da dahil olmak üzere milliyeti, etnik veya ulusal kökeni sebebiyle maruz kaldığı tehdit, istismar ya da hakaret içeren veya barındıran *tezahürat* “ırkçı *tezahürat*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁶¹

Görüldüğü üzere Kanun, bir kimseye yönelik tüm ayrılıkçı ve nefret içeren söylemleri kapsamına almamıştır. Örneğin homoseksüel oyunculara karşı cinsel yönelimleri sebebiyle yapılan *tezahüratlar* Kanunun kapsamının dışındadır. Yine bir şeyin *tezahürat* olarak nitelendirilebilmesi için söylenen sözün veya çıkarılan sesin *tekrarlanması* gerekir. *Tekrarlanmayan* söz veya ses Kanunun kapsamının dışındadır.¹⁶²

Kanun'un 1 (1) maddesine göre eylemin “*tayin edilmiş/belirlenmiş (designated)*” bir futbol müsabakası sırasında gerçekleşmesi gerekir.¹⁶³ Rugby veya kriket karşılaşmaları kapsama dahil olmadığı gibi maçın stadyum dışında bir yerden izlenmesi halinde, yapılan *tezahürat* da Futbol Suçları Kanunu'nun kapsamına dahil değildir.¹⁶⁴ Ancak bunların *Public Order Act* kapsamında değerlendirilip cezalandırılması mümkündür. Nihayetinde eylemin müsabaka esnasında kabul edilen zaman dilimi içinde ve müsabaka alanı çevresinde, müsabaka alanına girerken, ayrılırken, ya da müsabaka için seyahat ederken yapılan

¹⁶⁰ The Football (Offences) Act 1991, Section 3 (2) (a).

¹⁶¹ The Football (Offences) Act 1991, Section 3 (2) (b)

¹⁶² Law Commission, 2020, s.491; Law Commission 2021, s.498.

¹⁶³ İngiliz Futbol Ligi (Football League), İngiliz Futbol Federasyonu (the Football Association, FA), İngiltere Premier Ligi (Premier League), ya da Ulusal Ligi (National League) üyesi bir takımın müsabakaları kapsamında yer alan bir müsabaka *tayin edilmiş* müsabakadır. İngiliz takımlarıyla diğer ülke takımları arasında veya İngiliz milli takımı ile diğer ülke milli takımları arasında İngiltere veya Galler'de oynanan maçlar da ilan edilmiş müsabaka kapsamında yer alır. İngiliz Futbol Ligi, (Football League) İngiltere Premier Ligi (Premier League) kapsamında yer alan takımların sahaları dışında oynanan maçlar İngiltere Federasyon Kupası maçı kapsamında oynanmadığı sürece Kanunun kapsamının dışındadır. Law Commission, 2020, s.491.

¹⁶⁴ Law Commission, 2020, s.493; Law Commission, 2021, s.506-507.

tezahüratlar bu Kanunun kapsamının dışındadır. Müsabaka sebebiyle ve müsabaka alanı çevresinde müsabaka alanına girerken, ayrılırken, ya da müsabaka için seyahat ederken yapılan tezahüratlar Futbol İzleyicileri Kanunu (*the Football Spectators Act 1989*) kapsamında verilecek yasaklama kararlarına tabidir.¹⁶⁵ İrkçı tezahürat karşılığında Futbol Suçları Kanunu'nun (*the Football (Offences) Act 1991*), 5.maddesi gereğince 1.000 Sterlin (GBP) para cezası (*Level 3 fine*) verilmekte olup ayrıca mahkeme tarafından Futbol İzleyicileri Kanunu kapsamında maçlara girmekten yoksun bırakılma şeklinde hak yoksunluklarına da hükmedilebilmektedir.¹⁶⁶

İngiliz Yüksek Mahkemesi (*the High Court*) bununla beraber bir tezahüratın ırkçı sayılabilmesi için aşağılayıcı, küçük düşürücü, hakaret içeren sözlerin söylenmesinin yeterli olduğuna, sözlerin muhatabı olan kişinin tezahüratı duymasının, tezahürat sırasında tezahürat yapıldığı yerde bulunmasının ya da tezahürattan olumsuz etkilenmesinin ise gerekli olmadığına karar vermiştir.¹⁶⁷

Futbol müsabakalarında yapılan bir tezahüratın hangi hallerde ırkçı sayılacağı ve ifade özgürlüğünün sınırları, AİHM tarafından verilen *Šimunić v. Croatia*¹⁶⁸ kararında da ele alınmıştır. Bu davaya konu olayda, 19 Kasım 2013 tarihinde Hırvatistan ve İzlanda Milli takımları arasında oynanan maçta, maç sonrası Hırvat futbolcu Josip Šimunić, stadyumun ortasında mikrofonu eline alarak seyircilere doğru 4 kez "vatan için" (*For home*) şeklinde bağırmış, seyirciler de kendisine "hazır" (*ready*) şeklinde yanıt vermiştir. Bu şekilde gerçekleşen tezahürat nedeniyle, Zagreb mahkemelerince Simunic önce 5.000 ardından 25.000 Hırvat Kunası (yaklaşık 3.300 Euro) para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, bu olaya ilişkin olarak, bu selamla şeklinin esas olarak Hırvatistan'ın faşist ve aşırı milliyetçi hareketlerinden olan Ustasha hareketine (*Ustaše, Ustashe movement*) ait olduğunu ve ayrıca Totaliter Bağımsız Hırvatistan Devleti tarafından da kullanıldığının ortaya konduğunu, ırkçı bir nitelik içerdiğini, Hırvat olmayan farklı din, ırk

¹⁶⁵ Law Commission, 2020, s.491, para.19.7.

¹⁶⁶ The Football (Offences) Act 1991, Section 5; Law Commission, 2020, s.491, para.19.8.

¹⁶⁷ DPP v Stoke-on-Trent Magistrates Court [2003] EWHC 1593 (Admin); Law Commission, 2021 s.499.

¹⁶⁸ Šimunić v. Croatia, (no.20373/17), 22 January 2019.

ve etnik kökenden gelenlere karşı nefreti dışa vurduğunu,¹⁶⁹ toplumda rol model olması gereken futbolcunun bu davranışının seyirciler üzerindeki olumsuz ve tahrik edici etkisinin farkında olması gerektiğini,¹⁷⁰ başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile toplumda hoşgörünün ve karşılıklı saygının desteklenmesine yönelik kamu yararı arasında denge gözetilmesi noktasında, taraf devletin kendisine tanınan takdir yetkisini spor karşılaşmalarında ırkçılığın önlenmesi amacıyla ölçülü olarak kullandığını¹⁷¹ belirterek başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Avrupa Futbol Federasyonları Birliği'nin (UEFA) bu konudaki uygulamasına bakıldığında, nefret söylemi kapsamında UEFA tarafından futbol taraftarlarına, kulüp yöneticilerine ve futbolculara uygulanabilecek yaptırımlara ilişkin olarak ırkçılığın önlenmesi odaklı katı bir tutum sergilenmekte olup diğer ayırt edici özellikler bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. UEFA'nın Asayiş ve Güvenlik Tüzüğü'nün¹⁷² tahrik edici davranışlar ve ırkçılığa ilişkin 45.maddesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin ek kararları¹⁷³ gereğince, müsabakaya ev sahipliği yapan organizatör ülke, müsabakanın polis amiri ve müsabakanın emniyet ve güvenliğinden sorumlu saha komiseriyle beraber, stadyumun içinde ya da yakın çevresinde seyircilerin oyunculara veya rakip taraftarlara yönelik kabul edilemez düzeyde tahrik edici sözler söylemesini, ırkçı davranışlarda bulunmasını, kışkırtıcı pankartların ya da bayrakların kullanılmasını engellemeli, provokatif eylemleri önlemelidir.¹⁷⁴ Böyle bir davranışta maçın organizatörü, maçın polis amiri ve maçın emniyet ve güvenliğinden sorumlu saha komiseri olaya anons yaptırarak müdahale etmeli ve tahrik edici malzeme veya unsurlar kaldırılmalıdır. Güvenlik görevlileri ırkçı hakaretler de dâhil olmak üzere her türlü ciddi nitelikte asayiş bozan eylemi

¹⁶⁹ *Šimunić v. Croatia*, § 44.

¹⁷⁰ *Šimunić v. Croatia*, § 45.

¹⁷¹ *Šimunić v. Croatia* §§ 48-49.

¹⁷² UEFA Safety and Security Regulations, <https://documents.uefa.com/r/UEPE0QDp~FJso7vSx8slqLQ/tf~PfqXJUJO7qddL~mr52w> Erişim Tarihi, 17.02.2024.

¹⁷³ UEFA Safety and Security Regulations, ANNEX, A, B, C. Erişim Tarihi, 17.02.2024.

¹⁷⁴ UEFA Safety and Security Regulations, Article 45. <https://documents.uefa.com/r/UEPE0QDp~FJso7vSx8slqLQ/tf~PfqXJUJO7qddL~mr52w>. Erişim Tarihi, 17.02.2024.

polise bildirmeli, böylece polisin karar vermesi durumunda ilgilinin stadyumdan uzaklaştırılması sağlanmalıdır.

Bunun haricinde, stadyum içinde ırkçı davranışlara karşı “Müsabaka Yetkilileri Tarafından ırkçı Davranışlara Karşı Uyulması Gereken Kural ve Usullere Dair Genelge”¹⁷⁵ ve “İrkçılığa Karşı Birleşik Avrupa Futbolu Kararı”nın¹⁷⁶ 6. maddesi gereğince, maçın hakeminin bizzat, dördüncü hakem veya UEFA delegesi aracılığıyla ırkçı bir tezahürat, hakaret, bağırış veya pankartın farkına varmasının ardından, güçlü ve gür bir düzeye ulaştığını düşündüğü tezahürat nedeniyle üç aşamalı bir usul izlemesi gerekmektedir. Bu durumda, hakem önce maçı durdurmalı ve tezahüratın durdurulması için tüm takımların dilinde anons yaptırmalıdır. Anonsun yapılmasını müteakip hakem maçı yeniden başlatmalıdır. Tezahürat kesilmez ise maçı 5 ya da 10 dakikalık makul bir süre için tekrar durdurmalı ve takımları soyunma odasına göndermelidir. UEFA maç gözlemcileri ve dördüncü hakemle birlikte yeni bir anons yapıp tezahüratın kesilmesi tekrar istenmelidir. Anonsta tezahüratın kesilmemesi halinde maçın iptal edileceği ihtar edilmelidir. Bu aşamada maçın tekrar başlatılıp başlatılmayacağı tartışılmalı maçın devamına karar verilir ise takımlar tekrar sahaya davet edilmelidir. Maçın ikinci kez başlamasının ardından tezahürat durmaz ise hakemin maçı iptal etmesi zorunludur. İrkçılığa Karşı Birleşik Avrupa Futbolu Kararı'nın 7. maddesi gereğince ırkçı eylemden sorumlu bulunan oyuncu veya takım görevlisi en az 10 maç süreyle cezaya çarptırılır, ırkçı eylemden sorumlu bulunan kulüp yöneticileri de aynı süreyle hak mahrumiyeti cezasına çarptırılır. Aynı kararın 8. maddesi gereğince, ırkçı tezahüratta bulunan futbol seyircisine karşı, ilk etapta stadyumun ırkçı tezahürattan sorumlu kesiminin seyirciye kapatılması, eylemin ikinci kez tekrarı halinde tüm stadyumun kapatılması ve sorumlu takımın para cezasına çarptırılması yoluna gidilir. Ayrıca ırkçı tezahüratta bulunan seyirciler maçlardan men edilir.

¹⁷⁵ Annex C- Guidelines for Match Officials in cases of Racist Behaviour in Football Stadiums (Article 45.05b) https://documents.uefa.com/r/UPE0QDp~Fjso7vSx8slqLQ/lkexux0yxh_1NT7TWEs1Ww. Erişim Tarihi. 17.02.2024.

¹⁷⁶ Annex B- European Football United Against Racism Resolution (Article 45.05a) <https://documents.uefa.com/r/UPE0QDp~Fjso7vSx8slqLQ/3yPwPLrIrhPkb1vGvYaxXA> Erişim Tarihi. 17.02.2024.

Türkiye’de ise Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatı’nın¹⁷⁷ “Ayrımcılık ve İdeolojik Propaganda” başlıklı 42. maddesi gereğince müsabaka öncesinde, esnasında ve sonrasında her türlü ideolojik propaganda yapmak yasaktır. Bu yasağa uyulmaması halinde, ırk, dil, din, etnik köken ayrımcılığı veya herhangi bir şekilde ayrımcılık yaparak insanlık onurunu zedeleyen, futbolculara 4 ila 8 müsabakadan men cezası, kulüp yöneticilerine ise 45 ila 90 gün hak mahrumiyeti cezası ve miktarı liglere göre değişen para cezaları verilir. Aynı eylem nedeniyle görevlilere ve diğer kişilere ise 4 ila 8 müsabakada soyunma odasına ve yedek kulübesine giriş yasağı veya 30 ila 60 gün arasında hak mahrumiyeti cezası verilir. Bunun yanında, fiilin takım tarafları tarafından işlenmesi halinde de kulüp aleyhine para cezasına hükmedilmektedir. Aynı talimatın “Çirkin ve Kötü Tezahürat” başlıklı 53. maddesinin sekizinci fıkrasında “etnik veya bölgesel ayrımcılık içeren ya da herhangi bir takımın mensuplarını veya taraftarlarını suç failleri veya suç örgütleriyle özdeşleştirecek şekilde” toplu olarak tezahürat yapılmasına karşı yaptırımlar öngörülmüş olup yaptırımın uygulanması için tezahüratın süreklilik göstermesi şartının aranmayacağı belirtilmiştir.

TFF’nin Futbol Disiplin Talimatı’ndan ayrı olarak, 31. 03. 2011 tarih ve 6022 sayılı “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun” un 14. maddesinin ikinci fıkrasında, “spor alanlarında toplum kesimlerini din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek hakaret oluşturan söz ve davranışlarda bulunanların, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla hapis cezası ile cezalandırılacağı” hükmü, üçüncü fıkrasında ise bu suçun “yazılı pankart taşınması veya asılması ya da duvarlara yazı yazılması suretiyle işlenmesi halinde”, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükmü de bulunmaktadır.

Buraya kadar aktardıklarımızdan da anlaşılacağı üzere, UEFA’nın konuya ilişkin düzenlemelerinin ırkçılıkla mücadele, Türkiye Futbol Federasyonu’nun Disiplin Talimatıyla Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunu’nda yer alan düzenlemelerin ise ayrımcılıkla mücadele etme amacıyla konuyu ele aldığı, her iki düzenlemenin

¹⁷⁷ <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Futbol-Disciplin-Talimati.pdf> Erişim Tarihi. 17.02.2024.

de kısmi olduğu ve nefret söylemlerinin tüm türlerini kapsamadığı görülmektedir.

VI- TÜRK CEZA KANUNU'NDA NEFRET SUÇU

Nefret suçları kapsamında TCK'nın 122. maddesinde “nefret ve ayrımcılık” suçu başlığı altında düzenlenen suç, 1 Haziran 2005 tarihinde mevzuatımıza ilk defa “ayırıcılık” suçu olarak girmiş, ardından 2.3.2014 tarih ve 6529 sayılı “Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” 15. maddesiyle “nefret ve ayrımcılık” suçu şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Ancak ülkemizde işlenen nefret suçlarının tarihi 2005 yılının öncesine dayanmaktadır. 6-7 Eylül olayları (1955), Maraş olayları (1978), Malatya olayları (1978), İstanbul Üniversitesi Beyazıt kampüsü önünde öğrencilerin üzerine bomba atılması (1978), Sivas katliamı (1993), Gazi olayları (1995), Hrant Dink cinayeti (2006), Zirve yayınevi katliamı (2007), Rahip Santoro Cinayeti (2006), Manisa Selendi'de Roman vatandaşlara yapılan saldırılar (2010) günümüze kadar işlenen nefret suçlarına örnek olarak sayılabilir.¹⁷⁸ Bu makalede, nefret suçu ve söylemi kavramları ağırlıklı olarak tartışıldığından, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemenin belli hürriyetlerin kullanılmasında ayrımcılık yapılmasını engellemeye yönelik boyutu kısmen ele alınacaktır. Yine suçun hukuki konusu, fail ve mağdur kavramları ayrıntılı olarak yukarıda ele alındığından, Türk Hukuku bakımından özellik arz eden hususlar aşağıda tartışılacaktır.

A. Suçun Unsurları

1. Maddi unsurlar

a. Fail ve mağdur

Suçun faili ancak gerçek kişiler olabilir. Nefret suçunun 12 Mayıs 2003 tarihli Hükümet Tasarısının 170. maddesinde¹⁷⁹ yer alan şeklinde,

¹⁷⁸ Bulut, s.140.

¹⁷⁹ Ayrımcılık

Madde 170. Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve âdet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeni ile ayırım yaparak:

tüzel kişilerin suçun hem faili hem de mağduru olabileceği esası benimsenmiş iken, kanunlaşan 122. maddede suçun fail ve mağdurunun sadece gerçek kişiler olabileceği belirtilmiştir.¹⁸⁰ Kanımızca 122. maddenin gerek 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde, gerekse mevcut halinde "bir kişinin işe alınmasını" nefret nedeniyle engelleme kapsamında, işverenlerin çoğunun aynı zamanda tüzel kişi olduğu gerçeğinin ve dolayısıyla suçun bu halinin tüzel kişiler tarafından da işlenebileceği hususunun göz önünde bulundurulmaması isabetli olmamıştır. Bir kişinin işe alınmasını nefret nedeniyle engelleyen tüzel kişilerin güvenlik tedbirine tabi tutulacağı şeklinde bir düzenlemenin kanunda yer alması daha isabetli olurdu.¹⁸¹ Yine suçun failinin, mağdur ile ayırt edici özellikleri bakımından aynı gruptan olmaması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁸² Malkoç'un da belirttiği gibi,

1) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

2) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

3) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya yediyüzellimilyon liradan ikimilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf> Erişim Tarihi: 17.02.2024.

¹⁸⁰ Ayırmıcılık

Madde 122. (1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

¹⁸¹ Aynı yönde bkz. Burcu Demren Dönmez, "Ayırmıcılık Suçu", *TBB Dergisi*, 2012, S.102, s.9-58, s.47, aynı yönde Köksal Bayraktar, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu", *YÜHFD*, 2016, Cilt: XIII, S.1, s.55-81, s.72; Erdener Yurtcan, *Ayırmıcılık ve Nefret, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar*, 4. baskı., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 178.

¹⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 491.

kadının kadına karşı işlenen ayrımcılık suçunun faili sayılmaması, bir melezin başka bir gruba karşı işlenen ayrımcılık suçunun faili sayılmaması gibi kanunda öngörülme- yen sonuçlara neden olabileceğinden, kanımızca da bu görüşe katılmak mümkün değildir.¹⁸³

b. Fiil

“Nefret ve ayrımcılık” başlığı altında mevcut 122. maddede suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler dört bent altında seçimlik olarak belirtilmiştir. Failin maddede belirtilen hareketlerden yalnızca birini gerçekleştirmesi yeterlidir.¹⁸⁴ Buna göre:

- “1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;
 - a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
 - b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
 - c) Bir kişinin işe alınmasını,
 - d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Mevcut 122. madde ile TCK’da hukuken korunma altına alınan ayırt edici özelliklere ilişkin olarak sınırlı bir düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinde ceza kanununun uygulanması sırasında adalet ve kanun önünde eşit muamele yapılmasını sağlamak amacıyla, ayrımcılığa konu edilmesi engellenen ve maddede açıkça zikredilen “diğer fikir yahut düşünceler, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konum” deyimleri, mevcut 122. maddenin kapsamına alınmamıştır. Yani Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması sırasında ayrımcılığa gerekçe yapılabileceği karine olarak 3. maddede kabul edilen hususlardan bazılarının,

¹⁸³ İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. II., Yetkin, Ankara, 2013, s.2063; aynı yönde bkz. Bayraktar, s.72,

¹⁸⁴ Demren Dönmez, s.35

günlük hayatta 122. madde kapsamında ayırmıcılığa gerekçe oluşturmayacağı düşünülmüştür. Bu haliyle kanun kendi içinde bir zıtlık içermektedir.

İkinci zıtlık içeren husus, 6529 sayılı Kanun'un gerekçesinden ve maddenin düzenleme biçiminden kaynaklanmaktadır. TCK'nın 122. maddesinde değişiklik öngören 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: "Madde başlığında yapılan değişiklikle, ayırmıcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayırmıcılık olduğuna vurgu yapılmıştır."¹⁸⁵ Gerekçeye göre, ayırmıcılık suçu nefrete dayalı olarak işlenebilmektedir, failin sadece ayırmıcılık, tercih ve düşüncesiyle hareket etmesi yeterli değildir.¹⁸⁶ Oysa yukarıda açıkladığımız üzere, nefret suçundan söz edebilmek için öncelikle ayırmıcılığa dayalı olarak işlenen bir başka suç mevcut olmalıdır. Aksi takdirde, sadece ayırmıcılığın mevcudiyeti, nefret suçunun işlenmiş sayılması için yeterli olmayıp, ayırmıcılık hukuk düzenince başka yaptırımlara tabi tutulabilir. Bir başka deyişle, ayırmıcılık saiki, nefret saikinden daha geniş olup nefret suçunun işlenmiş sayılabilmesi için olması gereken şey, "ayırmıcılığa dayalı nefrettir". "Nefrete dayalı ayırmıcılık" değil!¹⁸⁷

Benzer sebeplerle 122. maddenin başlığı ve içeriği de bir diğer tezatlığı yansıtmaktadır. Madde başlığı "nefret ve ayırmıcılık" şeklinde iki suç tipini ifade eder gibi gözükmekte iken, madde metninden ve gerekçeden suçun nefret sebebiyle işlenen ayırmıcılık suçu olduğu anlaşılmaktadır.

122. maddede hukuk düzenince korunan ve ayırmıcılığa neden olabileceği kabul edilen karakteristik, ayırt edici özellikler, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhepten ibarettir. Bu ayırt edici özelliklerin kapsamı, yukarıda açıklandığı üzere TCK'nın 3. maddesinde sayılan ayırt edici özellik-

¹⁸⁵ <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-3351-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6529#step-2>. Erişim Tarihi: 17.02. 2024

¹⁸⁶ Erdener Yurtcan/Begüm İrtiş, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2023, s. 642.

¹⁸⁷ Bu konuda diğer tartışmalar için bkz Recep Kahraman, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırmıcılık Suçuna Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, C.27, S.1, s.216-238, s.222-223.

lerden ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme' ye EK 12 No'lu Protokolün 1. maddesinde belirtilen ayırt edici özelliklerden daha dardır.¹⁸⁸ Bu nedenle ayırt edici özellikler bakımından, kanun koyucu TCK'daki düzenleme ile sınırlı bir koruma getirmeyi tercih etmiş¹⁸⁹ ve seçimlik hareketin de ancak nefret saikiyle işlenebileceğini belirtmiştir.¹⁹⁰

2. Manevi unsur

Nefret, suçunun işlenmiş sayılabilmesi için failin başta mağdurun karakteristik ayırt edici özelliklerini ve fiilin diğer maddi unsurlarını bilmesi ve bu bilinçle eylemini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Failin, fiilini bilmesinin yanında mutlaka istemesi de gerekir.¹⁹¹ Bu husus yukarda açıklandığı üzere, nefret suçlarının bir nevi "mesaj suçları", "sembolik suç" olma niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çünkü fail fiili-

¹⁸⁸ EK 12 nolu Protokol Madde. 1:

Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur Erişim Tarihi. 17.02.2024.

¹⁸⁹ Yargıtay On Sekizinci Ceza Dairesi'nin 30.03. 2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı kararı:

"TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma grubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır." www.corpus.com.tr. Erişim Tarihi,12.02.2024.

¹⁹⁰ Bayraktar, s.73; Demren Dönmez, s.13. Kanunda yer alan nefret sebeplerinin sınırlı olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. baskı., Us-a Yayıncılık, Ankara, 2015, s.225.

¹⁹¹ Bulut, s.79; Gizem Kübra Özen Aykotalp, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", *NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021(2), s.419-452, s.444, Nurten Öztürk, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 132. Daha ayrıntılı tartışma için bkz. Gökçe Serim, Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s.144.

ni gerçekleştirerek bir mesaj vermek istemektedir.¹⁹² Dolayısıyla nefret suçlarında aranan kast doğrudan kasttır.¹⁹³ Olası kast ile nefret suçu işlenemez.¹⁹⁴

Yine manevi unsur bakımından kanun koyucu, failin suçun objektif unsurlarını belirli bazı saiklerle gerçekleştirmesi ve failin “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle” hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir. Saik, suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareket ile ilgili kararın alınmasında etkili olan, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan temel düşüncedir. Kast eyleme karşılık gelen dışsal olguların maddi unsurların bilinmesi iken saik bu unsurların anlamsal içeriğinin bilinmesini ifade eder.¹⁹⁵ Bu nedenle suç ancak özel kast ile işlenebilir.¹⁹⁶ Ancak öğretide suçun manevi unsurunun özel kast olmadığı ve ayrıca suçun olası kastla da işlenebileceğini belirten görüşler bulunmaktadır.¹⁹⁷

3. Hukuka aykırılık unsuru ve hukuka uygunluk nedenleri

Suçla ilgili maddede hukuka uygunluk sebebi yer almamaktadır. Nefret ve ayıracılık suçunda, fiilin hukuka aykırılığı dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ancak, bazı durumlarda, bir hizmetin verilmesinde, bir ekonomik etkinliğin yerine getirilmesinde, kamuya arz edilmiş bir taşınır ya da taşınmaz malın satılmasında, kiraya verilmesinde ya da devrinde, hukuki düzenlemeler ile bir takım olumlu ya da olumsuz koşullar getiril-

¹⁹² Demirbaş, s.2699; Ersoy, 2018, s. 123; Iganski, s.635; OSCE, ODIHR, s.17.

¹⁹³ Bulut, s.79; Aras Türay, “Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler”, *CHD*, 2014, Cilt:9, S.26, s.77-95, s.91.

¹⁹⁴ Öztürk, s.132; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, *TCK Şerhi, Özel Hükümler*, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.391.

¹⁹⁵ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Serkan Meraklı/Pınar Bacaksız/İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s.276-277.

¹⁹⁶ Demren Dönmez, s. 49; Öztürk, s.132; İsmail Ercan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler*, 6 Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2011, s.395; Mehmet Atıl Abacıoğlu, *Nefret Suçları Bağlamında Nefret ve Ayıracılık Suçu*, (TCK M. 122), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020, s.117.

¹⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 494.

mişse, bunlara uyulması ile ortaya çıkabilecek farklı işlemler ayrımcılık suçunu meydana getirmeyecektir. Aynı şekilde pozitif ayrımcılığa dayalı kanuni düzenlemeleri de yerine getirmek fiili hukuka uygun hale getirecektir. Çünkü bu gibi durumlar, kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebini teşkil edecektir.¹⁹⁸ Bu düşünceden hareketle, kanaatimizce de nefret ve ayrımcılık suçunda, pozitif ayrımcılığa dayalı kanuni düzenlemelerin icrasından kaynaklanan kanunun hükmünün yerine getirilmesi hali hariç, klasik hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç bakımından uygulanması mümkün görülmemektedir.¹⁹⁹

Azınlıkta kalan bir görüşe göre, sözleşme özgürlüğü ve ekonomik özgürlük kapsamında sözleşme yapıp yapmama, iş ilişkisine girip girmeme konusunda taraf iradelerine üstünlük tanınması gerektiğinden, ilgilinin rızasının bulunması halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.²⁰⁰ Zira sözleşme özgürlüğü kapsamında, kişilerin istedikleri kişilerle sözleşme yapma ve yapmama hakları vardır. Bu bağlamda, bu görüşe göre, ayırt edici karakteristik özellikleri sebebiyle kendisiyle sözleşme yapılmamasına veya ekonomik faaliyette bulunulmamasına rıza gösteren kimsenin rızası fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, ayırt edici karakteristik özelliklerin rızanın var olduğu gerekçesiyle hukuk düzenince korunmaması durumunda, bu özellikler toplumu oluşturan çoğunluk grubu tarafından gizlenmeye, vazgeçilmeye, değiştirilmeye zorlanacak bir özellik haline dönüşecektir. Dolayısıyla ırk ve din gibi kişisel kimliğin esaslı bir parçasını oluşturan özellikler sebebiyle ayrımcılığa ve istismara maruz kalan azınlıkların insan hak ve onurunun ayrılmaz bir parçasını oluşturan bu özelliklerden vazgeçme konusunda mutlak bir tasarruf yetkisinin olmadığı ve rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini düşünmekteyiz.²⁰¹

¹⁹⁸ Bayraktar, s.79.Kanunun hükmünün icrasına ilişkin tartışma ve örnekler için bkz. Abacıoğlu, s.111-114; Serim, s.135-137.

¹⁹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.494.

²⁰⁰ Abacıoğlu, s.115; Hasan Gerçekler, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s.1587.

²⁰¹ Öztürk, s.135; Serim, s.143; Uğur Ersoy, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M. 122)", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2017, S. 34, s. 9-56, s.48.

B-Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Nefret ve ayrımcılık suçu sırf hareket suçudur.²⁰² Engelleme amacıyla kanunda sayılan seçimlik hareketlerden birinin yapılması ile suç tamamlanır.²⁰³ Ayrıca bir neticenin doğmuş olması aranmaz. Bu nedenle, suçun maddi unsurunu oluşturan “engelleme” hareketinin aşamalara bölünebilmesi halinde suç teşebbüse teorik olarak mümkün hale gelmektedir.²⁰⁴ Buna göre, örneğin bir işveren, bir kişinin, Alevi olmasına duyduğu nefretle işe alınmaması için, bir çalışanına yazılı talimat verirse; ancak bu talimat, çalışana ulaşmazsa suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.²⁰⁵ Bununla beraber suç tipinde yer alan bir kişinin işe alınmasını ya da bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını ruhsat veya izin vermemek suretiyle engellemek fiilleri suçun gerçek ihmali hareketle işlenmesini mümkün kılmaktadır. Bu kapsamda yer alan hareketler bakımından da kanaatimizce de suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. İhmali hareketin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmış olur.²⁰⁶

Buna karşılık, nefret ve ayrımcılık suçunun neticeli bir suç olduğunu ve bu neticenin, engellenme olduğunu kabul eden görüşe göre, suça ilişkin seçimlik hareketler yapılmakla beraber, engellenme neticesinin gerçekleşmemesi halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır.

²⁰² Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi'nin 12.06.2023 tarih ve 2021/11263 E., 2023/19698 K. sayılı kararı:

“Sırf hareket/tehlile suçu olan nefret ve ayrımcılık suçunun oluşabilmesi için, engelleme hareketinin bir zarar doğurmasının aranmadığı, suçun oluşması için yasa maddesinde yer alan engelleme hareketinin yapılmasının yeterli olduğu, bu hareketin mağdur için somut bir tehlike arz etmesinin önemli olmadığı ve araştırılmasının gerekmediği, sadece hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüsün mümkün olabileceği gözetilmeksizin, sanıklar hakkında 5237 sayılı Kanun'un 35. maddesinde yer alan suça teşebbüs hükümlerinin tatbiki, hukuka aykırı bulunmuştur.” www.corpus.com.tr. Erişim Tarihi,12.02.2024. Ayrıca bkz. Bayraktar, s.78; Demren Dönmez, s.41.

²⁰³ Karşı görüş için bkz. Ersoy, 2017, s.48.

²⁰⁴ Bayraktar, s.78; Demren Dönmez, s.50; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 494; Ulaş Karan, “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S.73, s.146-173, s.169.

²⁰⁵ Öztürk, s.136; Serim, s.149.

²⁰⁶ Demren Dönmez, s.50; Öztürk s.136.

Bu bağlamda, evini bir travestiye kiraya vermemesi için tehdit edilen ev sahibi; bu tehdide rağmen, evini bir travestiye kiraya verdiğinde, engellenme gerçekleşmemiş olacağından, tehdit eden kişi açısından nefret ve ayrımcılık suçu teşebbüs aşamasında kalacaktır.²⁰⁷

2. İştirak

Nefret ve ayrımcılık suçu iştirak yönünden bir özellik göstermemektedir. İştirakin her türünün bu suç açısından gerçekleşmesi mümkündür. Yine suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi hali diğer bazı suç tiplerinde olduğu gibi nitelikli hal olarak öngörülmemiştir.²⁰⁸

3. İçtima

Suç bakımından, aynı suç işleme kararı ile değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik aynı veya farklı seçimlik hareketin gerçekleştirilmesi suretiyle birden fazla nefret ve ayrımcılık suçunun işlenmesi halinde TCK'nın 43/1 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin, bir dolmuş şoförü, bir siyahîyi renginden kaynaklanan nefretle, bir ay boyunca dolmuşa almıyorsa; bir bakkal, Ermeni olmasından kaynaklanan nefretle bir kişiye, önce, mal satmıyor; daha sonra, bu kişinin bakkal açmasına engel oluyorsa; diğer şartları da bulunmak kaydıyla zincirleme suç hükümleri uygulanır.²⁰⁹ Yine failin birden fazla kişiye karşı tek bir fiil ile nefret ve ayrımcılık suçunu işlemesi durumunda da TCK m. 43/2 kapsamında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Örneğin Engelliler Federasyonu'nun ya da Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın devlet bütçesinden organize etmiş olduğu bir yemeğe katılan 20 engelliye buldukları restoranda çalışan şarkıcının şarkı söylememesi durumunda kişi sayısı kadar suç olmayacaktır. Çünkü şarkıcı, tek bir fiille 20 engelliye şarkı söyleyerek birden fazla kişiye ayrımcılık yapmış bulunmaktadır.²¹⁰

²⁰⁷ Ersoy, 2017, s.48; Serim, s.150.

²⁰⁸ Demren Dönmez, s.50; Karan, s.170; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495; Öztürk s.137-138.

²⁰⁹ Serim, s.153.

²¹⁰ Pınar Memiş, Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, S. 2, s.69-82, s.79-80.

Nefret ve ayrımcılık suçunun onur, şeref ve saygınlığı rencide eden başta hakaret suçu olmak üzere başka suçlar ile birlikte işlenmesi mümkündür. Bu durumda, TCK'nın 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralı gereği işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin failin "*hain pis solcu/komünist sana ev filan satmıyorum*" demesi halinde, hem TCK m. 122 kapsamında nefret ve ayrımcılık suçu, hem de TCK m. 125/3-b kapsamında hakaret suçunun nitelikli hali oluşur. Bu durumda TCK'nın 44. maddesi uyarınca fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.²¹¹

TCK'nın 42. maddesi uyarınca, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. TCK'nın 122. maddesinde yer alan nefret ve ayrımcılık suçu ağırlaştırıcı neden ya da unsur olarak başka bir suçun içerisinde yer almadığından, bileşik suç değildir. Dolayısıyla, suç kapsamında mağdurun bir hizmetten yararlanmasını engellemek için ayrıca cebir (TCK m.108) veya tehdit (TCK m.106) kullanılmışsa, bu suçlar bileşik suç şeklinde düzenlenmediğinden, failin bu suçlardan dolayı da gerçek içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılması gerekecektir.²¹² Yine, ayrımcılık suçunun aynı hareket ile vücut bütünlüğünün bozulmasına ve kasten yaralama suçunun işlenmesine sebebiyet vermesi halinde farklı görüşler bulunmakla beraber, kanun koyucunun diğer bazı başka suçlarda olduğu gibi gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına ilişkin özel bir düzenleme getirmemesi sebebiyle, TCK m. 44 uyarınca, kasten yaralama ve ayrımcılık suçu dikkate alınarak, en ağır ceza ile cezalandırılan suç esas alınıp ceza tayin edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.²¹³ Ancak fail, ayrımcılık suçuna ek olarak ayrıca kasten yaralama suçunu ayrı bir hareketle işlemişse, o takdirde gerçek içtima kurallarının uygulanması zorunludur.²¹⁴

Görüldüğü üzere, mevcut haliyle 122. madde esas itibariyle TCK'nın 106. ve 124. maddeleri arasında hürriyete karşı suçlar başlı-

²¹¹ Demren Dönmez, s.51.

²¹² Demren Dönmez, s.51; Öztürk, s.140.

²¹³ Demren Dönmez s.51; Serim, s.154;

²¹⁴ Demren Dönmez, s.51.

ğı altında düzenlenmiş, belli hürriyetlerin kullanılmasında ayrımcılık yapılmasını engellemeye, bu şekilde kamu düzenini ve toplumsal barışı sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Dolayısıyla mevcut düzenleme, nefret suçunun buraya kadar açıkladığımız dinamiklerine hitap etmekten uzak, karşılaştırmalı hukukta yer alan ve aktardığımız model ve sistemlerin hiçbirine uymayan bir düzenlemedir. Bu nedenle, sadece madde başlığına bakarak nefret suçlarının Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği sonucuna varmak mümkün değildir.²¹⁵

SONUÇ

“Nefret suçu” (*hate crime*) esas itibariyle bünyesinde birden çok suç tipini barındıran genel bir kavram olup nefret suçunu işleyenlerin temel saiki aslında nefretten çok önyargı (*prejudice*) ve ayrımcılığa (*bias*) dayanmaktadır

Nitekim, nefret söylemi ve suçu arasındaki ortak özellik ayrımcılık (*bias*) unsuruna dayalı kin, nefret, öfke veya önyargı duygusudur. Dolayısıyla ayrımcılık (*bias*) içeriği olmaksızın nefret söyleminden (*hate speech*), ayrımcılık ve şiddet içeren suç unsuru (*bias + base offence*) olmadan nefret suçundan (*hate crime*) bahsedilemez. Nefret suçunda, fail, mağdurun mensup olduğu veya mensup olduğunu düşündüğü gruba ait ayırt edici karakteristik özellikler sebebiyle mağduru hedef almakta, mağdurun hedef olarak seçilmesinde bu ayırt edici özellikler dışında bir sebep bulunmamaktadır. Bununla beraber, nefrete neden olduğu iddia edilen ve hukuk düzenince korunma altına alınması gereken ayırt edici karakteristik özellikler ülkelere göre farklılıklar gösterebilmektedir. Her ne kadar, korunması gereken karakteristik özelliklerin tespiti konusunda hukuki kaygılar ve görüşler ön plana çıksa da korunması gereken ayırt edici özelliklerin tespitinde tarihi ve siyasi gelişmelerin önemli rol oynadığı görülmektedir. Nitekim, ırk ayrımcılığıyla mücadele konusunda geçmişten günümüze kararlı bir tutu-

²¹⁵ Ersoy, 2018, s.115, 169; Kahraman, s.222. Yargıtay On Sekizinci Ceza Dairesi'nin 30.03. 2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K. sayılı kararı:

“TCK'nun 122. maddesinin başlığı “nefret ve ayrımcılık” suçu olarak belirtilmesine karşın TCK'da, yukarıda tanımlanan anlamda bağımsız olarak nefret suçu düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir. TCK'nun 122. maddesinin sadece nefret saiki ile işlenen ayrımcılık eylemlerini suç olarak düzenlediğini görmekteyiz”. www.corpus.com.tr. Erişim Tarihi,12.02.2024.

mun sergilenmesi sebebiyle, nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin esaslı bir bölümü ırk ayrımcılığıyla mücadele adı altında Amerika'da yürürlüğe konan düzenlemelerden oluşmaktadır. Yine, nefret söylemi kapsamında UEFA tarafından futbol taraftarlarına, kulüp yöneticilerine ve futbolculara uygulanabilecek yaptırımlarda ırkçılığın önlenmesi odaklı katı bir tutum sergilenmektedir. Ancak diğer ayırt edici özellikler bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Nefret suçları söz konusu olduğunda tartışmanın esasını, nefret suçunun başlı başına ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği, düzenlenecek ise bireyin hangi ayırt edici özelliklerinin hukuk düzenince korunma altına alınarak düzenleme yapılacağı, nefret saikinin nasıl ispat edileceği, nihayetinde nefret suçu kapsamında yapılacak düzenlemenin düşünceyi ifade özgürlüğüne orantısız bir sınırlama getirmeksizin ifade özgürlüğü ile nasıl uyumlu hale getirileceği oluşturmaktadır.

Nitekim, nefret söylemleri ve ifade özgürlüğünün sınırları kapsamında, Sözleşmenin temel değerlerini hükümsüz kılan nefret söylemleri söz konusu olduğunda, AİHM tarafından bu söylemlere ilişkin başvurular sözleşmenin kapsamından tamamıyla hariç tutulmakta, sözleşmenin 35/3 maddesi uyarınca "açıkça dayanaktan yoksun" sayılarak reddedilmektedir. Diğer nefret söylemleri ise Sözleşmede öngörülen şekilde sınırlanıp sınırlanmadığı hususunda denetlenmektedir. Ancak AİHM'in içerik incelemesi yapmaksızın kabul edilemez ve dayanaktan yoksun bulunduğu söylemlerin Yahudi Soykırımının inkârına (*Holocaust denial*) yönelik hususlar haricinde, kesin sınırlar içinde belirlendiğini söylemek mümkün değildir.

Nefret suçu kavramı 1 Haziran 2005 tarihinde mevzuatımıza ilk defa "ayırıcılık" suçu olarak girmiş, ardından 2.3.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanunun 15. maddesiyle "nefret ve ayırıcılık" suçu şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Ancak, TCK sistematığı açısından bakıldığında, nefret saikiyle işlenebilecek suçların kapsamı TCK'nun 122. maddesinde düzenlenen nefret ve ayırıcılık suçunun kapsamından daha geniştir. Bu bağlamda, mevcut haliyle 122. madde esas itibarıyla TCK'nun 106. ve 124. maddeleri arasında hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş, belli hürriyetlerin kullanılmasında ayırıcılık yapılmasını engellemeye, bu şekilde kamu düzenini ve toplumsal ba-

rışı sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Karşılaştırmalı hukukta yer alan model ve sistemlerin hiçbirine uymayan ve kendi içinde “ayrımcılığa dayalı nefret şeklinde” zıtlıklar barındıran bu düzenleme sebebiyle nefret suçlarının Türk Ceza Kanunu’nda düzenlendiği sonucuna varmak mümkün değildir.

Bu nedenle, daha önce de TBMM gündemine gelen Nefret Suçları Yasa Tasarılarının sonuçlandırılarak nefret suçları konusunda daha kapsayıcı düzenlemelerin yapılması, mevzuatta nefret söylemi ve suçuyla ilgili olarak yer alan tüm düzenlemelerin bir araya getirilerek tek bir kanunun kapsamına alınması, İngiltere’de uygulamaya konması tavsiye edilen nefret suçlarını izleme, istatistiki veri toplama, raporlama, kamu kurum ve kuruluşları ile diğer kuruluşlar arasında nefret suçlarıyla mücadele noktasında eş güdümü sağlama ve mağdurları destekleme görevlerini üstlenecek bir kamu kurumunun (*Hate Crime Commissioner*)²¹⁶ tayin edilmesi, görevli ve yetkili kılınması gerekmektedir. Halihazırda AGİT ve Avrupa Konseyi’ne karşı Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilen raporlama ve veri sunma faaliyetinin kalitesini de artıracak bu yaklaşım, ülkemizde giderek artan yabancı ve göçmen karşıtlığı sebebiyle yaşanabilecek olumsuzlukların da önüne geçecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Abacıoğlu Mehmet Atıl, Nefret Suçları Bağlamında Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK M. 122), Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020.
- Artuk, M. Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, TCK Şerhi, Özel Hükümler, 3. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Ataman Hakan, “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları içinde (Der. Yasemin AYTEKİN İnceoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.s.47-80.
- Bulut İlhan,“Nefret Saiki İle İşlenen Suçlar”, Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2014.
- Chakraborti Neil/Garland Jon, Hate Crime: Impact, Causes and Responses, (2nd ed), Sage, London, 2015.

²¹⁶ Law Commission, 2020, s. 502-515.

- Ercan İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler, 6 Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2011.
- Gerçeker Hasan, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. baskı, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2015.
- İnceoğlu Asuman Aytekin, "Nefret Suçu Kavramı ve Türk Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları içinde (Der.Yasemin Aytekin İnceoğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 103- 120.
- Law Commission, Hate Crime Laws : Consultation Paper, Law. Com. Consultation Paper 250, London, 2020. <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f/uploads/sites/30/2020/10/Hate-crime-final-report.pdf>, Erişim Tarihi,11.01.2024.
- Law Commission, Hate Crime Laws: Final Report, Law Com. No.402, 6 December 2021. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61ba053ed3bf7f055eb9b8cf/Hate-crime-report-accessible.pdf>. Erişim Tarihi,11.01.2024.
- Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, C. II., Yetkin, Ankara, 2013.
- OSCE, ODIHR, (Office for Democratic Institutions and Human Rights), Hate Crime Laws: A Practical Guide, Warsaw, Poland, 2009, <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>. Erişim Tarihi,11.01.2024.
- OSCE, ODIHR, (Office for Democratic Institutions and Human Rights), Hate Crime Reporting: United States of America, 2018, <https://hatecrime.osce.org/united-states-america> Erişim Tarihi,11.01.2024.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Meraklı Serkan/Bacaksız Pınar/Başbüyük İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Öztürk Nurten, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Parekh Bhikhu, Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory, (1st ed), Harward Univeristy Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- Serim Gökçe, Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020.
- The Leicester Hate Crime Project: Findings and Conclusions, Chakraborti Neil/Garland Jon/Hardy Stevie-Jade, University of Leicester, 2014, [file:///C:/Users/DR/Downloads/fcfullreport%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/DR/Downloads/fcfullreport%20(3).pdf). Erişim Tarihi,12.02.2024.
- The Leicester Hate Crime Project-Briefing Paper 4: Racist Hate Crime, Chakraborti Neil/Garland Jon/Hardy Stevie-Jade, University of Leicester, 2014, <https://le.ac.uk/hate-studies/research/the-leicester-hate-crime-project/our-reports/briefing-papers>. Erişim Tarihi, 12.02.2024.
- The Sussex Hate Crime Project: Paterson Jennifer/Walters Mark A./Brown Rupert/Fearn Harriet, Final Report, University of Sussex, 2018, https://sussex.figshare.com/articles/report/The_Sussex_Hate_Crime_Project_final_report/23454263, Erişim Tarihi,12.02.2024.

Waldron Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2012.

Yurtcan Erdener, *Ayrımcılık ve Nefret, Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar*, 4. baskı., İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014.

Yurtcan Erdener/ İrtiş Begüm, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Yetkin*, Ankara, 2023.

Makaleler

Aykutalp Gizem Kübra Özen, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", *NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021(2), s.419-452.

Barnes Arnold/Ephross Paul H. "The Impact of Hate Violence of Victims: Emotional and Behavioural Responses to Attacks", *Social Work*, 1994, C.39, S.3, s.247-251.

Bayraktar Köksal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", *YÜHFD*, 2016, Cilt: XIII, S.1, s.55-81.

Benier Kathryn, "The Harms of Hate: Comparing the Neighbouring Practices and Interactions of Hate Crime Victims, Non-Hate Crime Victims and Non-Victims", *International Review of Victimology*, 2017, C. 23, S.2, s.179-201.

Bleich Erik, "The Rise of Hate Speech and Hate Crime Laws in Liberal Democracies", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2011, C.37, S.6, s. 917-934.

Chakraborti Neil/Garland Jon, "Reconceptualizing Hate Crime Victimization Through the Lens of Vulnerability and 'Difference'", *Theoretical Criminology*, 2012, C.16, S.4, s.499-514.

Çelik Elif, "Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 4, S.2, s.205-240.

Demirbaş Timur, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.19, Özel Sayı, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, s.2693-2701.

Dönmez Burcu Demren, "Ayrımcılık Suçu", *TBB Dergisi*, 2012, S.102, s.9-58.

Dunbar Edward/Quinones Jary/Crevecoeur Desiree A., "Assessment of Hate Crime Offenders: The Role of Bias Intent in Examining Violence Risk", *Journal of Forensic Psychology Practice*, 2005, C 5, S.1, s.11-19.

Ersoy Uğur, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK M. 122)", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 34, 2017, s. 9-56.

Ersoy Uğur, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, S. 35, s.111-174.

Göktepe Hüseyin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret" *TAAD*, 2016, Yıl.7, S.25, s.169-211.

Gül Cengiz/Çakan Seher, "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", *ERÜHFD*, 2018, C. XIII, S. 1, s. 365-410.

Iganski Paul, "Hate Crimes Hurt More", *American Behavioral Scientist*, 2001, C.45, S.4, s.626-638.

Kahraman Recep, "Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayrımcılık Suçuna Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, C.27, S.1, s.216-238.

- Karan Ulaş, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S.73, s.146-173.
- Küzeci Elif, "AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 71, s.174-199.
- Mason Gail, "A Picture of Bias Crime in New South Wales", *Cosmopolitan Civil Societies*, 2019, C.11. S.1.s.47-66.
- McDevitt Jack/Levin Jack/Bennett Susan, "Hate Crime Offenders: An Expanded Typology", *Journal of Social Issues*, 2002, C.58, S.2, s.303-317.
- Memiş Pınar, Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, S. 2, s.69-82.
- Öner Mehmet Zülfü, "İngiltere Hukukunda Nefret Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 116, s.85-112.
- Ray Larry/Smith David/Wastell Liz, "Shame, Rage and Racist Violence", *British Journal of Criminology*, 2004, C.44, S.3, s.350-368.
- Roberts Colin/Innes Martin/Williams Matthew/Tregidga Jasmin/Gadd David, "Understanding Who Commits Hate Crime and Why They Do It", *Welsh Government Social Research*, no. 38, 2013, <https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/58880/1/understanding-who-commits-hate-crime-and-why-they-do-it-en.pdf>. Erişim Tarihi,12.02.2024.
- Sınar Hasan, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, C. 19, S.2, s. 1271-1300.
- Sibbitt Rae, "The Perpetrators of Racial Harassment and Racial Violence, Home Office Research Study, No 176, 1997.
- Türay Aras, "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler", *CHD*, 2014, Cilt:9, S.26, s.77-95.
- Uslu Cennet, "Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, S.38, s.185-202.
- Yaylalı Mustafa, "Nefret Suçu ve John Stuart Mill'in "Zarar Prensibi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.27, S.1, s.37-53.

Mahkeme Kararları

AİHM Kararları

- Belkacem v. Belgium, (no.34367/14), decision as to the admissibility, 27 June 2017.
- B.H, M.W, H.P and G.K. v. Austria, (no. 12774/87), decision of the Commission of 12 October 1989.
- Erbakan v. Turkey, (no. 59405/00), 6 July 2006.
- Féret v. Belgium, (no. 15615/07), 16 July 2009.
- Fragoso Dacosta v. Spain, (no. 27926/21), 8 June 2023.
- Garaudy v. France, (no. 65831/01), 24 June 2003.
- German Communist Party and Others v. Germany, (no. 250/57), 20 July 1957.
- Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands, (no. 8348/78, 8406/78), 11 October 1979.

- Honsik v. Austria, (no.25062/94), 18 October 1995.
Jersild v. Denmark, (no.15890/89), 23 September 1994.
Le Pen v. France, (no. 18788/09), 20 April 2010.
Lenis v. Greece, (no. 47833/20), 27 June 2023.
Marais v. France, (no. 31159/96), 24 June 1996.
M'bala M'bala v. France, (no. 25239/13), 20 October 2015.
Nachtmann v. Austria, (no, 36773/97), decision of the Commission of 9 September 1998.
Norwood v. The United Kingdom, (no.23131/03), 16 November 2004.
Otegi Mondragon v. Spain, (no.2034/07), 15 March 2011.
Pavel Ivanov v. Russia (no. 35222/04), decision as to the admissibility, 20 February 2007.
Perinçek v. Switzerland, (no.27510/08), 15 October 2015.
Roj Tv A/S v. Denmark, (no 24683/14), decision as to the admissibility, 17 April 2018.
Schimaneck v. Austria, (no. 32307/96), decision of the Court on the admissibility, 1 February 2000.
Seurot v. France, (no.57383/00), decision on the admissibility, 18 May 2004.
Soulas and Others v. France, (no. 15948/03), 10 July 2008.
Süreç v. Turkey (No. 1), (no. 26682/95), 8 July 1999.
Šimunić v. Croatia, (no.20373/17), 22 January 2019.
Vejdeland and Others v. Sweden, (no.1813/07), 9 February 2012.
W.P. and Others v. Poland, (no. 42264/98), decision as to the admissibility, 02 September 2004.
Williamson v. Germany, (no. 64496/17), 08 January 2019.
Zemmour v. France, (no. 63539/19), 20 December 2022.

Yargıtay Kararları

- Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi 12.06.2023 tarih ve 2021/11263 E., 2023/19698 K.
www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi,12.02.2024.
Yargıtay Onsekizinci Ceza Dairesi 30.03. 2016 tarih ve 2015/26353 E., 2016/6373 K.
www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi,12.02.2024.

Diğer Mahkeme Kararları

- DPP v Green [2004] EWHC 1225 (QB); The Times 7 July 2004.
DPP v Stoke-on-Trent Magistrates Court [2003] EWHC 1593 (Admin).
Dunn v The Queen [2007] NSWCCA 312 (Court of Criminal Appeal of NSW).
Howard [2008] EWHC 608 (Admin), [2008] All ER (D) 88 (Feb).
McFarlane [2002] EWHC 485 (Admin), [2002] All ER (D) 78 (Mar).
R v Dobson and Norris, Central Criminal Court, 4 January 2012.
R v Robinson [2004] NSWSC 465 (Supreme Court of NSW).

Rogers [2007] UKHL 8, [2007] 2 AC.
 Wisconsin v. Mitchell 508 US 476 (1993).
 Woods [2002] EWHC 85 (Admin).

Kanunlar

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.
 Crime and Disorder Act 1998.
 Criminal Justice Act 2003.
 Football (Offences) Act 1991.
 Football Spectators Act 1989.
 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.
 Public Order Act 1986.
 Sentencing Act 1991 (Vic).
 Sentencing Act 1995 (NT).
 Sentencing Code.

Diğer Hukuki Düzenlemeler

Factsheet-Hate speech, European Court of Human Rights, 2023, file:///f:/nefret%20su%c3%a7u/fact%20sheet%20echr%20hate_speech_eng.pdf. Erişim Tarihi,17.02.2024.

Türkiye Futbol Federasyonu Futbol Disiplin Talimatı. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/Talimatlar/Futbol-Disiplin-Talimati.pdf> Erişim Tarihi,17.02.2024.

UEFA Safety and Security Regulations. <https://documents.uefa.com/r/UPE0QDp~FJso7vSx8slqLQ/tf~PfqXJUJO7qddL~mr52w> Erişim Tarihi,17.02.2024.

UEFA Safety and Security Regulations, Annex A-UEFA's Ten-Point Plan on Racism (Article 45.04). <https://documents.uefa.com/r/UPE0QDp~FJso7vSx8slqLQ/US155Vg5ARw0kCXh5v8RAA> Erişim Tarihi,17.02.2024.

UEFA Safety and Security Regulations, Annex B-European Football United Against Racism Resolution (Article 45.05a). <https://documents.uefa.com/r/UPE0QDp~FJso7vSx8slqLQ/3yPwPLrlhPkb1vGvYaxXA> Erişim Tarihi,17.02.2024.

UEFA Safety and Security Regulations, Annex C-Guidelines for Match Officials in cases of Racist Behaviour in Football Stadiums (Article 45.05b). https://documents.uefa.com/r/UPE0QDp~FJso7vSx8slqLQ/lkexux0yxh_1N17TWEs1Ww Erişim Tarihi,17.02.2024.

UK Home Office, Government response to recommendation on hate crime laws, Government response to recommendation 8 of the Law Commission's final report on hate crime laws, Presented to Parliament pursuant to section 72(1) of the Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022, April 2023. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/644666d3814c6600c8d04e2/E02893330_Gov_Resp_Law_Commission_Hate_Crime_Web_Accessible.pdf. Erişim Tarihi,17.02.2024.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇU

ILLEGAL ABORTION AND MISCARRIAGE CRIME IN TURKISH PENAL CODE

Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU*

Özet: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımının "Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma" başlıklı Beşinci Bölümünde düzenlenen "Çocuk Düşürtme ve Düşürme" suçu, öncelikle rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişiyle (m.99/1), tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişiyle (m.99/2); daha sonra da gebelik süresi on haftadan fazla olan ve çocuğunu isteyerek düşüren kadını (m.100/1) cezalandırmaktadır. Ancak, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, yirmi haftayı aşmayan gebeliğin, kadının rızasıyla, uzman hekimler tarafından ve hastane ortamında sona erdirilmesinin cezalandırılmayacağı hükmü (m.99/6) de getirilmiştir.

Çocuk düşürtme ve düşürme suçu, öncelikle, ana rahmine yerleşmiş cenin yaşama hakkını korumayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte, bu suçlarda, kadının vücut dokunulmazlığı ve kendi geleceğini tayin etme hakkı da korunmaktadır. Cenin, doğana kadar kadından bağımsız değildir. Bu nedenle, ceninin yaşama hakkıyla, kadının vücut dokunulmazlığı üzerindeki tasarruf etme ve kendi geleceğini tayin etme haklarının çatışması söz konusu olmaktadır. Tüm hukuk sistemlerinde ceninin yaşama hakkı ile kadının gebelik ve anneliğe ilişkin tercihi arasında adil bir denge kurmak zorunluluğu ile karşılaşmıştır.

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çocuk düşürtme ve düşürme suçları ele alınarak incelenmiş, suçun tarihsel gelişimi ve etik ve dini boyutu ile kanuni unsurları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme, Cenin, Gebeliğin Sonlandırılması, Yaşama Hakkı

* Dr. Öğr. Üyesi, Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, drcengiztopelciftcioglu@gmail.com, ORCID: 0009-0008-1956-6924, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.04.2024, Kabul Tarihi: 23.05.2024

Abstract: The crime of “Abortion and Miscarriage”, which is regulated in the fifth chapter titled “Abortion, Miscarriage or Sterilization” of the second part of the second book titled “Crimes Against Persons” of the second book of the Turkish Penal Code No. 5237, is primarily penalizes the person who causes a woman to miscarry her child without her consent (art. 99/1), as well as the person who performs an abortion on a woman with her consent when there is no medical necessity and the pregnancy period exceeds ten weeks (art. 99/2). It also penalizes the woman who voluntarily miscarries her child when the pregnancy period is more than ten weeks (art. 100/1). However, it also provides that if a woman becomes pregnant as a result of a crime of which she is the victim, the termination of the pregnancy, which does not exceed twenty weeks, with the consent of the woman, by specialist physicians and in a hospital environment, will not be punished (art. 99/6).

The crime of abortion and miscarriage primarily aims to protect the right to life of the fetus settled in the mother's womb. However, in these crimes, women's physical immunity and their right to self-determination are also protected. The fetus is not independent from the woman until it is born. For this reason, there is a conflict between the fetus's right to life and the woman's right to dispose of her bodily immunity and her right to self-determination. In all legal systems, the necessity of establishing a fair balance between the fetus's right to life and the woman's choice regarding pregnancy and motherhood has been encountered.

In this study, the crimes of abortion and miscarriage regulated in the Turkish Penal Code were examined and the historical development of these crimes, their ethical and religious dimensions, and their legal elements were emphasized in detail.

Keywords: Abortion, Miscarriage, Fetus, Termination of Pregnancy, Right to Life

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı kısmı altında çocuk düşürtme (m.99) ve çocuk düşürme (m.100) suçları düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu suçlar 765 sayılı eski TCK'nın 468 ilâ 470. maddelerinde cezai yaptırıma bağlanmıştır. Eski TCK'daki bu hükümler 1933, 1936, 1953, 1965 yıllarında değiştirilmiştir.¹ Nihayet 24.05.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) çıkarılmıştır. NPHK'nın, 5237 sayılı yeni TCK ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı eski TCK'da değişiklik yapan hükümleri dışındaki

¹ Salih Oktar, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m.99-100), 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, Ankara, 2016, s.1-3.

diğer hükümleri halen yürürlüktedir.² NPHK'nın 2. maddesinde, nüfus planlaması "fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları" olarak tanımlanmıştır. NPHK, gebeliğin önlenmesi ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin esasları düzenlemiş olup, gebeliğin hukuka uygun surette sona erdirilmesinin şartları ve yöntemini de belirlemiştir.³

Çocuk düşürtme ve düşürme suçları, özellikle son zamanlarda kürtaja ilişkin tartışmalarla gündeme taşınmış ve toplumun geniş kesimlerinin ilgi odağı haline gelmiştir. Bu kapsamda, yürürlükteki mevzuat hükümlerinin hukuki değerlendirmesinin ötesinde; sosyal, siyasal, ekonomik, dini, ahlaki ve diğer pek çok perspektiften tartışılmıştır.⁴

NPHK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasında, "gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir" hükmüne yer verilmiştir. Ancak, aynı maddenin ikinci ve beşinci fıkralarında ise, "gebelik süresi, on haftadan fazla olduğu takdirde tıbbi gereklilikle rahmin tahliye edileceği" belirtilmiştir. Kanun'un gebeliğin hukuka uygun surette sona erdirilmesine ilişkin bu düzenlemesi, "süre modeli" ve "tıbbi endikasyon (tıbbi gereklilik)" modeli olarak anılmaktadır.⁵ Bu duruma, 5237 sayılı TCK'nın bu suçlara ilişkin düzenlemesiyle "kriminal endikasyon" da eklenmiştir.⁶

Çocuk düşürtme suçu ile çocuk düşürme suçunun ele alındığı bu çalışmada, gereksiz tekrarlardan kaçınmak amacıyla, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçu, aynı başlık altında ve birbirine paralel olarak anlatılmıştır.⁷

² Ahmet Osta, *Çocuk Düşürtme Suçu: TCK m. 99, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022, s.15-17; Oktar, s.1-2.*

³ Serap Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *MÜHFHA Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Y.2013, C.19, S.2, s.166; Hüseyin Ertuğrul, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.6, S.2, Temmuz 2016, s.362.

⁴ Candan Yılmaz, *Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.26-28.

⁵ Yılmaz, s.33-38.

⁶ Yılmaz, s.40.

⁷ Bu makale, araştırma ve yayın etiği ilkelerine uygun olarak yazılmıştır.

I- SUÇA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE İLKELER İLE SUÇUN TARİHÇESİ, ETİK VE DİNİ BOYUTU

A. Suça İlişkin Temel Kavram ve İlkeler

1. Çocuk Düşürtme ve Düşürme Kavramı

5237 sayılı yeni TCK, çocuk düşürtme (m.99) ve çocuk düşürme (m.100) suçunu ana hatlarıyla 765 sayılı eski TCK'daki gibi düzenlemiş bulunmaktadır. Bu suçlar günlük dilde ve öğretilerde geniş anlamda çocuk düşürme kavramı olarak anılmaktadır.⁸

TCK'da m.99 ve m.100'de her ne kadar suçun konusu olarak çocuktan söz edilmiş ve anılan maddelerde çocuk düşürtme ve çocuk düşürme ifadelerine yer verilmiş ise de bu suçlar bakımından "çocuk" kavramı cenini ifade etmektedir.⁹ Cenin kavramı da döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden doğumuna kadar gelişim sürecindeki insan oluşumunu ifade eder.¹⁰ TCK'nın 6. maddesinde de çocuk kavramı "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, çocuk öldürme suçu da kasten insan öldürme suçunun nitelikli hali olarak TCK m.82/1-e'de düzenlenmiştir. Hem TCK'nın çocuğa ilişkin tanımı hem de çocuk öldürme suçunda "çocuk" kavramının "doğmuş çocuğu" ifade etmesi sebebiyle, çocuk düşürtme ve düşürme suçunda ifade edilen çocuk kavramı ana rahmine yerleşmiş ancak henüz doğmamış çocuğa işaret etmektedir.¹¹

TCK, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları deyimini kullanarak, suçları failine ve işleniş şekline göre ayrı suç tipleri olarak düzenlemiş ve aralarındaki farkı düşürtmek ve düşürmek olarak belirtmiştir. Ayrıca, düzenlemedeki, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiilleri; iradi olarak işlenmesi ve düşük fiilinin kendiliğinden veya istenmesizin gerçekleşmesi sebebiyle suç kapsamının dışında bırakılmış olması bakımından, bir haksızlık değer yargısını da içermektedir. TCK'da çocuk düşürtme veya çocuk düşürme, ana rahmindeki ceninin doğal

⁸ Eralp Özgen, Çocuk Düşürme, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları No.1, Sevinç Basımevi, Ankara, 1974, s.471.

⁹ Oktar, s.5-7.

¹⁰ Yılmaz, s.3-4.

¹¹ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.371-372.

gelişimine müdahale edilerek, kasten ana rahminde öldürülmesi ya da ceninin ölümüne sebebiyet vermek amacıyla vaktinden önce rahimden tahliyesini ifade etmektedir. Öğretide bu suçlar “cenini öldürme”, “çocuk düşürme” suçları veya kadının rızasıyla çocuğunu düşürtmesi halinde de “çocuk aldırma” olarak anılmaktadır.¹²

Nihayet, İslam Hukukunda çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiillerine “iskat-ı cenin” denilmekte iken Batı Hukukunda ise Latince olarak “abortus criminalis” denilmiştir.¹³

2. Cenin, Fetüs ve Embriyo Kavramları

Cenin ve embriyo kavramları mevzuatta açık bir tanıma kavuşturulmamıştır; ancak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ile kanuni koruma altına alınmıştır. Buna göre, TMK m. 28’de çocuğun, tam ve sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazanacağına işaret edilmiştir.¹⁴ Arapça “gizlemek, saklamak, gizli olmak” anlamına gelen ve “cenne” kökünden türeyen cenin kavramı,¹⁵ döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden doğumuna kadar ki sürecin tamamını niteleyen genel ve yaygın bir deyimini ifade eder.¹⁶ Bu kavram bazı kaynaklarda “muhtemel birey” olarak da nitelendirilmiştir.¹⁷ Cenin, ana rahmindeki gelişim aşamalarına göre bir çok isim almaktadır. Buna göre, döllenmiş yumurta “zigot”, fallop kanalından rahme ulaşan hücre kümesi “blastocyte”, bu aşamadan sekizinci haftaya kadar olan dönem “embriyo” ve sekizinci haftadan sonrası ise “fetüs” olarak adlandırılır.¹⁸ TCK bu aşamalardaki kavramlar üzerinde

¹² Yılmaz, s.8.

¹³ Oktar, s.6-8.

¹⁴ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s.19; Muhammet Hamza Muş, *Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.20-21.

¹⁵ Recep Doğan, “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”, *TBB Dergisi*, 2016 (127), s.74.

¹⁶ Burcu Dönmez, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili”, *DEÜHF Dergisi*, İzmir 2007, C.9, S.2, s.104.

¹⁷ Cengiz Topel Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, 2012 (103), s.162; Yılmaz, s.4.

¹⁸ Rani Kumar, *Textbook of Human Embryology*, International Publishing House, New Delhi, 2008, s.25.

durmamış, doğrudan cenini esas alarak ceninlik döneminin başlangıcı ve sona ermesi üzerinde durmuştur. Buna karşın, Kanun'da bu döneme ilişkin açık bir tanım da yapılmamıştır.

Öte yandan, ceninin hukuki statüsü de tartışmalıdır. Bu kapsamda, öğretide, ceninin hukukun öznesi olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Öğretide bir görüş, cenin ile doğmuş kişi arasında mutlak bir fark bulunduğunu kabul etmekte, buna göre, cenini bir eşya gibi ya da gebe kadının bir parçası olarak görmekte, ancak müstakbel bir insan olarak görmemektedir. Bu bakımdan, ceninin hak sahibi olamayacağını, başka şeylere ya da gebe kadının vücudunun diğer organlarına ilişkin hukuki düzenlemelere tabi tutularak hakların nesnesi haline getirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁹ Buna karşın, öğretide ikinci bir görüş de cenin ile doğmuş kişiyi mutlak surette eşit tutarak ceninin kişisel ve devredilmez haklara sahip olduğunu kabul etmektedir.²⁰ Nihayet öğretide bu iki görüşü birleştiren üçüncü görüş de ceninle doğmuş kişi arasında bir farklılık gözetmekle birlikte cenini insan varlığına dahil etmekte, ancak doğum anına kadar insan ya da kişi olarak kabul etmemektedir. Bu görüşe göre cenin, hukukun nesnesi değil, öznesi olarak kabul edilmelidir. Buna karşın, cenin, doğmuş kişiye göre daha az hukuki korumadan yararlanmalıdır.²¹ Kanımızca, öğretideki her iki görüşü birleştiren bu üçüncü görüş, daha isabetli görünmektedir.

Ceninin kişilik haklarına sahip olup olmadığı konusunda, 1982 Anayasası'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır; zira Anayasa'da temel hak ve özgürlükler düzenlenirken "herkes" ibaresi kullanılmaktadır. Bu ibarenin cenini kapsayıp kapsamadığı ise belirtilmemiştir.²²

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkından da "herkesin" yararlanacağına işaret edilmiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

¹⁹ Yılmaz, s.9.

²⁰ Yılmaz, s.10; Güneş Okuyucu Ergün, "Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. II, Ankara 2015, s.823.

²¹ Ahmet Gökçen/Murat Balcı, "Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)", *MÜHFHA Der-gisi*, C. 17, S.1-2, s.101-102; Okuyucu Ergün, s.823.

²² Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.107 vd.

ceninin de yaşamın korunması hakkından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda tavır almaktan kaçınmıştır.²³ Mahkeme, henüz doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında kişi sayılıp sayılmayacağı sorusuna soyut bir cevap vermenin arzu edilen bir durum olmadığını, bunun aslen mümkün de olmadığını belirtmiştir. Bu suretle Mahkeme, somut olayda gebeliğin sonlandırılmasının 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur. Mahkeme, sonuçta, yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunduğuna işaret etmiştir.²⁴

3. Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Rahim Tahliyesi, Kürtaj ve Düşük Kavramları

NPHK'nın 5. maddesinin birinci fıkrasında, "gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir" hükmüne yer verilmiştir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi

²³ Çiftcioğlu, Yaşama Hakkı, s.162.

²⁴ AİHM Büyük Dairesi 08.07.2004 tarihli Vo/Fransa kararında, "cenine zarar verme olayının Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında bir suç olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceğini tartışmıştır. Karara konu olayda, rutin bir check-up işlemi için hastaneye giden ve altı aylık hamile olup Fransızca konuşamayan başvurusunun, hastane personelinin hastaların soyadlarını karıştırması sebebiyle başka ile karıştırılmış, gerekli tetkikler yapılmadan girişilen hatalı müdahale sonucunda da ileriki bir tarihte çocuğunu öldürmek zorunda kalmıştır. Ulusal hukukta başvuru, doktorlara karşı adam öldürme davası açmamıştır, zira Fransız Hukukuna göre, ceninin, öldürme suçunun mağduru olması mümkün değildir. Burada, Mahkeme, ceninin yaşama hakkından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Ancak, mahkemeye göre, bu konuda söylenebilecek en fazla şey, ceninin devletler bakımından insan ırkından sayıldığıнын ortak bir nokta olmasıdır. Ceninin potansiyeli ve bir insan olabilme yeteneği onun insan onuru adına korunmasını gerektirmektedir. Fakat bu durum onu Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşam hakkına sahip bir 'kişi' yapmaz. Mahkemeye göre, yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır. Nihayet Mahkeme, somut olayda gebeliğin sonlandırılmasının 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur. Ayrıca, Mahkeme'ye göre, Fransız Hukuku, bu olaylara karşı yeterli korumayı sağlamaktadır". Dolayısıyla, Mahkeme, ceninin yaşama hakkına sahip bir 'kişi' sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut ve genel bir cevap vermekten ısrarla kaçınmıştır (Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.104-105; Dönmez, s.139; Çiftcioğlu, Yaşama Hakkı, s.162).

ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te²⁵ (bundan sonra kısaca "Tüzük" olarak anılmıştır) de rahim tahliyesi kavramı kullanılmıştır. Tüzük'ün 2. maddesinde rahim tahliyesi deyiminin, gebeliğin sonlandırılmasını ifade edeceği belirtilmiştir. Ancak, bu kavramların tatmin edici bir tanımına yer verilmemiştir. Bu itibarla, öğretilde, gebeliğin sonlandırılması, "ana rahminde canlı, gelişimini sürdüren çocuğun anne ile yaşam bağının koparılarak cenini yaşatma amacı olmaksızın müdahaleyle rahimden ihraç edilmesi" olarak tanımlanmaktadır.²⁶ NPHK ve Tüzük hükümleri, bazı şartlarla gebeliğin sonlandırılmasına izin vermiş; öngörülen gebelik süresi içinde ve kadının isteğine bağlı olarak tıbbi zorunluluk sebebiyle ve tıbbi yollardan rahim tahliyesini düzenlemiştir. Hukukun gebeliğin sonlandırılmasına izin verdiği hallerde bu fiil suç niteliği taşımamaktadır.²⁷

Kürtaj kavramı Fransızca "curetage" sözcüğünden gelmekte olup,²⁸ bu kavram Türk Dil Kurumu sözlüğünde, "vücutta boşluklar içinde bulunan yabancı cisimleri, hasta veya zararlı sayılan dokuları kazıyarak alma; kazıma, küretaj ve döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi" olarak tanımlanmıştır.²⁹ Bazı kaynaklarda fetüsün uterusun dışında yaşama yeteneğini kazanmadan tahliyesi için kürtaj ile eş anlamlı olarak "düşük" deyimini kullanılmış; düşük fiili de herhangi bir müdahale olmadan sonlanan gebelikler bakımından "kendiliğinden düşük", müdahale ile sonlandırılan gebelikler bakımından da "isteyerek düşük" olarak adlandırılmıştır.³⁰ Embriyo veya fetüsün gebeliğin ilk yarısında uterus dışına çıkması olarak bilinen düşükte, primer olarak embriyo veya fetüsün yaşamını sonlandırmayı amaçlamayan dış etkenlerle, gebe kadın veya embriyo ya da fetüs bakımından tehlike yaratan bir hastalık söz konusu olmaktadır.³¹ Bu nedenle düşükte, doğal sebepler (genetik anormallikler, hormonal dengesizlikler, rahim içi enfeksiyonlar gibi) ya da öncelikli olarak embriyonun yaşamını son-

²⁵ 18.12.1983 tarihli ve 18225 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁶ Yılmaz, s.4.

²⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rifat Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku; 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.378-379.

²⁸ Doğan, s.77.

²⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, ET. 16.03.2024.

³⁰ Yılmaz, s.7-8.

³¹ Kumar, 25.

landırmayı amaçlamayan dış etkiler mevcutken, kürtajda ise bunun tam tersine, uterusun içindeki ceninin yaşamını sonlandırmayı amaçlayan bir dış etki mevcuttur. Zira, kürtajdaki ilk amaç uterustaki ceninin yaşamını sonlandırmaktır.³²

Nihayet, kamuoyunda, “çocuk aldırma” olarak bilinen kürtaj, tıbbi olarak “gebeliğin sonlandırılması” dışında başka amaçlarla da sıkça uygulanan bir yöntemdir. Teşhis veya tedavi amaçlı olarak, rahim içinden doku alma işlemleri tıp literatüründe kürtaj olarak adlandırılmaktadır. Hatta bazen, vücudun başka organlarından da kazıyarak yapılan bazı operasyonlar bakımından yine aynı kavram kullanılmaktadır.³³

B. SUÇUN TARİHÇESİ İLE ETİK VE DİNİ BOYUTU

1. Suçun Tarihçesi

İnsanlığın tarihsel gelişimi içerisinde, gebelikten korunma ve istenmeyen gebeliğin sonlandırılması fiilleri, neredeyse insanlık tarihi kadar eskilere uzanmaktadır. İkel Ceza Hukuku döneminde, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerine rastlanmakta olup, bu fiillerin de giderek daha hafif cezalandırılması yönünde bir gelişme kaydedilmemiştir. Başka bir deyişle, bu fiillere ilişkin düzenlemelerin liberalleşmesi yönünde bir gelişmeye de rastlanmamıştır.³⁴

Orta Çağ Ceza Hukuku'nda ise çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin yasaklandığına ilişkin olarak İncil'de açık bir hüküm bulunmamasına karşın, bu fiiller yasaklanmıştır. Ancak, Orta Çağ'da bu fiiller genellikle devletler tarafından suç sayılıp cezalandırılmamış, bu fiillere karşı yaptırım uygulanması kiliseye bırakılmıştır. Kilise Hukukunda ise doğmamış çocuğun öldürülmesi cinayet olarak kabul edilmiştir.³⁵

Yeni Çağ Ceza Hukuku'nda da ceninin ruha kavuşmasından sonra düşürülmesini cezalandıran Kilise Hukuku yaklaşımı, Carolina

³² Oktar, s.8-10.

³³ Tezcan/Erdem/Önok, s.375-377.

³⁴ Oktar, s.55.

³⁵ Oğuzhan Türe, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Gebeliğin Sonlandırılması, 1. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2020. s.7 vd.; Hüseyin Ertuğrul, Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.31-33.

Ceza Kanunu'nun 133. maddesinde düzenlenen çocuk düşürme suçuna ilişkin hükmüne de yansımıştır. Bu Kanun'a göre, anne karnında canlanmış ceninin düşürülmesi fiili için ölüm cezası öngörülmüştür. Ceza, erkeklerde kılıçla, kadınlarda da suda boğmak suretiyle infaz edilmiştir.³⁶

Modern Ceza Hukuku'nda ise özellikle 1932 yılında ve sonrasında Federal Almanya'da çocuk düşürtme ve düşürme fiillerine ilişkin yasağın kaldırılarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi yönündeki taleplerde bir artış olmuştur. Daha sonra, 14.07.1933 tarihinde Nasyonal Sosyalizm ideolojisinin etkisiyle, Irsi Hastalıklardan Neslin Korunması Kanunu çıkarılmıştır.³⁷ Bu Kanun'a dayanılarak kişilerin rızasına aykırı kısırlaştırma ve gebeliğin sonlandırılması uygulamasına gidilmiştir. Bu dönemde, çocuk düşürtme ve düşürme fiili, ırkın varlığı ve neslin sürdürülmesi aleyhine bir suç olarak varlığını korumuştur. Ancak 09.03.1943 tarihli bir Kararnameyle Yahudi asıllı ve Doğulu işçiler bu yasak kapsamı dışında tutulmuştur. Böylece, tıbbi zorunluluklar yanında, öjenik endikasyonlar da kabul edilmiştir.³⁸

Almanya'da süreye bağlı çözüm ilk olarak 1974 tarihli 5. Ceza Hukuk Reform Kanunu ile kabul edilmiştir. Buna göre, gebeliğin başlangıcından itibaren on iki haftayı aşmayan hallerde istem üzerine, gebeliğin tıbbi yollarla sonlandırılmasına izin verilmiştir. Bu süreden sonra da tıbbi gereklilik ve embriyoya ilişkin patolojik sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına imkân tanınmıştır.³⁹

Öte yandan, İslamiyet'in kabulünden önce Türk toplumlarında çocuk düşürtme ve çocuk düşürme fiillerinin suç sayıldığına ilişkin bir bilgiye rastlanılmamaktadır. İslamiyet'in kabulünden sonra Türklerde de İslam Ceza Hukuku uygulanmıştır. İslam Hukukunda iskati-cenin olarak adlandırılan⁴⁰ çocuk düşürmeye ilişkin olarak Kuran'da açık bir ayet bulunmamaktadır. Buna karşın İslam Hukukunda bu fiil-

³⁶ Oktar, s.64-68.

³⁷ Oktar, s.69-72.

³⁸ Nuran Aytemur Sağıroğlu, "Öjeni ve Sağlam Bedenlilik", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S.30, Aralık 2020, s.127.

³⁹ Dilek Özge Erdem "Çocuk Düşürtme Düzenlemesi", *AÜHFHD*, S.65, Aralık 2016, s.1642.

⁴⁰ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s. 364; Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, www.islamansiklopedisi.org.tr, ET. 23.03.2024.

ler iskatı-ı cenin adı altında suç sayılarak cezalandırılmıştır. Ancak, bu suç, ceninin insan olarak nitelendirilmemesi nedeniyle insan öldürme suçunun kapsamı dışında bırakılmıştır.⁴¹ İslam Hukukunda iskatı-ı cenine ta'zir, gurre, diyet, kefaret yaptırımları uygulanmıştır.⁴²

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan 1965 yılında 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun çıkarılıncaya kadar geçen dönemde, Birinci Dünya Savaşının ve Kurtuluş Savaşının yarattığı ağır kayıp ve yıkımlar, ülkenin savunma gereksinimi, gerekli insan gücünün yetersizliği gibi sebeplerle nüfusu arttırmaya yönelik uygulanan nüfus politikası gereği, gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır.⁴³ Söz konusu bu yasak, 765 sayılı eski TCK ve 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile düzenlenmiştir. Çocuk düşürme ve düşürme suçlarını düzenleyen 765 sayılı TCK'nın hükümleri 1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanun'la ve 1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle bu suçlara ilişkin cezalar ağırlaştırılmıştır.⁴⁴

1960'lı yıllara gelindiğinde Dünya'da yayılmakta olan gebeliği isteyerek sonlandırma kanunlarının liberalleştirilmesi anlayışı Türkiye'ye de yansımıştır. Bu gelişmelerden sonra, 1965 yılında 555 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun kabul edilmiş, bu Kanun'la tıbbi zorunluluk bulunması halinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Bu suretle gebeliğin sonlandırılması TCK dışında düzenlenmiştir. Nihayet, 24.05.1983 tarihli ve 2827 sayılı NPHK ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tüzük ve Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği ile gebeliğin sonlandırılması belli şartlar altında suç olmaktan çıkarılmıştır.⁴⁵

2. Suçun Etik ve Dini Boyutu

Suçun etik boyutunu değerlendirmeden önce etik kavramına değinmekte fayda bulunmaktadır. Etik, Yunanca "ethos" sözcüğünden

⁴¹ Sünnet kaynaklarında Hazreti Peygamber'in bu fiile sebebiyet veren kişiye "gurre" (köle veya cariye) verilmesine hükmettiği aktarılmaktadır (Avcı, Mustafa; Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, s.158-160).

⁴² Avcı, s.158-160; Doğan, s.76.

⁴³ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.365.

⁴⁴ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.366.

⁴⁵ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.366-368.

gelir ve teorik ahlak olarak da bilinir.⁴⁶ Bu nedenle, etik, insan davranışlarını soyut olarak inceleyen düşünsel bir faaliyettir. Bu yönüyle insan davranışlarını belirleyen toplumsal ve somut kurallar bütününden ibaret olan ahlak kavramından ayrılır.⁴⁷

Kadının gebeliği sonlandırmayı tercih etme hakkına ilişkin farklı felsefe geleneklerini temsil eden ahlaki öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Buna göre, geleneksel -muhafazakâr anlayışta, gebeliğin başlangıcından itibaren ceninin yaşamına son verilmesi bir insanın öldürülmesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle bu görüş, gebeliğin sonlandırılmasına her şart altında karşıdır. Bu görüşü Katolik Kilisesi temsil etmektedir.⁴⁸ Buna karşın, ceninin anne karnında hareketlenmeye başlamasını ölçü alan bir diğer görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre cenin, anne karnında hareketlenmeye başlamasıyla kişilik kazanır. Dolayısıyla, bu aşamadan sonra gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahaleler ahlaken kabul edilmemiştir. Öte yandan, gebeliğin sonlandırılmasının kadının istemine bağlı olarak serbest bırakılması gerektiğini ileri süren liberal görüşler de bulunmaktadır.⁴⁹ Bu görüşler, kadının kendi bedeni, üremesi ve müstakbel anneliği üzerinde karar verme hakkının bulunduğunu savunurlar. Bireyci veya feminist bir anlayıştan hareket eden bu görüşler en liberal yaklaşımı benimsemişlerdir. Nihayet, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ılımlı liberal görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler de ceninin yaşama hakkı ile gebe kadının karar ve tercih hakları arasındaki çatışmanın dengelenmesi gerektiğini savunurlar.⁵⁰ Modern Ceza Hukukunda, gebeliğin sonlandırılmasını belli şartlar altında mümkün kılan ve suç olmaktan çıkaran kanuni düzenlemeler, ılımlı liberal görüşleri esas almışlardır.⁵¹

Dinlerin gebeliğin sonlandırılmasını yasakladığı yönünde genel bir anlayış bulunmaktadır. Ancak çoğu dinde bu konu ciddi olarak tartışılmaktadır. Buna göre, İncil'de çocuk düşürtme ve düşürmeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Katolik Kilisesi-

⁴⁶ Polat Tunçer, "Medikal Etik ve Türk Ceza Kanunu", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y.5, S.58, Kasım 2017, s.203-204.

⁴⁷ Tunçer, s.204.

⁴⁸ Ertuğrul, *Çocuk Düşürtme*, s.31-33.

⁴⁹ Yılmaz, s.9-11.

⁵⁰ Ertuğrul, *Çocuk Düşürtme*, s.1.

⁵¹ Ertuğrul, *Çocuk Düşürtme*, s.1-3.

ne göre, soyu sürdürme amacı taşımayan cinsel ilişki, gebeliğin önlenmesi ve dolayısıyla çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri yasaktır.⁵² Bu fiilleri gerçekleştirme, çocuk öldürme kabul edilir. Protestan Kilisesinde ise gebeliğin, kadının yaşamı ve sağlığını tehlikeye düşürmesi, ceninde gelişim bozukluğu bulunması, kriminolojik-ahlaki endikasyonlar ve sosyo-ekonomik sebeplerle süreye bağlı olarak sonlandırılması kabul edilmektedir.⁵³

İslam dininde ise gebeliğin ilk dört ayında embriyo halindeki çocuğun düşürülmesine şartsız veya bazı şartlarla izin verilmektedir. Bu aşamada ceninin organları oluşmadığından et parçası ve kan pıhtısı sayılmaktadır. Gebeliğin sonraki aşamalarında çocuk düşürme ise cinayet olarak kabul edilmiştir.⁵⁴ Ancak, cenin, insan niteliğini kazanmadığından insan öldürme suçu oluşmayıp iskat-ı cenin suçunun olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu suçu işleyenler, tazmini para cezası (gurre, diyet, ta'zir) ile cezalandırılmıştır.⁵⁵

II- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇU

A. İngiltere

İngiltere'de çocuk düşürme suçları 1861 tarihli Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁶ Bu Kanun'da, gebe kadının hukuka aykırı olarak zehir ya da sair zararlı madde kullanmak veya sair vasıta ve yöntemlere başvurmak suretiyle çocuğunu düşürmeye teşebbüs etmesi halinde cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir.⁵⁷ Ayrıca, gebe olsun ya da olmasın, bir kadına çocuk düşürtmek amacıyla zehir veya sair zararlı madde veren veya bunları almasını sağlayan ya da sair hukuka aykırı vasıta ve yöntemler uygulayan kişinin cezalandırılacağı da belirtilmiştir. Her iki halde de suçun gerçekleşmesi için çocuğun düşmesi neticesinin doğması aran-

⁵² Esat Kılıçer, "İslamda Aile Planlaması", *AÜİF Dergisi*, Y.1981, C.XXIV, S.1-2, s.491-492.

⁵³ Kılıçer, s.492.

⁵⁴ Ertuğrul, *Çocuk Düşürme*, s.363.

⁵⁵ Doğan, s.76; Avcı, s.158-160.

⁵⁶ Muş, s.52-53.

⁵⁷ Oktar, s.112; Ertuğrul, *Çocuk Düşürtme*, s.41.

mamaktadır.⁵⁸ Buna karşın kadın, gebe olduğunu sanarak bu fiili gerçekleştirse cezalandırılmamaktadır.⁵⁹

Nihayet, fiilin çocuk düşürmek kastıyla işlenmesi gerekir. Bu suçun işlenebilmesi için döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesi şarttır. Döllenmiş yumurtanın ilaç ya da sair vasıtalarla rahme tutunmasının engellenmesi halinde bu suç oluşmamaktadır.⁶⁰

B. Almanya

Çocuk düşürtme ve düşürme fiili Alman Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir (§218). Alman Ceza Kanunu'na göre on iki haftayı aşmayan gebeliğin hekim tarafından kadının rızasıyla ve müdahaleden en az üç gün önce aydınlatılmış olması şartıyla,⁶¹ sona erdirilmesi cezasızlık sebebidir.⁶² Yine gebeliğin kadının yaşamını, ruh ve beden sağlığını tehlikeden korumak amacıyla hekim tarafından sona erdirilmesi hukuka uygundur.⁶³ Bu durum, Alman Ceza Kanunu §218a/f.3 uyarınca kadının mağduru olduğu bir cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması bakımından da geçerlidir.⁶⁴

C. Fransa

1975 yılına kadar Fransız Ceza Kanunu'nun 317. maddesi, çocuk düşürtme ve düşürme fiillerini yasaklamıştır. 1975 yılında yapılan Kanun değişikliğiyle gebelik sebebiyle kadının çaresi bulunmayan bir mutsuzluğa düşmesi hâlinde, gebeliğin sonlandırılması amacıyla hekime başvurabileceği, ancak kürtajın yapılabilmesi için gebeliğin on haftayı aşmamış olmasının gerektiği hüküm altına alınmıştır. Kanun, bu şartlara uymak kaydıyla gebeliğin sonlandırılmasına izin vermiş-

⁵⁸ Ertuğrul, Çocuk Düşürtme, s.41-43; Muş, s.52-54.

⁵⁹ Osta, s.39-40.

⁶⁰ Oktar, s.112-113.

⁶¹ Osta, s.35; Muş, s.50-51.

⁶² Danimarka Sağlık Kanunu'nun 25. Bölümünün 92-94. maddeleri arasında da gebeliğin sonlandırılması işlemi düzenlenmiş olup buna göre her gebe kadının izin almaksızın gebeliğin on ikinci haftasına kadar gebeliği sonlandırma hakkı bulunmaktadır (Hodgson, Jane E.; Abortion and Sterilization: Medical and Social Aspects, Academic Press, Great Britain, 2014, s. 25).

⁶³ Oktar, s.120-122.

⁶⁴ Ertuğrul, Çocuk Düşürtme, s.43-45.

tir.⁶⁵ 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu'nda da 1975 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun sistemi benimsenmiş olup, gebeliğin kadının rızasıyla sonlandırılmasının şartları ve kadının rızası dışında çocuğunun düşürülmesi fiillerinin sonuçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yeni Kanun'a göre, Fransa'da, her anne adayının gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar gebeliğini sonlandırma hakkı bulunmaktadır.⁶⁶ Buna karşın, kadının rızası olmaksızın çocuğunun düşürülmesi fiili yeni Fransız Ceza Kanunu'na göre 5 yıla kadar hapis cezasını ve para cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir (m.223/10).⁶⁷

III- SUÇUN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Suçun konusu, gebeliğin önlenmesi veya gebeliğin sonlandırılmasına ilişkindir. Bu kapsamda, bu alan, birey ve toplum sağlığı bakımından arz ettiği önem sebebiyle, bütünüyle bireylerin ve yetkili sağlık personelinin inisiyatifine bırakılmamış, bazı kanunlarla düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Buna göre, gebeliğin sonlandırılması öncelikle TCK'nın 99 ve 100. maddelerinde ele alınmış ve ayrıca 2827 sayılı NPHK'da da bu konuya ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır.⁶⁸

TCK m.99/1 uyarınca, "rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi"; TCK.m.99/2 uyarınca, "tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi" cezalandırılmıştır. Bu durumda, "çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın" hakkında da cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir. Nihayet, TCK m.100'de "gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuğunu isteyerek düşüren kadın" hakkında cezaya hükmolunacağı ifade edilmiştir.⁶⁹

⁶⁵ Osta, s.36; Oktar, s.126.

⁶⁶ Ertuğrul, Çocuk Düşürtme, s.83.

⁶⁷ Muş, s.52-53.

⁶⁸ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükmümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.311.

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.372.

B. Suçla Korunan Hukuki Yarar

Bu suçlarla korunan öncelikli yarar, ceninin gelecekteki yaşama hakkıdır. Bunun yanında, gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahale, annenin sağlığını tehlikeye düşürme riski taşıdığından, ikinci derecede annenin sağlığını da korumaktadır.⁷⁰ Bunun dışında, ulusun, ırkın ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkı genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da korunduğu belirtilebilir.⁷¹

C. SUÇUN MADDİ UNSURU

1. Suçun Hukuki Konusu

Bu suçlar, cenin üzerinde işlenen suçlardır. Dolayısıyla bu fiilden doğrudan doğruya etkilenen ve yaşamı sona eren cenindir. Bu nedenle suçun hukuki konusunun cenin olduğu kabul edilmelidir.⁷² Ayrıca, bu suçlarda belirtilen fiiller, gebe bir kadın üzerinde işlenebileceğinden fiillerin konusunu bu bakımdan gebe bir kadın oluşturur. Zira bu fiiller, gebe kadının vücudu aracılığıyla henüz can bulmamış, insan olma özelliği taşımayan cenin üzerinde gerçekleştirilmektedir. Yine bu fiillerle, cenin üzerinde yapılan müdahaleyle ceninin gelişim sürecine sebep olan gebe kadının, ceninle ilişkisine bir son verilmektedir. Bu nedenle, bu fiillerden esasen sağlık bakımından etkilenen, gebe kadındır. Suçla korunan hukuki yararın, ceninin gelecekteki yaşama hakkı olarak kabul edilmesi halinde, cenin de bu suçun hukuki konusunu oluşturur.⁷³

2. Fail- Mağdur

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketi, herhangi bir kişi, bu arada bizzat cenini taşıyan kadın da gerçekleştirebilirse de kadının çocuğunu düşürmesi TCK m.100'de ayrıca ve özel olarak düzenlendiğinden, TCK m.99 bakımından suçun faili, ancak cenini taşıyan kadın dışında herhangi bir kimse olabilir.⁷⁴ Başka bir deyimle, bu maddedeki

⁷⁰ Keskin Kızıroğlu, s.170; Tülay Kitapçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu", *MÜHFHA Dergisi*, C.18, S.1, s.301.

⁷¹ Ertuğrul, *Çocuk Düşürme*, s.372.

⁷² Yılmaz, s.78.

⁷³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.312.

⁷⁴ Dönmez, s.109; Kitapçioğlu, s.305.

suçun anne dışında üçüncü bir kişinin fiiliyle gerçekleşmiş olması gerekir.⁷⁵ Bu suçun faili olmak bakımından mutlaka gebeliği sonlandırma yetkisine sahip olmak gerekmez. Çocuğun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi, bu suçta yalnızca nitelikli bir hal oluşturur (TCK m.99/5). Bu arada, gebeliği sonlandırma yetkisine sahip olan sağlık personeli, Tüzük m.2/3-4'te sayılmıştır. Bu hükme göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan Eğitim Merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde "menstruel regülasyon"⁷⁶ yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler. Çocuk düşürme suçunun nitelikli halinin uygulanması bakımından anılan Tüzük hükmünün kapsamı dışında kalan herkes, rahim tahliyesi için yetkisiz kişidir. Bu nedenle de nitelikli halin bunlar hakkında da uygulanması gerekir.⁷⁷

TCK m.99'da düzenlenen suçların mağduru gebe kadındır. Hatta bu fiillere kadın rıza göstermiş olsa bile bu maddenin ikinci ve beşinci fıkralarında belirtilen hallerde söz konusu rıza Kanun tarafından geçerli kabul edilmemiştir. Bu halde dahi suçun mağduru gebe olan kadındır.⁷⁸

TCK m.100 bakımından da fail, sadece cenini taşıyan kadın olabilir. Gebe kadın dışında birisinin çocuğun düşürülmesine yönelik fiilleri işlemesi halinde, TCK m.100'deki suç değil, diğer şartları mevcutsa TCK m.99'daki çocuk düşürme suçu oluşur. Bu yönüyle, m.100'de düzenlenen suç, bir özgü suç niteliği taşımaktadır.⁷⁹ Nihayet, TCK m.100'de düzenlenen suçun mağdurunun devlet ve toplum olduğu da ifade edilmelidir.⁸⁰

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s.373.

⁷⁶ Menstruel regülasyon, "vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahale" anlamını taşımaktadır (Osman Erol Hayran/Tanıl Kocagöz/Sesin Kocagöz, "Menstruel Regülasyon ve Rahim İçi Araç Kullanımında Demografik Özelliklerin Karşılaştırılması", *Medial Kadın-Doğum Dergisi*, C.4, S.3, 1988, s.157-160; Dönmez, s.110).

⁷⁷ Keskin Kızıroğlu, s.172.

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.373-375.

⁷⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.452; Ertuğrul, *Çocuk Düşürme*, s.373.

⁸⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.322; Türe, s.174-175.

3. Fiil (Hareket)

TCK m.99 bakımından suçu oluşturan fiil, bir kadının “çocuğunun düşürtülmesi”, TCK m.100 bakımından da “gebe kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi”dir. TCK m.99’da gebeliği, cenini taşıyan kadın dışındaki üçüncü bir kişi sonlandırırken, TCK m.100’de gebeliği bizzat cenini taşıyan kadın sonlandırmaktadır. TCK m.99 ve m.100’de düzenlenen suç, serbest hareketli bir suç olup aynı zamanda icrai bir hareketle işlenebilir. Ayrıca, bu suç bir netice suçudur.⁸¹

Bu suçun oluşması için ceninin ileride tam doğma potansiyeline sahip olması şartı aranmamaktadır. Ceninin gelişim seyri sonunda hasta doğması ihtimali olsa dahi yapılan fiiller suç oluşturacaktır. Buna karşın, bu suçların oluşabilmesi bakımından ana rahmindeki ceninin yaşamsal fonksiyonlarının devam ediyor olması gerekir.⁸² Ceninin ölmüş olması hâlinde yapılacak müdahale bu suçu oluşturmaz. Buna göre, gelişim seyri devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onun gebe kadın ile olan yaşamsal ilişkisine son vererek bu seyrin dışına (rahim dışına) çıkaran her türlü müdahale bu suçu oluşturur. Ancak anne rahmindeki ceninin yaşamsal bir fonksiyona sahip olmaması halinde ise müdahale artık cenine değil gebe kadına yönelik olacağından gebe kadına yönelik olarak üçüncü kişiler tarafından yapılan bu tip müdahaleler “çocuk düşürtme” suçunu değil, şartları varsa “kasten yaralama” veya ölüm neticesi meydana gelmişse “kasten öldürme” suçlarını oluşturabilecektir.⁸³

Bu suçun konusunu oluşturan ceninin bu sıfatı kazanma anı önemlidir. Döllenen yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesine “nidation” denir ve nidation’un döllenmeden itibaren yaklaşık 7 gün sonra gerçekleştiği kabul edilir.⁸⁴ Bu bakımdan, nidation’u önlemeye yönelik “ertesi gün hapi” verilmesi gibi önlemler bu suçu oluşturmaz. Ayrıca, tüpte döllenmiş yumurta da cenin sayılmaz. Zira, cenin, döllenmeden doğuma kadar geçen süre içinde ana rahminde bulunan varlıktır. Bu nedenle, doğmuş bir yaşam söz konusu olduğunda da bu suç oluşmaz,

⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.375; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.313; Keskin Kızıroğlu, s.173; Kitapçioğlu, s.303.

⁸² Yılmaz, s.120-121.

⁸³ Tezcan/Erdem/Önok, s.377.

⁸⁴ Keskin Kızıroğlu, s.172.

bu suçun yerine duruma göre kasten veya taksirle öldürme suçu oluşur.⁸⁵

Ayrıca, ikiz, üçüz gibi çoklu gebeliklerde hukuka aykırı bir şekilde ceninin sayısının azaltılması halinde de bu suç oluşur.⁸⁶ TCK m.99'daki düzenlemeyle kastedilen, hangi yöntemle olursa olsun, çocuğu taşıyan kadın dışında başka bir kişi tarafından gerçekleştirilen, gebeliğin sonlandırılması amacına yönelik ve cenini hedef alan her türlü müdahaledir. Bu müdahalenin doğal yoldan ya da suni olarak gerçekleştirilmesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Bu suç, yapılan müdahale sonucu, gebe olan anne ile ceninin yaşam bağının kesilerek, ceninin ölümüne yol açmakla işlenmiş olur.⁸⁷ Öte yandan, bu suçun işlenmesi bakımından, fiilin doğrudan rahime müdahalede bulunmak suretiyle işlenmiş olmasına da gerek yoktur. Biyolojik veya kimyasal etki gösteren bir aracın, söz gelimi, düşük ilacı veya söktürücü iğne gibi, kullanılması yöntemiyle işlenmesi mümkündür. Yine, rahimden canlı olarak çıkarılan ceninin, bu aşamadan sonra yaşama yeteneğine sahip olmaması ya da gördüğü zarar sebebiyle ölmüş olması halinde de bu suç oluşur.⁸⁸

Nihayet, bu suçun oluşması bakımından, sonlandırılan gebeliğin kaçınıcı ayında bulunduğu kural olarak bir önemi yoktur. Ancak, TCK m.99/2'de, "tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi" esas alındığı için böyle bir halde, yani gebelik süresinin on haftayı aşmamış olması halinde, kadının rızasının bulunması durumunda, gerçekleştirilen bir fiil suç oluşturmaz. Dolayısıyla, gebeliği sonlandıran hekimin, kadının rızasının bulunup bulunmadığını ve gebelik süresiyle tıbbi bir zorunluluk olup olmadığını araştırması gerekmektedir.⁸⁹

TCK m.100'de suçu oluşturan hareket, gebe kadının bizzat kendi taşıdığı cenini düşürmesiyle gerçekleşmiş olur. Ancak burada, gebe kadının fiilinin suç oluşturmaması bakımından gebelik süresinin on haf-

⁸⁵ Keskin Kızıroğlu, s.172-173.

⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.314.

⁸⁷ Yılmaz, s.118-120.

⁸⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.376-377.

⁸⁹ Keskin Kızıroğlu, s.173.

tadan fazla olması gerekir. Zira bu maddeyle, on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması konusunda genel bir yasak getirilmiştir.⁹⁰

4. Suçun Nitelikli Hâlleri

TCK m.99/1 bakımından aynı maddenin üçüncü fıkrasında, TCK m.99/2 bakımından da aynı maddenin dördüncü fıkrasında bazı ortak nitelikli hâllere yer verilmiş bulunmaktadır. Bu hâller, gebe kadının sağlığının zarara uğramasına ilişkin olup neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç görünümündedir.⁹¹ Ancak, TCK m.100 bakımından, yani failin bizzat gebe kadının kendisi olduğu suçlarda, bu nitelikli hâllere yer verilmemiştir.⁹²

TCK m.99'un üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan nitelikli hâller, suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerini oluşturmaktadır.⁹³

TCK m.99/3'te, birinci fıkrada çocuk düşürtme fiilinin, kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara sebep olması şartı aranmaktadır.⁹⁴ Burada, kadının beden sağlığının bozulmasından, kadının ölümü dışında kalan ve bedene zarar veren her türlü netice anlaşılmalıdır. Bu kapsamda, TCK m.87'de sayılan hâller, burası bakımından da geçerli olur. Kadının ruh sağlığı bakımından zarara uğraması ise kadının psikolojik yönden yaşamını eskisi gibi sürdürememesi anlamını taşır. Ancak burada, bebeğini kaybetmenin her kadında yaratması muhtemel psikolojik rahatsızlığı aşan ve süreklilik arz eden bir halin bulunması gerekir.⁹⁵ Böyle bir halin saptanmasındaki zorluk da ayrıca belirtmeye değerdir. Nitekim uygulamada bu halin tespiti bakımından adli tıp kurumundan rapor alınmaktadır.⁹⁶ Öte yandan, özellikle ruh sağlığındaki zararın ne olduğu ve ne zaman ortaya çıktığı konusundaki belirsizlik sebebiyle bu hükmün Kanun'dan çıkarılması isabetli olur; zira benzer bir hale TCK m.102/5'te de yer verilmişken

⁹⁰ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.374.

⁹¹ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.264.

⁹² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.323.

⁹³ Öztürk/Erdem, s.264.

⁹⁴ Keskin Kızıroğlu, s.184.

⁹⁵ Yılmaz, s.161.

⁹⁶ Oktar, s.221.

18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla TCK m.99'daki benzer nitelikli bu hüküm de yürürlükten kaldırılabilir.

Çocuk düşürmeye yönelik fiilin gebe kadının ölümüne sebep olması hali de bu suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır (TCK m.99/3-c.2).

Öte yandan, TCK.m.99/4-c.1 ve c.2'de de; ikinci fıkrada belirtilen fiilin, kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına sebep olması hali ile fiilin, kadının ölümüne sebep olması hali de bu suçun nitelikli halleri arasında kabul edilmiştir.⁹⁷

Yine, TCK m.99/5'te de fiilin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Kimlerin gebeliğin sonlandırılması noktasında yetkili olduğu da Tüzük'te gösterilmiştir. Buna göre, on ayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan Eğitim Merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının denetim ve gözetiminde menstruel regülasyon yöntemiyle⁹⁸ rahim tahliyesi yapabilirler (m.3). Buna karşın, tıbbi zorunluluk sebebiyle gebelik süresinin on haftayı aştığı durumlarda ise gebe kadınlarda rahim tahliyesini sadece kadın hastalıkları ve doğum uzmanı yapabilir (m.4). Bunun dışında kalan kişiler tarafından yapılan rahim tahliyesi, yani gebeliğin sonlandırılması operasyonu suç oluşturur ve bu nitelikli hal de uygulama imkânı bulur.⁹⁹

5. Cezasızlık Sebebi

TCK m.99/6'da "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." denilmek suretiyle bir cezasızlık sebebi ön-

⁹⁷ Keskin Kızıroğlu, s.176.

⁹⁸ Dönmez, s.110.

⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s.380-382.

görülmüştür.¹⁰⁰ Bu cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi bakımından, kadının kendisine karşı işlenmiş olan söz gelimi bir cinsel saldırı suçu gibi, mağduru olduğu bir suç sonucunda gebe kalmış olması gerekir.¹⁰¹ Ayrıca, kadının gebeliğin sonlandırılması konusunda bir rızasının bulunması icap eder. Nihayet, söz konusu gebeliğin yirmi haftadan fazla olmamasıyla birlikte gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.¹⁰² Bu bakımdan, TCK m.100'de gebe kadının bizzat bu gebelikten kurtulmak için çocuk düşürme fiilini işlemesi halinde bu cezasızlık sebebi uygulanmaz ve TCK m.100'de belirtilen suç oluşur.¹⁰³

Bu hükmün uygulanmasındaki en önemli sorun, kadının mağduru olduğu bir suç sonucunda gebe kaldığının kim tarafından ve nasıl belirleneceğidir. Bu konuda, ilgili suça ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme kararının beklenilmesi halinde gebelik süresi çoğunlukla yirmi haftayı geçmiş olacaktır. Bu nedenle öğretilde, böyle bir durumda hekim tarafından Cumhuriyet Savcısına konunun sorulması ve sorunun Cumhuriyet Savcısı'yla yapılacak istişare sonucunda çözüme kavuşturulması öneril-

¹⁰⁰ Keskin Kızıroğlu, s.182.

¹⁰¹ Türe, s.148 vd.

¹⁰² AYM, T.02.11.2023, B.No.2020/26150 sayılı bireysel başvuru kararında; "Somut olayda kamu makamlarınca başvuru vasfı tarafından başvurulması, cenin yaşamının korunması gerektiği, başvuru vasfı altında olduğuna ilişkin bir kararın veya mağdurun gebeliğin sonlandırılması dair rızasının bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Öte yandan başvuru ve babasının gebeliğin sonlandırılmasına yönelik 10.02.2020 tarihli talebi hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmüştür. Bununla birlikte derece mahkemelerince, başvurucuya karşı cinsel istismarda bulunma suçundan açılan kamu davasına ve gebeliğin bir suç sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik herhangi bir değerlendirmede de bulunulmamıştır. Başvuru hakkında düzenlenen 23.12.2019 tarihli rapora göre başvuru vasfının on haftalık gebe olduğu tespit edilmiştir. Mahkemeye başvuru tarihinde başvuru, on haftalık gebelik süresi dolduğundan başvuru vasfının ancak mahkeme kararıyla gebeliğini sonlandırabilmesi söz konusudur. TCK m.99/6'da ise kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde süresi yirmi haftadan fazla olmamak üzere gebeliğin sonlandırılabilmesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla yargı makamlarının tutumu başvuru vasfının gebeliğin sonlandırılması imkânına erişmesini engellemiş ve başvurucuya aşırı bir külfet yüklemiştir. Bu durum söz konusu adil dengenin başvuru vasfına bozulmasına yol açmış, başvuru vasfının maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına yapılan müdahalenin orantısız olması sonucunu doğurmuş olduğuna" hükmetmiştir (www.anayasa.gov.tr).

¹⁰³ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.376.

mektedir.¹⁰⁴ Bu istişarede Cumhuriyet Savcısı'nın yapılan soruşturma-
da, suçun işlendiği ve gebeliğin suçtan kaynaklandığı konusunda kamu
davası açılması için yeterli şüphenin bulunduğunu veya kamu davası-
nın açıldığını belirtmesi halinde hekimin bu operasyonu yapabileceği
söylenmektedir.¹⁰⁵ Kanımızca da gebe kadının kendisine karşı işlenen
bir suç sonucu hamile kaldığına ilişkin yeterli şüphenin bulunması ha-
linde hekimin tıbbi kanaatine itibar edilmesi isabetli olur.

Ç. Suçun Manevi Unsuru

TCK m.99 ve m.100'de düzenlenen çocuk düşürme ve düşürme
suçunun manevi unsurunu genel kast oluşturmaktadır. Kastın, cen-
nin düşmesine, cenin ile annenin yaşamsal bağının kopmasına yönelik
olması gerekir.¹⁰⁶ Bu suç olası kastla da işlenebilir. Bu durumda ceza
indirilir (TCK m.21/2). Suçun taksirli biçimi, kanunda öngörülmediği
için taksirli hareket cezayı gerektirmez.¹⁰⁷ Failin doğrudan veya ola-
sı kastının çocuğu düşürmeye yönelik olması gerekir. Bu bakımdan
taksirli bir fiil sonucu çocuğun düşmesine yol açan hekim, anneye yö-
nelik taksirle yaralama suçundan cezalandırılabilir (TCK m.89/3-e).
Öte yandan, fail anneye karşı öldürme kastıyla hareket etmiş ise bu
suç oluşmaz. Gebeliğin bilinmesi halinde anneye karşı nitelikli kasten
öldürme (TCK m.82/1-f) suçu işlenmiş olur. Ancak, anneye karşı ya-
ralama kastıyla hareket edilmesi ve bu fiil sonucunda çocuğun ölmesi
halinde de gebeliğin bilinmesi şartıyla, neticesi sebebiyle ağırlaşmış
yaralama suçu (TCK m.87/2-e) oluşur.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.384-385.

¹⁰⁵ Uygulamada, kadının mağduru olduğu bir suç sonucunda gebe kaldığı hallerde
başvuru genellikle suç soruşturmasını yapan Cumhuriyet Başsavcılığına yapıl-
maktadır. Başvuruyu alan Cumhuriyet Savcısı ise 2827 sayılı NPHK'nın 5 ve 6/1.
maddeleri gereğince ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 76 ve 78. mad-
deleri uyarınca Sulh Ceza Hakimliğinden gebeliğin sonlandırılması konusunda
talepte bulunup karar alma cihetine gitmektedir (Cengiz Topel Çiftcioğlu, Açık-
lamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında
Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın
Denetimi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.367.

¹⁰⁶ Dönmez, s.115.

¹⁰⁷ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık,
Ankara 2023, s.396 vd.; Koca/Üzülmez, s.180.

¹⁰⁸ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel
Hükümler, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.52-53.

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK m.99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu, kadının rızasının bulunup bulunmadığına göre iki şekilde düzenlenmiştir. Burada, rızanın varlığının bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp suçta tipikliğe ilişkin bir unsur olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Zira TCK m.99'un birinci ve altıncı fıkraları bakımından gebe kadının rızası, diğer şartları haiz olmak koşuluyla, fiilin tipikliğinin gerçekleşmesini engeller. Böyle bir durumda gebe kadın tarafından verilen rıza üzerine yapılan çocuk düşürtme fiilleri, yapıldığı andan itibaren hiçbir hukuka aykırılık ifade etmez. TCK m.99'un altıncı fıkrasında belirtilen halde ise diğer şartların gerçekleşmesi durumunda gebe kadının rızası bulunmakta ise belirtilen bu fiillerin işlenmesine ceza verilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir.¹¹⁰

TCK m.99'da düzenlenen suçun oluşması için gebeliğin sonlandırılmasına kadının rızası bulunmamalıdır. Gebe kadının rızasının bulunmaması durumunda ise, fail, rahim tahliyesine yetkili olsun veya olmasın ya da gebelik süresi on haftayı geçsin veya geçmesin, "çocuk düşürtme" suçu oluşur.¹¹¹ Buna karşın, gebeliğin sonlandırılması konusunda kadının rızası varsa kadın bakımından bu suç değil, yerine göre TCK m.99/2-c.2'de düzenlenen "kadının, çocuğunun düşürtülmesine rıza göstermesi" ya da TCK m.100'de düzenlenen "gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi" suçu oluşur.

TCK m.99'un gerekçesinde bu suç bakımından 2827 sayılı NPHK'da yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapıldığı belirtilmiş ise de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rızayı açıklama yetkisine kimin sahip olduğu konusunda NPHK'da yer alan hükümlerle TCK m.99 arasında bir uyum olduğunu söylemek mümkün değildir.¹¹² Zira, NPHK m.6'da, şayet gebe kadın evliyse, gebeliğin sonlandırılması işlemine diğer eşin de rıza göstermiş olması gerektiği öngörülmüş iken; TCK m.99'da bu yetki sadece gebe kadına bırakılmıştır. Buna göre, erkek eşin rızası olmamasına karşın,

¹⁰⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.315.

¹¹⁰ Ertuğrul, Çocuk Düşürtme, s.85-86.

¹¹¹ Ertuğrul, Çocuk Düşürtme, s.86-87.

¹¹² Tezcan/Erdem/Önok, s.378-379.

evli kadının rızasına dayanılarak on haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılması durumunda bu suçun oluşmayacağı sonucuna varmak gerekir.¹¹³ Burada, rızayı açıklamaya yetkili olan kadının TMK bakımından fiil ehliyetine sahip olup olmadığına bir önemi bulunmamaktadır.¹¹⁴ Zira burada, kadının anlama yeteneği önemli olduğu için her somut olay bakımından kadının gebeliği sonlandırmanın anlamını ve önemini algılayabilme yetisine sahip olup olmadığına araştırılması gerekir.¹¹⁵ Bunun için, mağdurun belirli bir yaşa ulaşmış olması şartı aranmaz.¹¹⁶ Ancak bu niteliğe sahip olmayan küçükler bakımından küçüğün rızası ve velinin izni aranırken, vesayet altında bulunan kişiler bakımından ise vasisin rızası ile birlikte vesayet makamı olarak Sulh Hakiminin izni aranmaktadır. Gebe kadının temyiz kudretinin yerinde olmaması halinde ise velisi ya da vasisinin gebeliğin sonlandırılması hususunda vereceği rıza, tıbbi kurallara ve kanuni hükümlere uygun olması halinde geçerli sayılabilir. Buna karşın, temyiz kudretine sahip küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızasının bulunması durumunda velisi ya da vasisi gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermese dahi temyiz kudreti bulunan küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin diğer kanuni şartlar bulunmak kaydıyla verdiği rıza

¹¹³ Ancak, gebeliğin sonlandırılması konusunda babanın rızasının bulunmaması halinde NPHK'nın 8/2. maddesi uyarınca gebeliği sonlandırma işlemi yapan hekim, idari para cezasıyla cezalandırılır.

¹¹⁴ Y 9. CD, T.10.01.2023, E.2021/12700, K.2023/74 sayılı kararında, "(...) Mağdurenin yaşı nüfus kayıtlarına göre 01.12.1995 olarak görünmekle birlikte, Akdeniz Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan rapora göre, katılan 2012 yılında 18 yaşını doldurmuştur. Dolayısıyla kürtajın yapıldığı tarih itibarıyla reşittir. Bu durumda sanıkların eylemlerinin suç olarak nitelenebilmesi için geriye kalan ihtimaller, katılanın rızası olmaksızın zorla kürtaj yapılması veya katılanın rızası olmakla beraber on haftadan daha fazla olan gebeliğin sonlandırılmış olması ihtimalleridir. Yapılan kürtaj işlemi ile sonlanan gebeliğin süresini tespit etme imkânı bulunmamaktadır. Nitekim Akdeniz Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan raporda, katılanın geçmiş tarihte kürtaj olup olmadığı hususunun dahi belirlenemeyeceği belirtilmiş olup, bu durumda gebeliğin kaçınıcı haftada sonlandığını belirlemek zaten olanak dışıdır. (...) mağdurenin suç tarihinde kayden 16 yaşını doldurduğu, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceği, çocuk aldırma eyleminin de şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve bu sebeple mahkeme gerekçesinin yerinde olduğunu" belirterek mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir (www.uyap.gov.tr).

¹¹⁵ Burada, rızanın geçerli olabilmesi için müdahalenin sonuçları bakımından gebe kadının aydınlatılmış olması gerekir (Hasta Hakları Yönetmeliği m.22/1).

¹¹⁶ Keskin Kızıroğlu, s.174, Dönmez, s.118.

geçerlidir.¹¹⁷ Bununla birlikte, temyiz kudretine sahip bir küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızası olmaksızın velisinin ya da vasisinin rızasıyla gebeliğin sonlandırılması halinde ise çocuk düşürtme suçu oluşur.

TCK m.99/1 hükmü, on haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılması konusunda kadının rızasını yeterli görmüş ancak gebeliğin sonlandırılmasının kadının sağlığı bakımından tıbbi bir sakınca doğurması gibi bir şart aramamıştır. Buna karşın, NPHK m.5'te ise "gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahmin tahliye edilebileceği" hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm karşısında, gebe kadının sağlığı bakımından tıbbi sakınca bulunsa dahi onun rızasına dayanılarak on haftaya kadar olan gebeliğin sonlandırılmasının bu suçu oluşturmayacağı sonucuna varmak mümkündür. Bununla birlikte, şayet gebeliğin kadının rızasına dayalı olarak sonlandırılması onun sağlığının bozulmasına veya onun ölmesine yol açmışsa, bu takdirde kadına yönelik olarak kasten veya taksirle yaralama ve öldürme suçları gündeme gelebilir.¹¹⁸

Nihayet, gebelik süresi on haftadan az ise, gebe kadının kendisi ya da onun rızasıyla yetkili kimse gebeliği sonlandırabilecektir. Buna karşın, gebelik süresi on haftadan az olsa ve kadının rızası bulunsa dahi gebeliğin yetkili olmayan bir kimse tarafından sonlandırılması durumunda TCK m.99/5 hükmü uygulanır. Kadını rızası yoksa, tıbbi zorunluluk hali dışında¹¹⁹ bir başkasının gebeliği sonlandırması her durumda suçtur. Şayet gebelik süresi on haftayı aşmış ise gebe kadının rızası fiili suç olmaktan çıkarmaz. Böyle bir durumda hem kadının rızasıyla çocuğu düşürten hem de bizzat gebe kadın hakkında TCK m.99/2 hükmü uygulanır. Gebelik süresinin on haftayı aşması durumunda ancak tıbbi zorunluluk durumuna bağlı olarak hukuka uygunluk sebebi söz konusu olabilir.¹²⁰ Ayrıca TCK m.99/6'da "kadının, mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez; ancak bunun için gebeliğin uzman he-

¹¹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.316.

¹¹⁸ Oktar, s.196-198.

¹¹⁹ Dönmez, 124.

¹²⁰ Keskin Kızıroğlu, s.180.

kimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir” hükmüne yer verilmiştir.

TCK m.99/2’de düzenlenen suçta kusurluluğu kaldıran sebep olarak özellikle zorunluluk hali (TCK m.25/2) önem arz etmektedir. TCK m.99/2’de tıbbi zorunluluk varsa hangi ayda olduğuna bakılmaksızın gebeliğin sonlandırılmasının bu suçu oluşturmayacağı sonucuna varmak gerekir.¹²¹ Somut olayda böyle bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre tespit edilir. NPHK m.5/2’de gebeliğin sona erdirilmemesi durumunda, “annenin yaşamı tehdit altına girecek” ya da “doğacak çocuk ile onu izleyecek nesiller için ağır maluliyet ortaya çıkacaksa” on haftadan sonra çocuğun düşürülmesi bu suçu oluşturmayacaktır. Tıbbi zorunluluk sebebiyle gebeliğin sonlandırılması durumunda TCK m.99/2’de yer alan “rıza dayalı olsa bile” hükmünden hareketle, gebe kadının rızası olmasa dahi gebeliğin sonlandırılmasının bu suçu oluşturmayacağı kabul edilmektedir.¹²² NPHK m.6/son’daki hüküm de bu kabulü mümkün kılmaktadır.

TCK m.100 bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir.¹²³

E. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Hem TCK m.99 hem de TCK m.100 açısından suça teşebbüs mümkündür. Gebeliği sonlandırmaya doğrudan doğruya başlamayı ifade eden icra hareketinin gerçekleştirilmesiyle birlikte fail suça teşebbüs alanına girmiş olur.¹²⁴ Buna karşın, bu suçun hazırlık hareketi niteliğindeki gebeliği sonlandırmaya yönelik bir ilaç ya da materyalin satın alınması ya da imal edilmesi veya bulundurulmasıyla bu suça teşebbüs edilmiş olmaz.¹²⁵ Ancak, bu tür fiiller NPHK’ m.7’de bağımsız suçlar olarak düzenlenip cezalandırılmıştır.¹²⁶

¹²¹ Keskin Kızıroğlu, s.175.

¹²² Tezcan/Erdem/Önok, s.380-381.

¹²³ Ertuğrul, Çocuk Düşürme, s.382.

¹²⁴ Keskin Kızıroğlu, s.175.

¹²⁵ Öztürk/Erdem, s.297.

¹²⁶ Dönmez, 126.

Aynı şekilde burada gönüllü vazgeçme de mümkündür. Söz gelimi, kürtaj işlemini gebe kadına veya cenine acıyarak tamamlamayan hekim, gönüllü vazgeçmeden yararlanır.¹²⁷ Öte yandan, esasen gebe olmayan bir kadının, kendisini gebe sanarak gebeliği sonlandırıcı ilaçlar kullanması halinde ise artık işlenemez suç söz konusudur. Zira, suç konusunun bulunmaması veya suçta kullanılan aracın elverişsizliği sonucu neticenin meydana gelmesinin imkânsız olduğu durumlarda, işlenemez suçtan söz edilir.¹²⁸

2. İştirak

Suçta, her türlü iştirak mümkündür. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının rızasına dayanarak, çocuğun üçüncü kişilerce düşürülmesi durumunda, üçüncü kişiler TCK m.99/2-c.1, gebe kadın ise TCK m.99/2-c.2 gereğince cezalandırılır. Bu durumda, gebe kadının rızasına dayanarak onun çocuğunu düşürten üçüncü kişiler, m.100'e iştirakten değil, m.92/2'ye göre cezalandırılır.¹²⁹ Burada, gebe kadının da bu fiili bizzat kendisinin yapmış olması halinde, m.99/2-c.2'de tanımlanan suçtan değil, m.100'de tanımlanan suçtan sorumlu olacaktır.¹³⁰ Uygulamada, kadını gebeliğin sonlandırılması için ikna eden, işlemi yapacak kişiyi bulan ve ücreti ödeyen kişinin yardım eden olarak cezalandırılması gerektiği¹³¹ kabul edilmektedir.¹³²

3. Suçların İçtiması

Suç, içtima bakımından bir özellik göstermez. TCK m.99 bakımından değişik zamanlarda birden fazla cenine yönelik olarak gerçekleş-

¹²⁷ Koca/Üzülmez, s.413-415.

¹²⁸ Demirbaş, s.526.

¹²⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.320; Tezcan/Erdem/Önok, s.387-388.

¹³⁰ Dönmez, s.129.

¹³¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.492 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Serkan Meraklı/Pınar Bacaksız/İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.550-553.

¹³² Y 14. CD, T.10.12.2012, E.2011/5612, K.2012/12703 sayılı kararında, "sanığın cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin gebeliği on haftayı doldurmadığını bildiği halde çocuğun alınması konusunda yetkili olmayan ebeye götürmek ve ücretini vermek suretiyle çocuk düşürtmek suçuna yardımda bulunduğu gözetilmeden ve iştirakin nasıl oluştuğu açıklanmadan suçun birlikte işlenmesinin kabulüyle ceza tayininin hukuka aykırı olduğuna" hükmetmiştir (www.kazanci.com).

tirilen birden fazla fiil bakımından zincirleme suç kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır.¹³³ Öğretideki bir görüşe göre, TCK m.43/1’de zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için suçun aynı kişiye karşı işlenmiş olması gerekir. Ancak, cenin bu anlamda kişi olarak kabul edilemez. Bu nedenle de zincirleme suç hükümleri burada uygulanma imkânı bulmaz.¹³⁴ Buna karşın, öğretideki bir başka görüşe göre ise çocuk düşürtme suçunun mağduru gebe kadındır, bu nedenle bu suç zincirleme suç şeklinde işlenebilir.¹³⁵ Kanımızca da cenin, “kişi” olarak kabul edilmediği için bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.

Öte yandan, çocuk düşürtme suçu bakımından bu suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi de mümkündür. Burada aynı neviden fikri içtimadan söz edilir ve dolayısıyla TCK m.43/2 uygulama alanı bulabilir.¹³⁶ Bunun dışında da hem TCK m.99 hem de m.100 bakımından çoklu gebelik durumunda aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi söz konusu olduğundan TCK m.43/2 uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.¹³⁷

Gebe bir kadının öldürülmesi durumunda, kadınla birlikte çocuk da ölmüş ise bu durum kasten öldürme suçunda nitelikli bir hal olarak öngörüldüğü için (TCK m.82/1-f), bileşik suç kuralları gereğince ayrıca çocuk düşürtme suçundan dolayı faile ceza verilemez.¹³⁸ Ancak, çocuk düşürtme fiili, annenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmuşsa bu durum, netice sebebiyle cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli bir hal oluşturduğu için (TCK m.99/3-4), ayrıca anneye yönelik taksirle öldürme veya yaralamadan dolayı fail cezalandırılmaz.¹³⁹ Nihayet, gebeliği sonlandırmak kastıyla gebe kadının kasten yaralanması durumunda da TCK m.99 ile kasten yaralama suçu (TCK m.87/2-e) arasında fikri içtima hükümleri uygulanır.¹⁴⁰

¹³³ Dönmez, s.126.

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.386-387.

¹³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.320.

¹³⁶ Demirbaş, s.599; Özgenç, s.536.

¹³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.387.

¹³⁸ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s.257-260; Keskin Kızıroğlu, s.177.

¹³⁹ Koca/Üzülmez, s.510-513.

¹⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.52-55.

F. Suçun Muhakeme Usulü Ve Yaptırımı

1. Suçun Soruşturma ve Kovuşturma Şartları

Hem TCK m.99 hem de TCK m.100' de suçun soruşturulması veya kovuşturulması bir dava şartına bağlı tutulmamıştır.¹⁴¹ Ancak, çocuk düşürtme suçunu bir devlet memuru olan sağlık mesleği mensubunun işlemesi halinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince bağlı bulunduğu kurum amiri tarafından yargılama izni verilmesi gerekmektedir.¹⁴² Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle kamu görevlilerinin (doktorların ve diğer sağlık mensuplarının) görevleri sebebiyle suç işlemeleri gerekmektedir. Ayrıca, işledikleri suçun da ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde işlenmemiş olması gerekir.¹⁴³ Buna göre, TCK m.99' da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun üçüncü ve beşinci fıkralarında düzenlenen hallerinin ağır cezayı gerektirmesi sebebiyle, bu fıkralardaki fiillerin suçüstü halinde işlenmiş olması durumunda, 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulmaz. Bunun dışında kalan hallerde de yani birinci, ikinci ve dördüncü fıkralar ile üçüncü ve beşinci fıkraların suçüstü halinde işlenmemiş olması durumunda fiilin soruşturulması ve kovuşturulması 4483 sayılı Kanun kapsamında yetkilendirilmiş bulunan merciin vereceği izin üzerine yapılabilir.¹⁴⁴

2. Görevli Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesi uyarınca, ağırlatıcı sebepler dikkate alınmaksızın¹⁴⁵ TCK m.99 ve m.100' de düzenlenen suçların cezasının üst sınırı on yıldan

¹⁴¹ Çiftcioğlu, Kovuşturma, s.151.

¹⁴² Şahin Cumhuriyet/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.48.

¹⁴³ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin Filiz Saygılar/Esra Alan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Mehmet Can Tok; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.54-55.

¹⁴⁴ Çiftcioğlu, Kovuşturma, s.128-129.

¹⁴⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü-Tok, s.200 vd.

fazla olmadığına ve 5235 sayılı Kanun m.12’de sayılan suçlardan da bulunmadığına göre görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

3. Suçun Yaptırımı

Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten fail, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m.99/1). Gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten failin cezası, iki yıldan dört yıla kadar hapistir (m.99/2-c.1). Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadının cezası da bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır¹⁴⁶ (m.99/2-c.2). Gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde ise fail iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (m.99/5). Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının, çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde de gebe kadın bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır (m.100).

Burada, gebe kadına uygulanacak hapis cezasının alt sınırı gösterilmediği için TCK m.49/1 uyarınca hapis cezasının alt sınırı bir aydan az olamaz.¹⁴⁷

SONUÇ

TCK, çocuk düşürtme ve çocuk düşürme başlıkları altında, bu suçları failine ve işleniş şekline göre ayrı suç tipleri olarak düzenlemiş ve aralarındaki farkı düşürtmek ve düşürmek olarak belirtmiştir. Cenin kavramı mevzuatta her ne kadar açık bir tanıma kavuşturulmasa da ceninin doğumla insan statüsü kazanacak olması, onun, evrensel etik ve ahlak kurallarına göre potansiyel bir birey olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Ceninin gelecekteki yaşama hakkı çok değerli olmakla birlikte, annenin sağlığı da ceninin yaşamından daha az değerli değildir. Bu bakımdan, kadının gebeliği sonlandırmayı tercih etme hakkına ilişkin farklı felsefe geleneklerini temsil eden ahlaki öğretiler-

¹⁴⁶ TCK m.52/1, “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir” hükmüne yer vermiştir.

¹⁴⁷ Demirbaş, s.638; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s.609.

de farklı görüşler bulunmaktadır. Günümüzde bu görüşlerden ılımlı liberal görüşler daha çok taraftar toplamaktadır. Buna göre ceninin gelecekteki yaşama hakkı ile gebe kadının cenini dünyaya getirme konusunda karar verme ve tercihte bulunma hakkı arasındaki çatışmanın dengelenmesi görüşü yaygın olarak benimsenmiş durumdadır. Ancak her ülkenin kendi sosyal ve kültürel durumunu göz önünde bulundurup bir yaklaşım belirlemesi en makul çözüm olarak görünmektedir.

Öte yandan, TCK m.99/3 ve m.99/4'te düzenlenen çocuk düşürtme suçunun nitelikli halleri arasında sayılan çocuk düşürtme fiilinin "kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına sebep olması" halinin; özellikle "ruh sağlığı bakımından zarara uğramak" kavramının kapsamının belirlenmesindeki güçlük sebebiyle, söz gelimi ruh sağlığındaki zararın ne olduğu ve ne zaman ortaya çıktığının belirlenmesindeki zorluk dolayısıyla; Kanun'dan çıkarılması gerekir.

Nihayet, TCK bakımından da çocuk düşürme ve rızalı çocuk düşürtme fiilleri suç olmaktan çıkarılmalıdır. Zira bu suçlarda cezanın önleme fonksiyonu bulunmamaktadır. Bilakis, tam tersine, bu fiillerin suç sayılması gebe kadını güvenli olmayan, kanun dışı yollarla gebeliği sonlandırmaya itmekte ve bu suretle kadının hayatını ve sağlığını tehlikeye atmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Avcı Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.
- Cumhur Şahin/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Çiftcioğlu Cengiz Topel, Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Ertuğrul Hüseyin, Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

- Kumar Rani, Textbook of Human Embryology, International Publishing House, New Delhi, 2008.
- Muş Muhammet Hamza, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Oktar Salih, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m.99-100), 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, Ankara, 2016.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Hodgson Jane E., Abortion and Sterilization: Medical and Social Aspects, Academic Press, Great Britain, 2014.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Meraklı Serkan/Bacaksız Pınar/Başbüyük İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özgen Eralp, Çocuk Düşürme, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları No.1, Sevinç Basımevi, Ankara, 1974.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Yasemin Filiz/ALAN Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Tezcan Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku; 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Tunç Hasan, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Türe Oğuzhan, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Gebeliğin Sonlandırılması, 1. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara 2020.

Makaleler

- Aytemur Sağıroğlu Nuran, "Öjeni ve Sağlam Bedenlilik", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S.30, Aralık 2020.
- Çiftcioğlu Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı", *TBB Dergisi*, 2012 (103).
- Doğan Recep, "Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları", *TBB Dergisi*, 2016 (127).
- Dönmez Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması Tahlili", *DEÜHF Dergisi*, İzmir 2007, C.9, S.2.
- Erdem Dilek Özge, "Çocuk Düşürtme Düzenlemesi", *AÜHF*, S.65, Aralık 2016.

- Ertuğrul Hüseyin, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.6, S.2, Temmuz 2016.
- Gökçen Ahmet/Balcı Murat, "Kasten Öldürme Suçu (TCK m.81)", *MÜHFHA Dergisi*, C. 17, S.1-2.
- Hayran Osman Erol/Kocagöz Tanıl/Kocagöz Sesin, "Menstruel Regulasyon ve Rahim İçi Araç Kullanımında Demografik Özelliklerin Karşılaştırılması", *Medial Kadın-Doğum Dergisi*, C.4, S.3, 1988.
- Keskin Kızıroğlu Serap, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *MÜHFHA Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Y.2013, C.19, S.2.
- Kılıçer Esat, "İslamda Aile Planlaması", *AÜİFD*, Y.1981, C.XXIV, S.1-2.
- Kitapçioğlu Tülay, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu", *MÜHFHA Dergisi*, C.18, S.1.
- Okuyucu Ergün Güneş, "Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. II, Ankara 2015.
- Tunçer Polat, "Medikal Etik ve Türk Ceza Kanunu", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y.5, S.58, Kasım 2017.

Tezler

- Osta Ahmet, Çocuk Düşürtme Suçu: TCK m. 99, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2022.
- Yılmaz Candan, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK m.99-100), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

CEZA MAHKEMELERİNİN MADDE VE YER YÖNÜNDE YETKİSİZLİK KARARLARINA İTİRAZA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

EVALUATIONS REGARDING THE OBJECTION TO THE DECISIONS OF MATERIAL AND TERRITORIAL INCOMPETENCE OF CRIMINAL COURTS

Yaprak ÖNTAN*

Özet: Ceza mahkemelerinin madde ve yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz edilebilmesi, itiraz mercilerine ilişkin halihazırdaki düzenlemeler nedeniyle çeşitli sorunlar yaratmaktadır. Yetkisizlik kararlarına itiraz edilmesinin, yetkisizlik uyuşmazlığının ortaya çıkmasına engel olması ihtimali de bu kapsamda ele alınmalıdır. Makalede, asliye ve ağır ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisizlik kararları ile aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki farklı yer asliye ceza mahkemelerinin yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraza odaklanılacaktır. Ayrıca, konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar ile Yargıtay'ın içtihatları ışığında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Madde Yönünden Yetkisizlik, Yer Yönünden Yetkisizlik, İtiraz, Yetkisizlik Uyuşmazlığı, Ortak Yüksek Yetkili Mahkeme

Abstract: Objection to the decisions of material and territorial incompetence of criminal courts rises various problems due to the current regulations regarding the review authorities. The possibility that the objection to the decisions of incompetence may prevent the emergence of a conflict of incompetence should also be evaluated within this scope. In this article, the focus will be on the objection to the decisions of material incompetence of the criminal court (of general jurisdiction) or the assize court, and the decisions of territorial incompetence of the criminal courts under the same jurisdiction of the assize court. In addition, evaluations will be made in the light of the decision of the Constitutional Court regarding the subject and the precedents of the Court of Cassation.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, yontan@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4665-6737, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.12.2023, Kabul Tarihi: 15.04.2024

Keywords: Material Incompetence, Territorial Incompetence, Objection, Conflict of Incompetence, Common Court of Superior Jurisdiction

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) göre, madde (Kanun'un deyimiyile görev) ve yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz edilebilmektedir. Mahkemelerin madde veya yer yönünden yetkili olmadıklarının ileri sürülmesine rağmen bunun kabul edilmemesi bir diğer ifadeyle yetkililik kararlarına itiraz ise Kanun'a göre mümkün değildir. CMK'nın 5/2 ve 18/3. maddelerinde yalnızca "yetkisizlik" (Kanun'da madde yönünden yetkisizlik bakımından görevsizlik ifadesi kullanılmıştır) kararlarına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür.

Madde ve yer yönünden yetkiye ilişkin kararlar, yetkililik ve yetkisizlik kararları, birer mahkeme makamı kararıdır. CMK'nın 267. maddesine göreyse; "*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*". Buna göre, "yetkililik" kararlarına karşı, Kanun'da açık bir hüküm bulunmadığından ötürü itiraz edilemez. Ceza muhakemesinde istisnai hükümler bakımından kıyas yoluna başvurulması da mümkün olmadığından,¹ yalnızca "yetkisizlik" kararlarına itiraz edilebileceği açıktır. Mahkemenin kanuna aykırı olarak kendini yetkili görmesi ve davaya bakması halinde, bu husus ancak istinaf ve temyiz kanun yollarında ileri sürülebilir.

Yetkisizlik kararlarına itiraz edilebiliyor olması ise çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Bunlar büyük ölçüde, itirazı inceleme yetkisine sahip mercilere ilişkin düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. CMK madde 268'de yer alan düzenleme, diğer hakimlik ve mümkün olduğu takdirde mahkeme kararlarına yapılan itirazlar bakımından herhangi bir sıkıntıya yol açmamaktaysa da madde ve yer yönünden yetkisizlik kararları bakımından, itiraz mercilerinin, verilen yetkisizlik kararı ile yetkili olduğu ileri sürülen merciin aynısı olması mümkün olabilmektedir. Yetkisizlik itirazının kabul edilmesi ise, yetkisizlik uyuşmazlığının çıkmasına ve bölge adliye mahkemelerinin ya da Yargıtay ceza dairesinin bu konuda bir karar vermesine engel olması anlamında problemin diğer bir yüzünü ortaya çıkarmaktadır.

¹ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s. 16.

Bu noktada hem madde hem de yer yönünden yetkiye ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında genel bir açıklama yapmak yerinde olacaktır. Madde veya yer yönünden olumlu yetki uyuşmazlığı (madde/yer yönünden yetkililik uyuşmazlığı), birden çok mahkemenin kendini davaya bakmakla madde yönünden yetkili görmesi; buna karşılık olumsuz yetki uyuşmazlığı (madde/yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlığı), mahkemelerin kendilerini yetkisiz görerek ceza davasına bakmak istememeleridir.² Madde ya da yer yönünden yetkiye ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olabilmesi için, öncelikle mahkemelerin yetkiye ilişkin kararları kesinleşmelidir.³ Madde ya da yer yönünden yetkililik uyuşmazlığı için ayrıca, iki ayrı mahkemeye bir şekilde aynı olaya ilişkin iddianamelerin gönderilmesi ve bunların kabul edilmesi gibi uç bir örneğin söz konusu olması gerekir.⁴ Ancak yetkililik kararlarına itiraz edilmesi mümkün olmadığından,⁵ madde veya yer yönünden yetkililik uyuşmazlığı çalışmanın kapsamına dâhil değildir. Çalışmanın konusunu ilgilendiren, madde ya da yer yönünden yetkisizlik uyuş-

² Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1989, s. 386, 402; Toroslu/Feyzioğlu, s. 71-72, 87; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 232; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 525; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 282; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 161, 179; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Ankara 2022, s. 476, 481; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 660-661; Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 177; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 221; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 168, 185; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 58.

³ Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 386, 402.

⁴ Madde yönünden yetkiyle ilgili olarak olumlu yetki uyuşmazlığının nadiren ortaya çıkabileceği hakkında bkz. Şahin/Göktürk, s. 232. Olumlu yetki uyuşmazlığının ancak farklı yer mahkemelerinde davaların açılmasıyla ortaya çıkabileceği, aynı yargı çevresindeki iki farklı mahkemede dava açılacak olursa bunların birbirinden haberdar olacakları ve son açılan davanın iddianamesi önüne gelen mahkemenin o anda dava açılmış olduğu için davayı reddedeceği hakkında bkz. Centel/Zafer, s. 661; Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, s. 168, 914.

⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem vd., s. 203; Centel/Zafer, s. 659.

mazlığı bakımındansa, bir mahkemenin yetkisizlik kararı verdikten sonra bu karara süresi içerisinde itiraz edilmemesi ya da itirazın reddedilmesi ve akabinde dosya tarafına ulaşan mahkemenin de yetkisizlik kararı vermesiyle bu karara süresi içinde itiraz edilmemesi ya da itirazın reddedilmesi gerekir.⁶ Ayrıca yetkisizlik kararı veren mahkemelerden biri aslen yetkili mahkeme olmalıdır.⁷ Yetkisizlik kararlarına itiraz edilebiliyor olması aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, bu noktada da; yani madde veya yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlığıyla ilgili olarak da sorun yaratmaya elverişlidir.

Madde ya da yer yönünden yetkisizlik kararlarına karşı itiraz edilebilmesinin yarattığı sorunlar, özellikle bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte daha da belirgin hale gelmiştir. Yetki uyuşmazlıklarına ilişkin CMK'da yer alan düzenlemelerle, aynı gün yürürlüğe giren 5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"un hükümleri arasındaki çelişki de bu noktada göz önünde bulundurulmalıdır.⁸ Konu aşağıda yetkisizlik kararının madde ya da yer yönünden olmasına göre ayrı ayrı değerlendirilecektir.

I- MADDE YÖNÜNDE YETKİSİZLİK KARARINA İTİRAZ AÇISINDAN

A. Genel Olarak Madde Yönünden Yetkisizlik Kararına İtiraz ve Madde Yönünden Yetki Uyuşmazlığı

CMK'da görevsizlik kararı olarak ifade edilen madde yönünden yetkisizlik kararına itiraza ilişkin düzenleme madde 5/2'de yer almaktadır. Buna göre; "Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir".

⁶ "CMK'nın 4/2. maddesinde yazılı olan "görev konusunda mahkemeler arasında uyuşmazlık çıktığında görevli mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkeme belirler" hükmünün uygulanabilmesi için karşılıklı olarak verilmiş ve kesinleşmiş iki görevsizlik kararının bulunması gerektiği, kesinleşmenin de yasal sürede itiraz yoluna başvurulmaması veya bu talebin reddedilmiş olması durumunda sağlanabileceği," Y 5. CD, 22.05.2014, E. 2014/4288, K. 2014/5641 (Erişim Tarihi: 19.06.2023 www.lexpera.com).

⁷ Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 386, 402-403.

⁸ Toroslu/Feyzioğlu, s. 88.

Bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak görmeye yetkili olduğu uyuşmazlıklar kişi yönünden yetki kapsamındadır. Bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay ceza dairelerinin kanun yolu incelemesi ise görev yönünden yetki paylaşımını ilgilendirmektedir. Bu doğrultuda, madde yönünden yetki ve madde yönünden yetki uyuşmazlığı, asliye ceza mahkemeleri ile ağır ceza mahkemelerini ilgilendirir ve uyuşmazlık temel olarak bunlar arasında söz konusu olabilir.⁹

Yetkisizlik kararına itirazın usulü ve inceleme mercileri bakımından, CMK'nın 268. maddesinin (2) ve (3-c) fıkralarının dikkate alınması gerekmektedir. Madde 268/2'ye göre; *"Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir"*. Madde 268/3-c'ye göre ise; *"Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir"*.

Madde yönünden yetkililik veya yetkisizlik uyuşmazlıklarının nasıl çözümleneceğiyle ilgili olarak ise, CMK'nın 4/2. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Hüküm, *"Görev konusunda mahkemeler arasında uyuşmazlık çıktığında, görevli mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkeme belirler"* şeklindedir. Madde yönünden yetkiye dair mahkemeler arasında uyuşmazlık söz konusu olduğunda, uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğine ilişkin bir diğer hüküm, 5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"un 37/1(2) maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *"Yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek"* bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin görevleri arasında sayılmıştır. Her iki Kanun'un düzenlemeleri birbirinden farklı olsa da konu madde yönünden yetki olduğunda, sonuç de-

⁹ Bu çalışmada benimsenen söz konusu ayrımlar için bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 65 vd.

ğişmemektedir. Madde yönünden yetki uyuşmazlığı asliye ceza mahkemesi ile bunun yargı çevresinde olduğu ağır ceza mahkemesi arasında çıktığında, bu iki mahkemenin ortak yüksek yetkili mahkemesi yargı çevresi içinde buldukları bölge adliye mahkemesidir. Özetle, asliye ve ağır ceza mahkemeleri arasında ortaya çıkan madde yönünden yetki uyuşmazlıklarını bölge adliye mahkemesi ceza dairesi çözümler.¹⁰

B. Asliye Ceza Mahkemelerinin Madde Yönünden Yetkisizlik Kararlarına İtirazın Yarattığı Sorunlar

Kanun'da madde yönünden yetkisizlik kararına karşı itiraz kanun yolunun öngörölmüş olması, özellikle asliye ceza mahkemelerinin verdiği yetkisizlik kararları bakımından problem yaratmaya elverişli olup bu anlamda itiraz mekanizmasının ne derece

¹⁰ Şahin/Göktürk, s. 232.

"İnceleme konusu olayda görev ihtilafı meydana getiren, İstanbul 24. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen kararın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlama tarihi olan 20/07/2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Kanun'un 37/4. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında "Kanunlarla verilen diğer görevleri yapma" hususunun da bulunmasına göre; Aynı bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulunan İstanbul 24. Asliye Ceza Mahkemesi'yle İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen olumsuz yetki uyuşmazlığının çözüm yeri CMK'nın 17. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine," Y 5. CD, 19.11.2019, E. 2019/8234, K. 2019/10829 (Erişim Tarihi: 20.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr); "İnceleme konusu olayda görev ihtilafı meydana getiren Aladağ Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen kararın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlama tarihi olan 20.07.2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Kanun'un 37/2. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmenin de bulunmasına göre; Aynı bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulunan Aladağ Asliye Ceza Mahkemesi'yle Kozan Ağır Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen görev uyuşmazlığının çözüm yeri CMK'nın 4/2. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli Adana Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine," Y 5. CD, 19.11.2019, E. 2019/8225, K. 2019/10838 (Erişim Tarihi: 20.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr).

anlamli olduğu tartişmaya değer bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹

şöyle ki, yer yönünden yetkisizlik kararı verilmesini gerektiren bir durum olmadıkça, asliye ceza mahkemesince madde yönünden yetkisizlik kararı verildiğinde, bu karara itirazı CMK madde 268/3 uyarınca asliye ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Bu halde itirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi, esasında, asliye ceza mahkemesinin madde yönünden yetkisizlik kararı vererek, yetkili olduğunu düşündüğu mahkeme olmaktadır. Bir diğer ifadeyle yetkisizlik kararına yapılan itirazı bu konudaki uyuşmazlığın muhtemelen tarafı olacak olan mahkeme incelemektedir.

Hal böyle olunca, ağır ceza mahkemesi, somut ceza davasını görmeye yetkili olmadığı kanaatindeyse, itirazı kabul edecektir. CMK madde 271/4 uyarınca merciin kararı kesin olduğundan, itirazın kabulüyle beraber, madde yönünden yetkili olmadığını düşünen asliye ceza mahkemesi tekrar yetkisizlik kararı veremeyecek,¹² madde yönünden yetkisizlik uyuşmazlığının çıkması mümkün olmayacak ve asliye ceza mahkemesi davaya bakmak zorunda olacaktır.¹³ çeşitli Yargıtay kararlarında söz konusu durumun, “zımni görev uyuşmazlığı” olarak adlandırıldığı ve merci tayinine gidildiği de görülmektedir.¹⁴

¹¹ İtiraz mekanizmasının mahkemeler arasında karşılıklı görevsizlik kararı verilmesinin doğuracağı sorunu çözmek adına taraflara tanınmış bir hak olduğu yönündeki görüş için bkz. Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 152. Yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlıkları bakımından da aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Özen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu*, s. 154.

¹² şahin/Göktürk, s. 233-234; Centel/Zafer, s. 658-659; Ünver/Hakeri, s. 178. CMUK dönemi bakımından da itiraz merciinin kararının kesin olması nedeniyle, itiraz yolunun kabul edilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 387.

¹³ Sulh ceza mahkemeleri kaldırılmadan önce, konunun sulh ceza mahkemeleri ve asliye ceza mahkemeleri yönünden ele alınışı ve benzer değerlendirmeler için bkz. Murat Aydın, “Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 3, S. 1, s. 39-40.

¹⁴ “Kaş Asliye Ceza Mahkemesi’nin 01.05.2008 tarihli 2006/181 E. 2008/191 K. sayılı kararı ile verilen görevsizlik kararına yapılan itiraz üzerine ... Ağır Ceza Mahkemesinin 17.10.2008 tarihli 2008/434 D. İş sayılı kararı ile görevsizlik kararının

“Zımnî görev uyuşmazlığı”nın, çoğunlukla, o yerde mahkemelerin birden çok dairesinin olmadığı durumlarda kabul edildiği anlaşılmaktadır.¹⁵ Buna göre, ağır ceza mahkemesinin asliye ceza mahkemesinin

kaldırılmasına karar verilerek dosyanın mahalline tevdi edildiği, bu karar üzerine zımnî görev uyuşmazlığı çıktığı ve dosyanın Yargıtaya gönderilmesi gerekirken Kaş Asliye Ceza Mahkemesi’nce yargılamaya devam edilerek aynı konuda ikinci kez karar verildiği, 10.05.2011 tarih 2008/346 E. 2011/413 K. sayılı bu görevsizlik kararının bu nedenle yok hükmünde olduğu gözetilip; İncelenen dosya içeriğine, sanıkların üzerine atılan suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve ... Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen Kaş Asliye Ceza Mahkemesinin 01.05.2008 gün ve 2006/181 E. 2008/191 K. sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına,” Y 5. CD, 17.05.2017, E. 2017/623, K. 2017/2221; “Kasten öldürmeye teşebbüs, kullanmak için uyuşturucu madde satın almak ve 6136 sayılı Kanun’a aykırılık suçlarından sanık ...’ın yapılan yargılanması sırasında; ... Asliye Ceza Mahkemesi’yle ... 1. Ağır Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: ... Asliye Ceza Mahkemesi’nin karşı görevsizlik kararına sanık vekili tarafından itiraz edildiği, bu itirazı değerlendirmekle görevli ... 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nin daha önce görevsizlik kararı vermesi ve ... ilinde 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin henüz faaliyete geçmemesi nedeniyle zımnî görev uyuşmazlığı olduğu gözetilerek yapılan incelemede; İncelenen dosya içeriğine, sanığın üzerine atılan suçların niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve ... Asliye Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen ... 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 23/05/2013 gün ve 2013/133 E. 2013/100 K. sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına,” Y 5. CD, 17.02.2014, E. 2014/1788, K. 2014/1482; “Şırnak Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen görevsizlik kararına yapılan itirazın Şırnak Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmesi nedeniyle her iki mahkeme arasında zımnî görev uyuşmazlığı çıktığı kabul edilmekle;” Y 5. CD, 28.02.2012, E. 2012/915, K. 2012/1131 (Erişim Tarihi: 22.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr).

- ¹⁵ “Çocuğun cinsel istismarı, kasten yaralama ve kötü muamele suçlarından sanık ... ve diğer sanıklar hakkında yapılan yargılama sırasında; Feke Asliye Ceza Mahkemesi’yle Kozan Ağır Ceza Mahkemesi arasında oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya Yargıtay C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü: Sanıkların 15/01/2016 tarihli dilekçesinin Feke Asliye Ceza Mahkemesi’nin görevsizlik kararına itiraz mahiyetinde olduğu, Kozan Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2015/29 sayılı görevsizlik kararı üzerine Feke Asliye Ceza Mahkemesi’nce karşı görevsizlik kararı verilmesi karşısında, Kozan ilçesinde tek Ağır Ceza Mahkemesi bulunması, itiraz dilekçesi ile ilgili olarak anılan mahkemeye itirazın reddedilmesi halinde görev uyuşmazlığı, kabul edilmesi durumunda ise zımnî görev uyuşmazlığının doğacak olması nedeniyle, anılan dilekçe hakkında karar verilmemiş olmasının sonuca etkili olmadığı kabul edilerek yapılan incelemede; Sanıkların üzerine atılı suçların niteliğine, iddianamede olayın anla-

verdiği görevsizlik kararına yapılan itirazı kabul etmesiyle, esasında ağır ceza mahkemesinin görevsiz olduğu da belirtilmiş olduğundan, çeşitli kararlarda bu durum “zımnî görev uyuşmazlığı” olarak nitelenmektedir. Ne var ki, bu durumda itirazı kabul eden karar kesin olduğundan esasında bir uyuşmazlık söz konusu olmamaktadır. Bu durumda asliye ceza mahkemesinin görevsizliği ya istinaf ve temyiz kanun yollarında öne sürülebilir ya da kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay ceza dairesince incelenebilir. İtiraz mekanizmasının yarattığı sıkıntı, bir şekilde içtihatla çözülmeye çalışılmaktadır.¹⁶

tiliş biçimine lehe Yasa değerlendirmesinin üst dereceli mahkemeye ait olmasına ve Feke Asliye Ceza Mahkemesi'nin kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülme-yen Kozan Ağır Ceza Mahkemesi'nin 13/02/2015 gün ve 2015/47 E. 2015/29 K. sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına,” Y 5. CD, 09.03.2020, E. 2020/1547, K. 2020/9948; “Mersin 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararına sanık tarafından yapılan itiraz üzerine incelemenin Mersin 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nce yapılması ve Mersin'de birden çok asliye ceza mahkemesinin olduğunun anlaşılması karşısında, mahkemeler arasında zımnî görev uyuşmazlığı bulunmadığı kabul edilerek tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir”. Y 5. CD, 26.05.2014, E. 2012/16935, K. 2014/10401 (Erişim Tarihi: 22.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁶ Uygulamada ağır ceza mahkemelerinin verdiği görevsizlik kararlarına karşı itiraz mekanizmasının işletilmeyebildiği, mahkemelerin bir kısmının itiraz sürecini beklemeden dosyayı Yargıtay'a gönderdikleri hakkında bkz. Mustafa Taşkın, “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, S. 7, s. 1036.

Ne var ki, halihazırdaki düzenlemeler bakımından olması gereken itiraz mekanizmasının işletilmesi ve madde yönünden yetki uyuşmazlığı doğması halinde bölge adliye mahkemesi ceza dairesince uyuşmazlığın çözülmesidir.

“5235 sayılı Kanun'un 37/2. maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevlerinin, yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri ile hakimlikler arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmekle sınırlı olduğu, görev veya yetki uyuşmazlığından söz edilebilmesi için biri diğerini yetkili veya görevli kılan kesinleşmiş veya kesin nitelikte iki kararın olması gerektiği, CMK'nın 5/2. maddesindeki, “Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik kararlarına karşı” ve aynı Kanununun 18/3. maddesindeki “Yetkisizlik kararlarına karşı” itiraz yoluna gidilebilir şeklindeki hükmün yalnızca ilk verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararı açısından değil, mukabil kararlar açısından da geçerli olduğu, kanun yoluna başvuru imkanı bulunan bir karar karşı, bu imkanın tanınmaması halinde, ilgili kararın kesinleşmesi söz konusu olmayacağı gibi henüz başvurulacak olağan bir yasa yolu bulunan bir karar- la ilgili olarak, görev ve yetki uyuşmazlığının doğduğundan da söz edilemeyeceği, İncelenen dosyada, Yozgat 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararı kesinleşmiş ise de, Yozgat 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen karşı görevsizlik kararının taraflara usulüne uygun şekilde tebliğ edildiğine ve anılan kararın usu-

Ağır ceza mahkemesinin, asliye ceza mahkemesinin verdiği yetkisizlik kararına yapılan itirazı reddetmesi halinde, kesinleşen yetkisizlik kararı ile birlikte dosya önüne gelecektir. Bu halde ağır ceza mahkemesinin madde yönünden yetkisizlik kararı verebilmesi mümkünse de böyle bir karar verilmesi, daha önce yapılan itirazın reddedildiği göz önünde bulundurulduğunda son derece istisnai olacaktır.¹⁷

Tersine, iddianamenin öncelikle ağır ceza mahkemesine sunulması ve mahkemece madde yönünden yetkisizlik kararı verilmesi durumunda ise, bu karara yapılan itirazı inceleme yetkisi “o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye, o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir”. Ağır ceza mahkemesinin yetkisizlik kararına yapılan itirazın reddedilmesi durumunda dosya asliye ceza mahkemesine gönderilecek, asliye ceza mahkemesi de madde yönünden yetkisizlik kararı verecek olursa, buna yapılacak olası bir itirazı yine ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Bu noktada, daha önce yetkisizlik kararı veren ağır ceza mahkemesinin bu sefer ilk kararının aksine yetkili olduğunu düşünerek, asliye ceza mahkemesinin yetkisizlik kararına yapılan itirazı reddetmesi ihtimali son derece zayıftır. Sonuç olarak yine adeta kapalı bir devre içerisinde ağır ceza mahkemesinin kararı belirleyici olacaktır.

lünce kesinleştiğine dair belgelere dosya içerisinde rastlanmadığı gözetilerek; Var ise, Yozgat 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilen karşı görevsizlik kararının taraflara usulüne uygun şekilde tebliğ edildiğine ve anılan kararın usulünce kesinleştiğine dair belgeler eklendikten, Bu belgeler yok ise, CMK'nın 35. maddesi de gözetilerek, karşı görevsizlik kararının, yine anılan Kanununun 260 vd. maddeleri uyarınca, karara karşı kanun yollarına başvurma hakkı bulunanlara 7201 sayılı Kanun hükümleri gereğince usulüne uygun şekilde tebliği sağlanıp, CMK'nın 5/2. maddesi gereğince bu tür kararlara karşı itiraz kanun yolu açık olduğundan, başvurulması halinde itiraz kanun yolunun da tüketilmesinin ardından, ortaya çıkacak duruma göre, gerektiğinde kararın usulünce kesinleşmesi sağlandıktan sonra görev uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi için Dairemize gönderilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine tevdiine,” Kayseri BAM, 5. CD, 29.01.2020, E. 2020/217, K. 2020/120 (Erişim Tarihi: 22.06.2023 www.lexpera.com). Aynı yönde bkz. Ankara BAM, 5. CD, 23.02.2018, 577/408 (Akt. Osman Yaşar/Cengiz Otacı, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 124.)

¹⁷ Madde yönünden yetki bakımından olumsuz yetki uyuşmazlığının çıkması ihtimalinin düşük olduğu hakkında bkz. Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 170.

Bu noktada, ilk etapta o yerde ağır ceza mahkemenin birden çok dairesinin bulunması halinde sorun olmayacağı düşünülebilir. Daire sayısı arttıkça madde yönünden yetkisizlik kararına yapılan itirazı inceleyen ağır ceza mahkemesi ile itirazın reddi halinde davayı görecek olan ağır ceza mahkemesinin farklı olma olasılığı da artacaktır. Bu nedenle itiraz mercii olan ağır ceza mahkemelerinin pratikte itirazı kabul etme oranları da yükselebilir. Ne var ki, tevzi sisteminde ilgili dosyada verilen yetkisizlik kararına yapılan itirazı inceleyecek dairesinin de itirazın kabul edilmesi halinde dosyanın gönderileceği dairesinin de hangisi olacağı belli değildir ve bunların örtüşmesi de mümkündür. Kaldı ki ağır ceza mahkemesinin daire sayısının az olduğu yerlerle özellikle tek bir dairesinin bulunduğu yerlerde problem varlığını sürdürmektedir.

Asliye ceza mahkemesinin madde yönünden yetkisizlik kararına itiraz edilmesi, itirazın kabulü halinde yetkisizlik uyuşmazlığının ortaya çıkmasına engel olacağından,¹⁸ bu aşamada yargı çevresi içerisinde bulunan bölge adliye mahkemesince de konuya ilişkin bir karar verilmeyecektir. Pratikte, madde yönünden yetkisizlik kararıyla birlikte, adeta sorunun bir parçası, yetki meselesinin tarafı haline gelen ağır ceza mahkemelerinin, iş yükü, davayı görmek istememe gibi sebeplerle, yetkisizlik kararına yapılan itirazı kabul etme olasılıkları yüksek olabilir. Bu da, yetkisizlik uyuşmazlığı çıksaydı bu uyuşmazlığı inceleyecek olan ve uyuşmazlığın tarafı olmayan bölge adliye mahkemesinin vereceği karardan farklı bir şekilde karar verilmesi ihtimalini içinde barındırmaktadır.

Nitekim çok benzer gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi'nden CMK'nın 268/3. maddesinin (c) bendinin "görevsizlik kararları" yönünden iptaline karar verilmesi istenmiştir.¹⁹ Başvuruyla, CMK'nın

¹⁸ Şahin/Göktürk, s. 234.

¹⁹ Hatay 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin somut norm denetimi başvurusunun gerekçesi; "(...) ceza yargılaması içinde görevsizlik kararlarının asliye ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesi arasında ortaya çıktığı, itiraz konusu kural gereğince asliye ceza mahkemeleri tarafından verilen görevsizlik kararlarının yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemelerince incelendiği, asliye ceza mahkemesinin görevsizlik kararlarına karşı yapılan itiraz kanun yolu incelemesinin aynı zamanda bu mahkemenin görevli olduğunu değerlendirdiği ağır ceza mahkemesinde yapıldığı, itirazı inceleyen ağır ceza mahkemesinin itirazı reddetmesi hâlinde yargılamanın ağır ceza mahkemesinde devam edeceği, bu durumun ise ağır ceza mahkemesinin iş yükünün artmasına neden olacağı için tarafsızlığını olumsuz şekilde etkileyebileceği, görevsiz mahkemece yapılan yargılamaların üst dereceli

görevsizlik kararlarına itiraz edilebileceğini düzenleyen hükmü değil; görevsizlik kararıyla ilgili olarak itiraza ilişkin 268/3-c bendinin, Anayasa'nın 9. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek, iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, hükmü Anayasa'nın 138. maddesi yönünden de incelemiştir.

Hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilen kararda, Anayasa'nın 138. maddesi bakımından;

“13. Bu bağlamda mahkemelerin önündeki uyuşmazlıklarda, iş yükünü artırma ihtimali bulunan kararları vermektan imtina edeceği ve bu nedenle tarafsız kalamayacağı yönündeki iddiaların nesnel bir temeli bulunmamaktadır. Nitekim Kanun'da mahkeme ya da hâkimin somut olayı değerlendirirken iş yükü baskısının kararları etkilemesini önlemeye yönelik hukuki kurum ve imkânların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda asliye ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlıklarında yargı çevresinde ağır ceza mahkemesinin tek olması hâli Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında çözüme kavuşturulmuştur. Anılan maddede görev uyuşmazlıklarının ortak yüksek görevli mahkemece çözüleceği düzenlenmiştir.

14. Öte yandan ağır ceza mahkemesinin birden fazla olması durumunda dosyanın kararı veren mahkemeye tevzi edilip edilmeyeceğinin mahkemece bilinir olmaması nedeniyle verilen kararda iş yükü baskısının artacak olması yönündeki ihtimalin mahkemenin tarafsızlığını etkileyeceği söylenemez. Bununla birlikte yargılamada mahkemelerin görevine ilişkin iddia ve değerlendirmelerin hükmün tabi olduğu kanun yolu incelemesi sırasında da göz önünde bulundurulanan hukuki sorunlardan biri olması, yargılamanın görevli ve yetkili mahkemelerce yapılmasını güvenceye alan denetimlerden biridir.”²⁰ değerlendirmelerinde bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararında, hükmün Anayasa'nın 141. maddesine aykırılığı iddiasıyla ilgili olarak ise;

mahkemelerce verilen bozma kararları sonrasında yenilenmek zorunda olduğu, bu işlemlerin ise yargılamaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına engel oluşturduğu” şeklindedir. Bkz. AYM, 11.11.2021, E. 2021/4, K. 2021/86, § 3 (Erişim Tarihi: 12.06.2023 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

²⁰ AYM, 11.11.2021, E. 2021/4, K. 2021/86, § 13, 14 (Erişim Tarihi: 12.06.2023 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

“18. Anayasallık denetiminde kanun koyucunun kanun yolu yöntemi ve merciinin belirlenmesi hususundaki takdir yetkisi, ancak kamu yararı amacının var olup olmamasıyla sınırlı olarak incelenebilir. Başka bir ifadeyle düzenlemenin yerindeliliğinin incelenmesi mümkün olmadığı gibi -itiraz konusu kural bakımından- benimsenen itiraz yönteminin isabet derecesi denetlenemez (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

19. Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen görevsizlik kararlarına yapılacak itirazların incelenmesinin yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesince gerçekleştirilmesiyle kanun yolu davasının en az giderle ve süratle sonuçlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralla getirilen ve kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olan, asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen görevsizlik kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi yöntemine ilişkin düzenlemenin Anayasanın 141. maddesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır”²¹ demiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, CMK'nın görevsizlik kararlarına itiraz edilebileceğini düzenleyen hüküm yönünden değil; ancak görevsizlik kararıyla ilgili olarak itiraza ilişkin 268/3-c bendinin Anayasa'ya uygunluğu konusunda inceleme yapmıştır. Ancak ilgili hüküm görevsizlik kararları açısından değerlendirildiğinden, Mahkeme'nin tespitleri de kuşkusuz doğrudan konuyu ilgilendirmektedir.

İlgili düzenlemelerle oluşturulan yapının, Anayasa Mahkemesi'nin de kararında ifade ettiği gibi, Anayasa madde 138 çerçevesinde mahkemelerin bağımsızlığını etkilemediği ileri sürülebilir. *“Mahkemelerin önündeki uyuşmazlıklarda, iş yükünü artırma ihtimali bulunan kararları vermekten imtina etmeleri” ve “bu nedenle tarafsız kalamayacak”* olmaları da her somut olayda mutlaka ortaya çıkacak durumlar olmayabilir. Ancak böyle bir ihtimal söz konusudur. Nitekim Mahkeme de, *“ağır ceza mahkemesinin birden fazla olması durumunda dosyanın kararı veren mahkemeye tevzi edilip edilmeyeceğinin mahkemece bilinir olmaması nedeniyle verilen kararda iş yükü baskısının artacak olması yönündeki ihtimal”* den bahsetmektedir.

Ne var ki, kararda, *“iş yükü baskısının kararları etkilemesini önlemeye yönelik hukuki kurum ve imkânlar”* arasında sayılmış olan CMK'nın 4/2.

²¹ AYM, 11.11.2021, E. 2021/4, K. 2021/86, § 18, 19 (Erişim Tarihi: 12.06.2023 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>).

maddesinin, “*asliye ceza mahkemesi ile ağır ceza mahkemesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlıklarında yargı çevresinde ağır ceza mahkemesinin tek olması hâli*” nde sorunu çözecek olan bir hukuki kurum olduğu tespiti yerinde değildir. İlgili hüküm, ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması konusundan bağımsızdır ve birden çok daire bulunsun ya da bulunmasın ancak madde yönünden yetkisizlik uyuşmazlığı çıktığında uygulama alanı bulabilir, ki itiraz mekanizması nedeniyle bu uyuşmazlığın çıkma ihtimalinin düştüğüne yukarıda değinilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, “*mahkemelerin görevine ilişkin iddia ve değerlendirmelerin hükmün tabi olduğu kanun yolu incelemesi sırasında da göz önünde bulundurulacak hukuki sorunlardan biri olması*” güvence teşkil eden bir denetime olanak vermektedir. Ancak bu saptama ile “*Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen görevsizlik kararlarına yapılacak itirazların incelenmesinin yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesince gerçekleştirilmesiyle kanun yolu davasının en az giderle ve süratle sonuçlandırılmasının amaçlandığı*” şeklindeki diğer saptama bir arada düşünüldüğünde, itiraz mekanizmasının davaların en az giderle ve süratle sonuçlandırılması amacına ne derece uygun olduğu konusunda soru işaretleri gündeme gelmektedir. Zira itiraz üzerine verilen karar istinaf ve temyiz incelemesinde bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay’ı bağlamayacağından, kararın madde 289/1-d uyarınca, “*Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi*” nedeniyle bozulma ihtimali söz konusu olacaktır. Bozma kararının yetkisizlik uyuşmazlığı çıkması ve bunun bölge adliye mahkemesince çözümlenmesine kıyasla yargılamayı çok daha fazla uzatacağı açıktır.²² Yetkisizlik uyuşmazlığı çıktığında bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlığı çözen kararının, istinaf ve temyiz kanun yollarında bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay’ı bağlayacağı ve bu nedenle bozma kararı verilemeyeceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca yetkililik kararlarına itiraz edilemiyor olması, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu tezinin ne denli yerinde olduğu konusunda soru işareti oluşturmaktadır.

Bütün bu hususların dışında, yine de, CMK madde 268/3-c hükmünün, madde yönünden yetkisizlik (görevsizlik) kararları bakımın-

²² Görevsizlik kararlarına itiraz edilebilmesinin yol açtığı zaman kaybı ile ilgili olarak bkz. Taşkın, s. 1042-1043.

dan, iş yükünden kaçınma ihtimali olsa da mahkemelerin tarafsızlığını etkilemeyeceği ve Anayasa'ya aykırı olmadığı ileri sürülecekse de -ki Anayasa Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir- mevcut düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmaları ile uygulamada sorunlara yol açmalarını birbirinden tefrik ederek değerlendirmek gerekir. Yukarıda bahsedilen gerekçelerle ve aşağıda yer yönünden yetkisizlik kararlarına yapılan itirazın yarattığı sorunlara dair yapılacak olan açıklamalar ışığında, düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmasa da yerinde olmadığı ifade edilmelidir. Nitekim esasında Anayasa Mahkemesi de kararında, *"Anayasallık denetiminde kanun koyucunun kanun yolu yöntemi ve mercinin belirlenmesi hususundaki takdir yetkisi, ancak kamu yararı amacının var olup olmamasıyla sınırlı olarak incelenebilir. Başka bir ifadeyle düzenlemenin yerindeliliğinin incelenmesi mümkün olmadığı gibi -itiraz konusu kural bakımından- benimsenen itiraz yönteminin isabet derecesi denetlenemez"* demektedir. İlgili düzenlemeler Anayasa'ya aykırı bulunmamışsa da "yerinde ve isabetli" değildir.²³

Tüm bu hususlara rağmen yine de sanık ve müdafilerin özellikle asliye ceza mahkemelerinin verdikleri madde yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz etmek isteyecekleri göz önünde bulundurulduğunda, hiç olmazsa, bu mahkemelerinin madde yönünden yetkisizlik kararlarına itirazların aynı yer ağır ceza mahkemeleri dışındaki bir merci tarafından; örneğin en yakın ağır ceza mahkemesi tarafından incelenmesini olanaklı kılacak bir mekanizma öngörülmesi yerinde olacaktır.

²³ Yetkisizlik kararına itiraz edilebilmesinin gereksiz ve isabetsiz olduğu şeklindeki aynı yöndeki görüş için bkz. Şahin/Göktürk, s. 233.

Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararının, farklı bir neticeye varmakla beraber soruna işaret etmesi bakımından burada yer verilmesi anlamlı olan karşı oy gerekçesi şu şekildedir: "itiraza bakan mercinin, itirazı kabul etmesi halinde görev uyuşmazlığı ile ilgili bir karar verilmiş olacak ve görev uyuşmazlığı sonlanarak bu uyuşmazlığı itiraza bakan Ağır Ceza Mahkemesi çözmüş olacaktır. Fakat her ihtimalde verilen karşı görevsizlik kararı kesinleşeceğinden, bu durumda artık 5235 sayılı Kanun'un 33/1 maddesine göre Bölge Adliye Mahkemelerinin inceleyebileceği bir karar söz konusu olmayacak ve artık görev uyuşmazlığının olağanüstü kanun yoluyla yani Yargıtay'da çözülmesi gerekecektir. Böyle bir sonuç ise 5235 sayılı Kanun'un 37/2 maddesinde Ceza Dairelerinin görevleri arasında sayılan yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek görevinin uygulanamaması anlamına gelmektedir". Kayseri BAM, 5. CD, 29.01.2020, E. 2020/217, K. 2020/120 (Erişim Tarihi: 22.06.2023 www.lexpera.com).

II- YER YÖNÜNDE YETKİSİZLİK KARARINA İTİRAZ AÇISINDAN

A. Genel Olarak Yer Yönünden Yetkisizlik Kararına İtiraz ve Yer Yönünden Yetki Uyuşmazlığı

CMUK döneminde Kanun'da yalnızca madde yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz mümkün kılınmışken,²⁴ CMK ile birlikte yer yönünden yetkisizlik kararlarına da itiraz edilebilmesine olanak tanınmıştır.²⁵ Yer yönünden yetkisizlik kararına itiraz CMK'nın 18/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir". Görüldüğü üzere, yine yalnızca yetkisizlik kararlarına karşı itiraz edilebilmesi mümkün olup, yetkisizlik iddiası üzerine verilen yer yönünden yetkililik kararlarına karşı itiraz kabul edilmiştir.

Yer yönünden yetkisizlik kararına itirazın usulü ve inceleme mercileri için de CMK'nın 268. maddesi hükümleri dikkate alınmalıdır.

²⁴ Şahin/Göktürk, s. 246.

Madde yönünden yetkisizlik kararına itiraz edilebileceğini düzenleyen CMUK madde 263 hükmü şu şekildeydi:

"Vazifesizlik kararı verilmesi lazım gelen hal ve neticesi

Madde 263 - (Değişik: 4/6/1985- 3206/55 md.)

Duruşmalarda sanığa yüklenen suçun, davayı gören mahkemenin görevini aştığı veya dışında kaldığı anlaşılırsa, mahkeme bir kararla işi görevli mahkemeye gönderir.

Bu karar aleyhine Cumhuriyet savcısı acele itiraz yoluna başvurabilir".

CMUK döneminde yetkisizlik kararına itirazın Yargıtay tarafından kabul edildiği hakkında bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 553; Yenisey/Nuhoğlu, s. 283.

28.03.1946 tarih ve 33/6 sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararıyla yer yönünden yetkisizlik kararına itiraz edilebilmesi kabul edilmiştir.

28.03.1946 tarih ve 33/6 sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı'nın yerinde olmadığına dair bkz. Nurullah Kunter, "Kronik, II. Mahkeme İçtihatları, C) Ceza Mahkemeleri Kararları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, C. 12, S. 4, s. 1288 vd; Nevzat Güreli, "İtiraz Kanun yolunun Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Durumunun Eleştirisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1973, C. 38, S. 1-4, s. 127. Söz konusu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1033 vd.

²⁵ CMK'daki düzenlemenin yerinde olduğu şeklindeki görüş için bkz. Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, s. 156.

CMK'da yer yönünden yetkisizlik ya da yetkililik uyuşmazlığı (Kanun'daki ifadeyle "yetkide olumlu veya olumsuz uyuşmazlık") halinde yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin düzenleme 17. maddede yer almaktadır. Buna göre; "Birkaç hâkim veya mahkeme arasında olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkarsa, ortak yüksek görevli mahkeme, yetkili hâkim veya mahkemeyi belirler". Bu hükme göre, aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki iki farklı yer asliye ceza mahkemesi arasındaki uyuşmazlığı ortak (müşterek) yüksek mahkeme olarak yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesi çözümler. Farklı ağır ceza mahkemeleri çevresinde olan asliye ceza mahkemeleri²⁶ veya iki ağır ceza mahkemesi arasındaki uyuşmazlığı ise, bunlar aynı bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde ise yargı çevresinde buldukları o bölge adliye mahkemesi,²⁷ farklı bölge adliye mahkemelerinin yargı

²⁶ "İnceleme konusu olayda yetki ihtilafı meydana getiren, Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen kararın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen Bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlama tarihi olan 20.07.2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Kanun'un 37/2. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmenin de bulunmasına göre; Aynı bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulunan Ankara 3. Asliye Ceza Mahkemesi'yle Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen yetki uyuşmazlığının çözüm yeri CMK'nın 17. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine," Y 5. CD, 26.03.2019, E. 2019/2277, K. 2019/3591 (Erişim Tarihi: 20.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr); "İnceleme konusu olayda birleştirme ihtilafı meydana getiren, İstanbul Anadolu 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen kararın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttta göreve başlama tarihi olan 20/07/2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Kanun'un 37/4. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında "kanunlarla verilen diğer görevleri yapma" hususunun da bulunmasına göre; Aynı bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulunan İstanbul Anadolu 3. Asliye Ceza Mahkemesi'yle Bakırköy 34. Asliye Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen birleştirme uyuşmazlığının çözüm yeri CMK'nın 10. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine" Y 5. CD, 16.01.2019, E. 2018/13184, K. 2019/676 (Erişim Tarihi 20.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr).

²⁷ "İnceleme konusu olayda yetki ihtilafı meydana getiren, ... 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen kararın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle

çevresindeyseler de Yargıtay, ortak yüksek görevli mahkeme olarak çözümler.²⁸

Ne var ki, 5271 sayılı CMK ile aynı gün yürürlüğe giren 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”un konuya ilişkin düzenlemeleri birbirinden farklıdır. 5235 sayılı Kanun’un 37. maddesine göre, “Yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyumsuzluklarını çözmek”, bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin görevleri arasında sayılmıştır. Bu anlamda iki Kanun’un hükümleri çelişmektedir.

Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen Bölge adliye mahkemelerinin tüm yurtda göreve başlama tarihi olan 20/07/2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Kanun’un 37/2. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyumsuzluklarını çözenin de bulunmasına göre; Aynı bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulunan ... 12. Ağır Ceza Mahkemesi’yle ... 2. Ağır Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen yetki uyumsuzluğunun çözüm yeri CMK’nın 17. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli ... Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine,” Y 5. CD, 30.11.2016, E. 2016/9557, K. 2016/9274 (Erişim Tarihi: 22.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr).

²⁸ Şahin/Göktürk, s. 247.

“5235 sayılı Kanun’un 37/2. maddesi uyarınca; bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevlerinin, yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri ile hâkimlikler arasındaki yetki ve görev uyumsuzluklarını çözümlenmekle sınırlı olduğu, Farklı bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinde görev yapan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri veya hâkimlikleri arasındaki yetki ve görev uyumsuzluklarının giderilmesi görevinin ise CMK’nın 17. maddesi gereğince ortak yüksek görevli mahkeme olan Yargıtay ilgili ceza dairesine ait olduğunun anlaşılması karşısında, Dosyanın incelenmeksizin olumsuz yetki uyumsuzluğunun giderilmesi için Yargıtay’ca değerlendirilip karar verilmek üzere, ilk derece mahkemesine iadesine” Ankara BAM 5. CD, 19.03.2018, 858/597 (Akt. Yaşar/Otacı, s. 173); “İncelenen dosya içeriğine, sanığın üzerine atılı suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Yozgat 2. Asliye Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre yerinde görülmeyen İstanbul 16. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 30.03.2023 tarih ve 2023/494 Esas, 2023/478 Karar sayılı yetkisizlik kararının oy birliğiyle kaldırılmasına,” Y 5. CD, 05.06.2023, E. 2023/5883, K. 2023/7112; “İncelenen dosya içeriğine, sanığın üzerine atılı suçun niteliğine, iddianamede olayın anlatılış biçimine ve Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi kararındaki gerekçeye göre yerinde görülmeyen Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 20.12.2022 tarih ve 2022/459 Esas, 2022/464 Karar sayılı yetkisizlik kararının oy birliğiyle kaldırılmasına,” Y 5. CD, 05.06.2023, E. 2023/5874, K. 2023/7104 (Erişim Tarihi: 22.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr).

Aynı bölge adliye mahkemesinin yargı çevresindeki iki ağır ceza mahkemesi ve aynı bölge adliye mahkemesinin yargı çevresindeki farklı ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemeleri bakımından ortak yüksek yetkili mahkeme, yargı çevresi içerisinde buldukları bölge adliye mahkemesi olduğundan, iki kanundaki farklı ifadeler aynı sonucu doğurmaktadır.²⁹ Ne var ki, aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki farklı yer asliye ceza mahkemelerinin ortak yüksek yetkili mahkemesi ağır ceza mahkemesidir. Hal böyle olunca bu asliye ceza mahkemeleri arasında çıkan yer yönünden yetki uyuşmazlığını ortak yüksek yetkili mahkeme olan ağır ceza mahkemesinin mi, yoksa bölge adliye mahkemesinin mi çözümü gerektirdiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrindeki ağırlıklı görüş ve yargı kararlarına bakıldığında, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle beraber, aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki iki farklı asliye ceza mahkemesi arasında ortaya çıkan bir yer yönünden yetki uyuşmazlığı olduğunda da yargı çevresi içerisindeki mahkemeler bakımından yer yönünden yetki uyuşmazlıklarını her durumda bölge adliye mahkemesinin çözümleneceği kabul edilmektedir.³⁰

²⁹ “5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttan göreve başlama tarihi olan 20.07.2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Kanun’un 37/2. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözümlenmenin de bulunmasına göre; Aynı bölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulunan ... 2. Ağır Ceza Mahkemesi’yle ... 27. Ağır Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen yetki uyuşmazlığının çözüm yeri CMK’nın 17. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli ... Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine” Y 5. CD, 14.06.2017, E. 2017/3007, K. 2017/2613 (Erişim Tarihi: 20.06.2023 www.lexpera.com).

³⁰ Şahin/Göktürk, s. 247; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 548; Yenisey/Nuhoğlu, s. 282. “İnceleme konusu olayda yetki ihtilafı meydana getiren, Siirt 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nce verilen kararın, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleriyle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemelerinin tüm yurttan göreve başlama tarihi olan 20.07.2016 tarihinden sonraya ait olmasına ve anılan Yasanın 37/2. maddesi gereğince bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri arasında yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözümlenmenin de bulunmasına göre; Aynı ölge adliye mahkemesi yargı çevresinde bulu-

B. Aynı Ağır Ceza Mahkemesinin Yargı Çevresindeki Asliye Ceza Mahkemelerinin Yer Yönünden Yetkisizlik Kararlarına İtirazın Yarattığı Sorunlar

Farklı yer ağır ceza mahkemeleri ve farklı ağır ceza mahkemelerinin çevresinde bulunan asliye ceza mahkemelerinin verdikleri yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz edilmesi, madde yönünden yetkisizlik kararına yapılan itirazın yarattığı problemlerin benzerine yol açmamaktadır. Nitekim bu hallerde, itirazları inceleyen ağır ceza mahkemeleri farklı yer ağır ceza mahkemeleri olmakta ve yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlığının çıkması halinde, bu uyuşmazlığı bölge adliye mahkemesi çözümlenmektedir.

Aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz edilmesi ise yine çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir.

Öncelikle, asliye ceza mahkemesi yer yönünden yetkisizlik kararı verdiğinde, CMK madde 268 uyarınca karara yapılan itirazı yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Ağır ceza mahkemesinin itirazı kabul etmesi halinde kararı kesin olduğundan, asliye ceza mahkemesi tekrar yer yönünden yetkisizlik kararı veremeyecektir.³¹ Böylelikle yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlığı çıkması mümkün olmayacaktır.

nan Siirt 2. Asliye Ceza Mahkemesi'yle Baykan Asliye Ceza Mahkemesi arasında meydana gelen yetki uyuşmazlığının çözüm yeri CMK'nın 17. maddesi uyarınca ortak yüksek görevli Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesi olduğundan Dairemizin görevsizliğine" Y 5. CD, 24.09.2019, E. 2019/6844, K. 2019/8768 (Erişim Tarihi: 20.06.2023 www.karararama.yargitay.gov.tr). Karara konu olan Siirt 2. Asliye Ceza Mahkemesi de Baykan Asliye Ceza Mahkemesi de Siirt Ağır Ceza Mahkemesi'nin yargı çevresindedir. Bu anlamda, yetkisizlik uyuşmazlığını çözümlenmesi gereken merciin, mahkemelerin o tarihte yargı çevresinde bulunduğu Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi olduğu tespiti doğru olmakla beraber, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi bu iki asliye ceza mahkemesinin ortak yüksek görevli mahkemesi değildir.

Uyuşmazlığın taraflarının aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki iki asliye ceza mahkemesi olması halinde uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin ortak yüksek görevli ağır ceza mahkemesi olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Centel/Zafer, s. 670; Ünver/Hakeri, s. 178, 179, 191; Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 179.

³¹ Şahin/Göktürk, s. 233-234.

Bu itiraz ağır ceza mahkemesince reddolunur ve dosya, yer yönünden yetkili olduğu gerekçesiyle yine bu ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki farklı bir yer asliye ceza mahkemesine gönderilecek olursa, bu ikinci asliye ceza mahkemesinin de yer yönünden yetkisizlik kararı vermesi Kanun'a göre mümkün gözükmekteyse de bu karara itiraz edilmesi pratik açıdan değerlendirildiğinde son derece ilginç bir duruma yol açacaktır. Şöyle ki, yer yönünden yetkisizlik kararına yapılan itiraz üzerine dosya kendisine gönderilen asliye ceza mahkemesinin de yer yönünden yetkisizlik kararı vermesi halinde, bu karara yapılan itirazı, ilk yer yönünden yetkisizlik kararına yapılan itirazı inceleyen, bu itirazı reddeden ve böylelikle ikinci yetkisizlik kararını veren asliye ceza mahkemesini yetkili gören aynı merci; yani asliye ceza mahkemelerinin yargı çevresi içerisinde buldukları ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Bu ağır ceza mahkemesinin yapılan itirazı reddetme ihtimali son derece düşüktür. Zira ilk yetkisizlik kararına yapılan itirazı reddederek dosyanın gönderildiği asliye ceza mahkemesinin yetkili olduğuna işaret eden ağır ceza mahkemesi, bu mahkemece verilebilecek olan yetkisizlik kararının yerinde olmadığına önceden işaret etmiş olduğundan, ikinci yetkisizlik kararına yapılan itirazı da kabul edecektir. Görüldüğü üzere, aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki iki farklı yer asliye ceza mahkemesinin yer yönünden yetkisizlik kararlarına yapılan itiraz, aynı ağır ceza mahkemesince incelendiğinden işlevsiz hale gelmektedir.

Dahası bu mekanizma sakıncalıdır. Aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunan farklı yer asliye ceza mahkemeleri bakımından işlevsiz olduğu belirtilen itiraz kanun yolu, yer yönünden yetkiye ilişkin bir uyuşmazlık çıkması ihtimalini imkansıza yakın kılması bakımından sakıncalıdır.³² İtiraz mekanizması öngörülmeseydi tek seferde ve kesin olarak bölge adliye mahkemesince çözümlenecek olan uyuşmazlığın, itiraz kanun yolunun öngörülmesi nedeniyle ortaya çıkması ihtimali son derece düşüktür ve her iki yetkisizlik kararına yapılan itirazları aynı merciin değerlendirecek olması yerinde değildir.

³² Aynı yönde bkz. Şahin/Göktürk, s. 246.

CMUK dönemi bakımından da yetkisizlik uyuşmazlığı halinde bunun merci tayini yoluyla giderilebilmesi olanağı bulunması karşısında, yetkisizlik kararlarının kesin olmasında herhangi bir sakınca olmadığı şeklindeki görüş için bkz. Kunter, "Ceza Mahkemeleri Kararları", s. 1293.

Belirtmek gerekir ki, konu bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önceki dönem açısından değerlendirildiğinde, esasen daha da anlamsız bir durum ortaya çıkmaktaydı. Bu dönemde, aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki iki farklı yer asliye ceza mahkemesi arasında, itiraz mekanizması işletildikten sonra her nasılsa bir şekilde yetki uyuşmazlığı çıkacak olursa, bu uyuşmazlığın CMK madde 17 uyarınca, ortak yüksek yetkili mahkeme olarak, yine bu asliye ceza mahkemelerinin yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesince çözümlenmesi gerekmektedir. Böyle bir ihtimalde her iki asliye ceza mahkemesinin vermiş olduğu yetkisizlik kararlarına yapılan itirazları inceleyen aynı ağır ceza mahkemesi, bundan sonra bir de yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlığını çözümlenmektedir.

Bütün bu açıklamalara ek olarak, asliye ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisizlik kararına yapılan itirazların yarattığı sorunlar başlığı altında incelendiği üzere, bir yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunmasının söz konusu sorunu çözmeye yeterli olmadığı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Madde ve yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz edilebiliyor olması çeşitli açılardan sorunlara yol açmaktadır. Zira itirazı inceleyecek mercilere ilişkin halihazırdaki düzenlemeler, konu yetkisizlik kararlarına itiraz olduğunda yerinde ve isabetli değildir.

Asliye ceza mahkemesince madde yönünden yetkisizlik kararı verildiğinde, bu karara itirazı asliye ceza mahkemesinin yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Bu halde itirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi, esasında, asliye ceza mahkemesinin madde yönünden yetkisizlik kararı vererek yetkili olduğunu düşündüğü mahkeme olmaktadır. Ağır ceza mahkemesi itirazı kabul ettiğinde, bu karar kesin olduğundan, yetkisizlik uyuşmazlığı çıkması mümkün olmamaktadır. Yetkisizlik kararına yapılan itirazı, bu konudaki uyuşmazlığın adeta tarafı olan mahkeme incelediğinden itirazların sıklıkla kabul edileceği çıkarımı yapılabilir. İtirazın reddi halinde ise ağır ceza mahkemesinin tekrar yetkisizlik kararı vermesi ihtimali düşüktür. Tersine ilk olarak ağır ceza mahkemesince madde yönünden yetkisizlik kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde ise dosyanın

gönderildiği asliye ceza mahkemesinin vereceği olası bir yetkisizlik kararına yapılacak itirazın istisnai bir durum olmadıkça kabul edileceği açıktır. Uygulamada bazı durumlarda asliye ve ağır ceza mahkemeleri arasında 'zımni görev uyuşmazlığı' çıktığından bahisle merci tayini yapıldığı görülmekte ise de var olan sistematik yanlışın bu şekilde Kanun'a dayanmayan bir içtihatla çözümünün ne kadar doğru olduğu tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin itiraz kanun yoluna ilişkin hükümlerin görevsizlik kararları bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki kararı da düzenlemelerin pratikte sorun yaratmadığı anlamına gelmemektedir. O yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin olması da problemi bertaraf etmeye yeterli değildir. Yetkisizlik kararlarına itiraz mekanizması Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirttiğinin aksine yargılama sürelerinin uzamasına yol açmaktadır. Hem itiraz yolunun tüketilmesi sırasında hem de itirazın kabulü halinde yetkisizlik uyuşmazlığının çıkmasına engel olunması; ancak bu durumun istinaf ve temyiz kanun yollarında bozmayla sonuçlanması halinde yargılama süreleri uzadığından Mahkeme'nin söz konusu gerekçesi isabetli sayılamaz.

Yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz da özellikle aynı ağır ceza mahkemesi yargı çevresindeki farklı yer asliye ceza mahkemeleri açısından sorun teşkil etmektedir. Asliye ceza mahkemelerinden biri yetkisizlik kararı verdiğinde bu karara yapılan itiraz reddedilecek olursa, dosyanın gönderildiği diğer asliye ceza mahkemesinin tekrar yer yönünden yetkisizlik kararı vermesinin anlamı olmayacaktır; çünkü ağır ceza mahkemesi itirazı reddederek dosyanın gönderildiği yer asliye ceza mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmiş olmaktadır. İkinci asliye ceza mahkemesinin de yer yönünden yetkisizlik kararı vermesi olasılığında, bu karara yapılan itiraz çok büyük ihtimalle kabul edilecektir. Böylelikle yer yönünden yetkisizlik uyuşmazlığı çıkması mümkün olmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle ve itiraz mekanizmasına ve itiraz mercilerine ilişkin halihazırdaki düzenlemeler karşısında, madde ve yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz edilebiliyor olması isabetli değildir. Ne var ki sanık ve müdafilerin özellikle asliye ceza mahkemelerinin verdikleri madde yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz etmek isteyecekleri göz önünde bulundurulacak olursa, hiç değilse, madde yönünden yetkisizlik kararlarına itirazların aynı yer ağır ceza mahkemeleri

dışındaki bir merci tarafından incelenmesinin olanaklı kılacak bir mekanizma öngörülmesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Donay Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Gökçen Ahmet/Balcı Murat/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Ankara 2022.
- Kunter Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1989. (Ceza Muhakemesi Hukuku)
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021. (Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri)
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011. (Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu)
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Yasemin F./Alan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022. (Öztürk/Tezcan/Erdem vd.)
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 22. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Yaşar Osman/Otacı Cengiz, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Makaleler

Aydın Murat, "Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 3, S. 1, ss. 29-60.

Gürelli Nevzat, "İtiraz Kanun Yolunun Türk Ceza Muhakemesi Hukukundaki Durumunun Eleştirisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1973, C. 38, S. 1-4, ss. 115-130.

Kunter Nurullah, "Kronik, II. Mahkeme İçtihatları, C) Ceza Mahkemeleri Kararları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, C. 12, S. 4, ss. 1283-1296. (Ceza Mahkemeleri Kararları)

Taşkın Mustafa, "Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 7, ss. 1025-1059.

İnternet Kaynakları

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.lexpera.com

BİRLEŞİK KRALLIK'TA KAMU HİZMETİNİN TARİHSEL DÖNÜŞÜMÜ

THE HISTORICAL TRANSFORMATION OF PUBLIC SERVICE IN THE UNITED KINGDOM

Onur GÜRER*

Özet: Modern anlamda kamu hizmeti 19. yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmıştır. O zamandan beri kamu hizmetinin genişleme ve daralma diyalektiği birçok ülkede etkisini az ya da çok benzer bir biçimde hissettirmektedir. II. Dünya Savaşı sonrasında önde gelen kapitalist ülkeleri korumacı bir döneme girmiş, devlet imalat ve hizmet sunumu sürecinde büyük bir aktör olarak yer almıştır. 1970'lerden itibaren ulaşım, sağlık, eğitim gibi sektörlerde piyasa ilişkileri ve özelleştirmeler yaygınlaşmış, özel sektör çok daha etkin hâle gelmiştir. Birleşik Krallık her iki dönemin de öncü ve etkili aktörlerinden biridir. Piyasa ilişkilerinin ve özelleştirmelerin etkisini artırması devletin kamusal alanda kapladığı alanın da daralmasına yol açmıştır. Bir Kıta Avrupası ülkesi olan Türkiye'de kamu hizmetinin yürütülmesi, örgütü ve personeli, doğaldır ki, Birleşik Krallık'a göre pek çok yönden farklılık taşımaktadır. Birleşik Krallık, Türkiye'de de uygulanan ve çok tartışılan modern kamu özel ortaklığının örgütsel biçiminin yaratıcısı ve uygulayıcısıdır. Piyasalaştırma ve özelleştirme sürecindeki öncü rolü nedeniyle bu ülkedeki kamu hizmetinin tarihsel gelişimi ve tıkanıklıkları ayrı olarak incelenmeyi hak etmektedir. Çalışmada bu konular ve kamu hizmetinin krizinin çözümüne ilişkin eğilimler ve sonuçlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Birleşik Krallık, Üretim İlişkileri, Piyasalaştırma, Özelleştirme

Abstract: Modern public service has arisen in the last quarter of the 19th century. Since then, the dialectic of widening and narrowing of the public service sphere has made its impact in a more or less similar way in many countries. After the Second World War, the leading capitalist countries entered a protectionist period, in which the state was a dominant actor in production and public service

* Dr., Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ogurer@pirireis.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2714-5299, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.02.2024, Kabul Tarihi: 22.05.2024

delivery. Since the 1970s, market relations and privatisations have become widespread in sectors such as transportation, health, education, and the private sector has become much more active. The United Kingdom is one of the leading and influential actors in that time. The increasing influence of market relations and privatizations has led to downsizing of the state in public sphere. Naturally; delivery, organization and personnel of the public service of Türkiye have several differences from the United Kingdom. The United Kingdom is the creator and implementer of the exceedingly doubtful modern public-private partnership in organisational form which is also implemented in Türkiye. Due to its leading role in the marketization and privatisation process, the historical transformation and gridlock of the public service in the United Kingdom need to be assessed independently. This article focuses on these matters, and tendencies and outcomes of the remedies for the crisis of the public service.

Keywords: Public Service, the United Kingdom, Relations of Production, Marketisation, Privatisation.

GİRİŞ

Kapitalizmin ortaya çıkışıyla, önceki üretim tarzlarına göre üretim ilişkileri çok daha karmaşık hâle gelmiştir. Takım tezgâhlarının geliştirilmesi, buhar gücünün üretim faaliyetinde kullanılması üretimi artırmış ve toplumsallaştırmıştır. Kırlardan kentlere göç eden serfler ve küçük mülklerini kaybeden eski zanaatkârlar işçi sınıfını oluşturmuş, önce atölyelerde sonra fabrikalarda üretim yapan makineler bu sınıf tarafından kullanılmıştır. Demiryollarının ve telgrafın yaygınlaşmasıyla ulaşım ve iletişim ağlarının büyük bir hızla gelişmesi, sermayenin yeni kaynaklar ve pazarlar bulmasına yardımcı olmuştur. 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren, mali sermayeyle sanayi sermayesi iç içe geçmiş, meta ihracından farklı olarak sermaye ihracı ortaya çıkmış ve sermayenin yoğunlaşması süreci başlamıştır. Bu süreçle paralel ilerleyen kapitalizmin tekelleşme eğilimi hem üretim ilişkileri alanında hem devlet faaliyetlerinde planlamayı zorunlu kılmıştır. Bu gelişmeler doğrultusunda devletin toplumsal hayattaki rolü artmış, modern anlamda kamu hizmeti ve kamu görevlileri doğmuştur. Faşizmin yenilgisiyle sonuçlanan II. Dünya Savaşından sonra ise kapitalist ülkelerde uygulanan; devletin piyasaya müdahale ederek, toplam talebi artırarak krizleri önlemeyi ve işsizliği azaltmayı hedefleyen keynesyen ekonomik model, kamu hizmetinin sınırlarını büyük oranda genişletmiştir. Üretim faaliyetinin veriminin artırılması ve kitlelerin sisteme bağlanması amacıyla insanların barınma, eğitim, sağlık, ulaşım vb. ihtiyaçlarının az veya çok karşılanması bu dönemin ürünü olmuştur. Bu

dönemde yapılan anayasalar, kanunlar vb. hukuki düzenlemeler bu genişlemenin damgasını taşımıştır.

Dünya kapitalizminin '70'li yıllardan itibaren girmiş olduğu iktisadi krizler ve bu krizlere cevap olarak piyasalaştırma ve özelleştirme uygulamaları nedeniyle kamu hizmetinin alanının oldukça daraldığı söylenebilir.¹ Özelleştirmeler, üretilen malların ve sunulan hizmetlerin metalaştırılması, başka bir deyişle piyasalaştırma sürecinin öncüsü Birleşik Krallık olmuştur. Bu uygulamalar Türkiye'ye de ilham olmuş ve neredeyse aynı biçimde uygulanmıştır. Meta üretimi, özel mülkiyet, devlet mülkiyeti gibi kavramların üretim ilişkileriyle doğrudan bağlantısının bulunması ve bunun da kamu hizmetinin sunulmasında önemli bir etkisinin olması nedeniyle, Birleşik Krallık'ta kamu hizmetinin tarihsel gelişimi ve dönüşümü krizi çalışmamızda bu kavramlar bağlamında ele alınmıştır. Kamu hizmetinin nasıl örgütleneceği, yürütüleceği ve yurttaşların buna aktif katılımını sağlama konularında kestirme bir yol bulmak mümkün değildir. Bu konuda verilebilecek en genel cevap, toplumsal sınıfların örgütlenerek kendi çıkarları doğrultusunda iktidarı veya iktidarın sınıfsal karakterini değiştirmeleridir. Toplumların ve devletlerin yapısındaki dönüşüm, kamu hizmetinin alanının genişleme ve daralma diyalektiğini belirleyecektir.

I. ÜRETİM TARZI DEVLET VE KAMU HİZMETİ

Tarih, insanların eylemleri sonucu ortaya çıkar, fakat insanın *tarihi yapabilmesi* için yaşamak için uygun koşullara sahip olması gerekir. Yaşam her şeyden önce yeme, içme, barınma, giyinme gibi çeşitli ihtiyaçları içerir.² Bütün bu yaşamsal unsurları elde edebilmek için insanlar üretim faaliyetinde bulunurlar. Bilinç, din vb. kavramlar insanları hayvanlardan ayırt etmek için kullanılabilir; fakat bu konuda asıl ayırt edici olan, yaşam araçlarının üretimidir.³

Üretim tarzı, üretim ilişkileri ve üretici güçler arasındaki özel bir ilişki biçimidir. Üretici güçler, doğayı dönüştürme gücü anlamına ge-

¹ Janet Newman/John Clarke, *Publics, Politics and Power: Remaking the Public in Public Services*, Sage Publications, London, 2009, s. 7.

² Karl Marx/Frederick Engels, *Selected Works in Three Volumes*, Progress Publishers, Moscow, 1976, s. 30.

³ *Ibid.*, s. 20.

lir.⁴ Emek, sermaye, toprak ile birlikte üretim araçları⁵ üretici güçleri oluştururken, üretim ilişkileri; mülkiyet ilişkilerini, sınıflar arası güç dengelerini ve ilişkilerini kapsar. Bu üç ilişkinin de toplumsal yaşamdaki görünümü hukuk aracılığıyla olur. Dolayısıyla üretim ilişkileri ve hukuk arasında yakın bir bağ bulunur.⁶ Bugün dünyanın neredeyse tamamında kapitalist üretim tarzı egemendir. Kapitalist üretim tarzında, üretim araçları üzerinde özel mülkiyet egemendir, meta üretimi ve değişimi esastır, işçiler piyasada emek güçlerini satarak ve artı değer yaratarak üretim sürecine katılır.⁷

Üretim faaliyetinin sürekliliğinin sağlanması için emek gücünün yeniden üretilmesi gerekir. Emek gücünün yeniden üretilmesi; insanlara yiyecek, giyecek, yakıt, barınak gibi geçim araçlarının sağlanmasıyla olur. Böylece üretici, yaşamını sürdürecektir ve üretim sürecindeki yerini alacaktır. Modern devlet, üretim tarzının ve üretici güçlerin yeniden üretilmesine yardımcı olan bir aygıttır.⁸ Yeniden üretimin sağlanabilmesi için eğitim, sağlık, ulaşım, barınma⁹ gibi konularda birtakım faaliyetlerin yürütülmesi gerekmektedir. İşte bu faaliyetler, kamu hizmeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetini kural olarak¹⁰ devlet yürütür. Devlet, iktisadi ve politik açıdan egemen olan sınıfın

⁴ David Harvey, *Limits to Capital*, 2nd Ed. Verso, London, 2006, s. 99.

⁵ Hammadde, makineler, üretim binaları.

⁶ Onur Karahanoğulları, "Marksizm ve Hukuk", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. LVII, S. 2, 2002, s. 63.

⁷ Karl Marx, *Kapital*, C. II, Sol Yayınları, Ankara, 1992, s. 56-58.

⁸ Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İthaki Yayınları, Çev. Alp Tümertekin, İstanbul, 2003, s. 117, 156-157; David Harvey, *The Enigma of Capital and the Crises of Capitalism*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 233.

⁹ Isınma, su ve elektrik harcamaları barınmanın doğal birer parçası sayılmalıdır.

¹⁰ Bu ifadeden, kamu hizmetinin istisnai olarak özel hukuk kişileri eliyle yürütülebileceği anlamı çıkmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ali. Ü. Azrak, "Millileştirme ve Kamu Hizmeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXXVI, S. 1-4, 1970, s. 59-vd.; Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. I, S. 1, 1980, s. 113-116; Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim*, 3. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 54-72; Sedat Çal, "İdare Hukukunda Metalaştırma Serüveni: 1980'lerden Bugüne Kamu Hizmetinde Başkalaşım ve İdare Hukukunun Bu dönemeçteki Kimlik Sorunsalına Bakışlar", *Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm*, Ed. Ali Murat Özdemir/Muammer Ketizmen, İmge Yayınları, Ankara, 2014, s. 124-127.

baskı aygıtıdır.¹¹ Yalnız bu baskıcı özelliğinin yanında devletin ideolojik yönünün de bulunduğu hesaba katılmalıdır. Devletin baskıcı ve ideolojik yanları arasında diyalektik bir ilişki bulunmaktadır. Bu iki işlev, ancak saf tanımsal düzeyde ve önemli rezervlerle ayrılabilir.¹² Çünkü baskıcı uygulamalar ve ideolojik müdahaleler çoğu zaman iç içe geçmektedir. Devletin yaygın ve sürekli baskı uygulaması toplumsal mücadelelerin yükselmesine ve kapitalizmin yıkılma tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına yol açabilmektedir. Bunun yaşanmaması için devlet; kamu hizmeti faaliyeti yürüterek üretim maliyetlerini azaltmakta, yurttaşlarına asgari yaşam ve çalışma standartları gibi bazı olanaklar ve garantiler sunarak onların rızasını kazanmaktadır.¹³

Doktrinde kamu hizmetinin iktisadi nesnellik, devletin görevleri ve devletin yarattığı işlevler olarak tanımlandığı tespit edilmektedir.¹⁴ Kamu hizmetinin tanımlanmasının zor olduğunu belirten yazarların çoğunlukta olmasına rağmen, kamu hizmeti tanımının yapılmasında doktrinin ve yargı organlarının kamu hizmetini sıklıkla tanımladığı da belirtilmektedir.¹⁵ Kamu hizmeti, şablonlara bağlı kalınmadan, her tarihsel süreçte yeniden tanımlanması gereken bir kavramdır.¹⁶

Kamu hizmeti, kural olarak idare(devlet) tarafından yerine getirilen, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılama amacı taşıyan, kamusal yetki ve usuller kullanılarak yürütülen faaliyetlerdir.¹⁷ Bu ihtiyacın; sürekli olması gerektiği gibi,¹⁸ tam olarak tatmin edilememesi nedeniyle toplumun huzurunun bozulma ihtimalinin bulunması da gerekir. İhtiyaç görece bir kavramdır ve gıda, konut, sağlık, eğitim ve ulaşım hizmetleri gibi birçok faaliyet kategorisine göre tanımlanabilir.¹⁹ İhtiyaç; *piyasa tale-*

¹¹ Friedrich Engels, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Çev. Kenan Somer, Sol Yayınları, Ankara, 1998, s. 201.

¹² Nicos Poulantzas, State, Power, Socialism, Verso Classics, London, 2000, s. 33-34.

¹³ David Harvey, Spaces of Capital: Towards a Critical Geography, Routledge, New York, 2001, s. 277.

¹⁴ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 10-45.

¹⁵ Cüneyt Ozansoy, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XLVI, S. 1, 1997, s. 85-86.

¹⁶ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 6-7.

¹⁷ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku C. I, 9. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 589-592.

¹⁸ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, 3. Bas., İstanbul, 1996, s. 231.

¹⁹ David Harvey, Social Justice and the City, 2nd Ed., Blackwell Publishers, Oxford, 1993, s. 102.

bi, bir bölgeler dizisinde bulunan bireylerin görece mahrumiyetinin araştırılmasıyla tespit edilebilen *gizli talep*, yaş, yaşam süresi, gelir düzeyi, toplumsal ve kültürel koşulların belirlediği *potansiyel talep* ve ilgili kamu hizmeti alanının uzmanlarıyla yapılacak *ortak çalışmalar* gibi faktörlere göre belirlenebilir.²⁰ İhtiyaçların belirlenmesinde piyasa talebini belirlemek her zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle eğitim, itfaiye, polis hizmetleri gibi kamu hizmetleri üretilirken piyasa fiyatının belirlenmesi zor olduğundan, *olağan* piyasa mekanizması devre dışı kalmakta, bunlar kamusal faaliyetin konusu olmaktadır.²¹

Kamu hizmeti, toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacıyla devletin, üretim ilişkilerinin kurallarından belirli oranda özerk bir biçimde yürüttüğü faaliyetler olarak da tanımlanmaktadır.²² Bir başka anlatımla kamu hizmeti, devlet mal üretiminde ve hizmet sunumunda piyasa ilişkilerini kaldırdığında veya eksilttiğinde ortaya çıkar.²³ Bu tanım, devlet ve üretim ilişkileri diyalektiğini göz önünde bulundurduğu için diğer tanımlamalara göre daha güçlü yanlar barındırmaktadır. Kamu hizmeti faaliyetinde, üretim ilişkilerinin bir parçası olan piyasa mekanizmasının tam ya da belirli bir oranda eksiltildiği belirtilmekte, vergi toplanmasında ve askerlik hizmetinde piyasanın etkisinin tam olarak ortadan kalktığı ileri sürülmektedir.²⁴

II. BİRLEŞİK KRALLIK'TA KAMU HİZMETİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Birleşik Krallık'ta Kamu Hizmetinin Doğuşu ve Hukuk Sistemi

Sanayi kapitalizminin doğduğu yer olan Birleşik Krallık'ta, feodal üretim tarzından kapitalist üretim tarzına geçiş oldukça sancılı olmuştur. Küçük üreticiler, ilk önce tamamıyla veya belirli bir oranda feodal yükümlülüklerinden kurtulmuş, sonra birer üretim aracı olan mülkle-

²⁰ Ibid., s. 102-104.

²¹ Ibid., s. 89.

²² Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 5.

²³ Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 278.

²⁴ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, s. 48.

rinden koparılmış ve geçinmek için ücretli emek sistemine bağlanmıştır. Su gücünün ve buharın üretimde kullanılmasının ortaya çıkardığı sanayi devrimiyle birlikte evdeki ya da atölyedeki üretim süreci fabrikalara kaymış²⁵ ve bu süreç içerisinde sanayi kapitalizmi gelişmiştir. Sömürgelerdeki hammaddelerin metropollere aktarılmasıyla ilk sermaye birikimi sağlanmış, uzun çalışma saatleri ve düşük ücretlerle kadın ve çocuk emeği de dâhil olmak üzere emek sömürüsü inanılmaz boyutlara ulaşmıştır.

Modern kamu hizmetinin Britanya’da ve Kıta Avrupası’nda ortaya çıkışı, kapitalizmin gelişmesiyle paralel gitmiştir. Yalnız kapitalizmin emekleme döneminde, kamu hizmetinin çok sınırlı bir ölçekte kaldığını ve sayıca az bir yurttaş kitlesine ulaştığını belirtmeliyiz. Birçok kamu hizmeti kuruluşu, hayırsever veya dini örgütler olarak ortaya çıkmış, bunların faaliyetleri devlet tarafından devralınmış ve sonrasında bu kuruluşlar tekrar özel sektöre devredilmiştir.²⁶ Üretim sürecinin örgütlenmesi açısından kapitalizmin gelişmesi, Britanya toplumunun ihtiyaçlarını da artırmıştır. Bu ihtiyaçların karşılanması yolunda Aralık 1942’de, Birleşik Krallık’taki refah devleti uygulamalarının temeli olan Sosyal Güvenlik ve Bağlantılı Hizmetler Raporu (*Social Insurance and Allied Services*)²⁷ yayımlanmıştır. Rapor, büyük oranda sosyal güvenlik sistemiyle ilgilidir ve işsizlik, hastalık ve emeklilik konularında yurttaşlara güvenceler sunulmasını önermektedir.²⁸ 1948 yılında kurulan, devlet tarafından yürütülen ve vergilendirme yoluyla finanse edilen Ulusal Sağlık Sisteminin (*National Healthcare System*) temelleri de bu rapora dayanmaktadır.²⁹ Sistemin esas işlevi, Birleşik Krallık yurttaşlarının mali güçleri yettiği oranda ödediği vergilerle nitelik-

²⁵ Maurice Dobb, *Capitalism Yesterday and Today*, Monthly Review Press, New York, 1962, s. 34-35.

²⁶ Tony L. Doherty/Terry Horne, *Managing Public Services – Implementing Changes*, Routledge, London, 2002, s. 4.

²⁷ Rapor, William Henry Beveridge tarafından hazırlandığı için O’nun ismiyle anılmaktadır.

²⁸ Laura Nistor, *Public Services and The European Union: Healthcare Health Insurance and Education Services*, T.M.C Asser Press, The Hague, 2011, s. 19.

²⁹ <https://www.sochealth.co.uk/national-health-service/public-health-and-wellbeing/beveridge-report>, Erişim Tarihi: 10.1.2024.

li sağlık hizmetlerinin sağlanmasıdır.³⁰ 1945-1979 yılları arasında; sosyal güvenlik, sağlık, eğitim, kent içi ulaşım ve altyapı hizmetlerinde Birleşik Krallık'ta devletin oldukça etkin bir konumda olduğu görülmektedir. II. Dünya Savaşı ertesinde gaz, elektrik gibi barınmaya ilişkin hizmetler, demiryolları, Merkez Bankası, Britanya Havayolları, hatta bunların da ötesinde kömür ve çelik sanayileri³¹ devletleştirilmiştir.³² İmalat, ticaret, tarım, inşaat gibi sektörler ise büyük oranda özel sektöre bırakılmıştır.³³ Devletleştirilmiş sektörler, tüm üretim araçlarının beşte birini oluşturmaktadır.³⁴ Sektörlerin devletleştirilmesine, bunların doğal tekel olma özelliğine sahip olmalarının yanı sıra planlı kapitalizmle devlet işletmeciliğinin uyumlu olması gerekçe olarak gösterilmektedir.³⁵ Birleşik Krallık'ta devletin kamu hizmeti alanındaki ve üretimdeki etkinliği, '80'li yıllardaki özelleştirmelerle büyük oranda ortadan kaldırılmıştır. Bu sürecin ideolojik nedenlerle özelleştirme olarak değil *denationalisation*³⁶ olarak tanımlandığı belirtilmektedir.³⁷

Birleşik Krallık'ta refah devleti uygulamaları doğrultusunda genişleyen idari faaliyetler, hukuk sisteminde de karşılık bulmuştur. 1957'de Franks Komitesinin hazırlamış olduğu rapor doğrultusunda

³⁰ Sigrid Sterckx/Julian Cockbain, "The UK National Health Service's 'Innovation Agenda': Lessons on Commercialisation and Trust", *Medical Law Review*, C. XXII, S. 2, 2014, s. 223.

³¹ Çelik sanayii Birleşik Krallık'ta devletleştirme-özelleştirme diyalektiğinde özgün bir konuma sahiptir. Çelik sanayii; 1949 yılında İşçi Partisi iktidarında devletleştirilmiş, 1952'de Muhafazakâr Partinin iktidara gelmesinden kısa bir süre sonra özelleştirilmiş, 1967'de yeni bir İşçi Partisi iktidarında tekrar devletleştirilmiştir. Alasdair M. Blair, "The British Iron and Steel Industry Since 1945", *Journal of European Economic History*, C. XXVI, S. 3, 1997, s.572-573. Çelik Sanayii 1999 yılında Anthony Blair döneminde tekrar özelleştirilmiştir.

³² Dobb, s. 76; Robert Millward, "The 1940s Nationalizations in Britain: Means to an End or the Means of Production?", *The Economic History Review*, C. L, S. 2, 1997, s. 210-211.

³³ Ibid., s. 215.

³⁴ Dobb, s. 76-77.

³⁵ Millward, s. 215

³⁶ Kavramı Türkçe'de tek bir kelimeyle ifade etmek mümkün olmadığından orijinalini kullandık.

³⁷ John Kitsos, "Privatisation and Public Private Partnerships: Defining the Legal Boundaries from an International Perspective", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, C. XX, S. 1, 2015, s. 22.

1958'de Kurullar ve Soruşturma Kanunu (*Tribunals and Inquiries Act*) kabul edilmiştir. Kanun, 1971'de ve 1992'de iki kez değişikliğe uğramıştır. Kanunla, yargısal fonksiyonu bulunan idari kurullar (*administrative tribunals*) oluşturulmakta, bu kurulların kararları; kuruluş esasları ve çalışma usulleri açısından Kurullar Konseyi (*Council on Tribunals*) tarafından izlenmekte, Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) tarafından da denetlenmekteydi.³⁸ Her bir kurulun görev alanı; göçmenler, sosyal sigortalılar, iş kazaları gibi tek alanla sınırlıydı.³⁹ Kurullar kullandıkları yetkiler bakımından da ayrılmaktaydı. Bunların bir bölümü yargısal yetkiler kullanmakta, kamu kurumlarının işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekte; diğer bir bölümü bakanlıklara itiraz yolu açık olmak üzere, lisans verme vb. idari işlemler yapmakta; bazıları ise bağımsız idari otoriteler olarak çeşitli alanlara ilişkin kurullar koymaktaydı.⁴⁰ Bağımsız idare mahkemeleri yerine yargısal yetkileri bulunan idari kurullar oluşturulmasının avantajları arasında; avukat tutma zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle düşük masraflı olma, kolay erişilebilir olma, mahkemelerden farklı olarak teknik usul kurallarının söz konusu olmaması, duruşmaların kısalığı nedeniyle zamandan ve paradan tasarruf edilmesi gibi nedenler gösterilmektedir.⁴¹ Kurulların oluşturulmasından önce Fransız Devlet Konseyi Başkan Yardımcısı Birleşik Krallık'a davet edilerek kendisinin görüşü alınmış, fakat Franks Komitesi, idari rejimin herhangi bir özelliğinin adaptasyonunu seçmemiştir.⁴² Bunun sebebinin, ortak hukuk ve Kıta Avrupası hukuku arasındaki anlayış farklılıkları olduğunu, ayrıca '50'li yılların Birleşik Krallık'ın idari rejimin birtakım özelliklerini alması için erken bir dönem olduğunu düşünüyoruz.

2007 yılında kabul edilen Kurullar, Mahkemeler ve Yaptırımlar Kanunu ise (*The Tribunals, Courts and Enforcement Act*) Birleşik Kral-

³⁸ Paul P. Craig, *Administrative Law*, 7th Ed., Sweet and Maxwell, London, 2012, s. 261.

³⁹ Esin Örcü, "Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, s. 259.

⁴⁰ Neil Hawke/Neil Parpworth, *Introduction to Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1998, s. 68-71.

⁴¹ *Ibid.*, s. 67.

⁴² John Bell/François Lichère, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, s. 2.

lık idare hukuku sisteminde niteliksel bir değişimin göstergesi olmuştur. Kanunla birlikte; kurullar bağımsız mahkemeler haline getirilmiş, mahkemelerin üyeleri yargıç statüsü kazanmış, ilk derece mahkemesi (*first tier tribunal*), üst mahkeme (*upper tribunal*) ve İstinaf Mahkemesi (*High Court*)-Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) olmak üzere üç dereceli bir yargılama sistemi öngörülmüş, üst mahkemenin bazı kararlarının istinaf mahkemesi, bazılarının ise temyiz mahkemesi tarafından denetlenmesi sistemi getirilmiştir.⁴³ İlk derece mahkemesi ve üst mahkeme; idari nitelikte uzmanlık mahkemeleri iken, istinaf ve temyiz mahkemelerinin, adli ve idari yargı organlarının denetimini yapma yetkisini bulunmaktadır. Üç dereceli idari rejime benzeyen bu sistemde, idari rejimden farklı olarak, bir yüksek idare mahkemesi bulunmamaktadır. Ayrıca Birleşik Krallık'ta idari sözleşmeler ve idarenin sorumluluğu konularında adliye mahkemeleri görevlidir.⁴⁴

B. Kamu Hizmetinin Piyasaya Açılmasının Tarihsel ve Teorik Temelleri

20. yüzyılda kamu hizmetinin, II. Dünya Savaşı'nın sonunda ve '70'lerde iki krize girdiğini söylemek mümkündür. Bu krizlerden ilki genişleme, ikincisi ise daralma krizidir.⁴⁵ İlk krizde, devletin toplumsal ve iktisadi alanda daha fazla yer alması nedeniyle idarenin faaliyet alanı genişlemiş, liberalizmin kamu hizmetini idarenin faaliyetlerini kısıtlama aracı olarak kullandığı dönem sona ermiştir.⁴⁶ Üretim ilişkilerinde, iş bölümünde, artı değere el koyma sürecinde yaşanan önemli değişiklikler nedeniyle devlet faaliyeti için daha önce *marjinal* olarak görülen eğitim, şehir planlaması, sağlık, ulaşım vb. hizmetler devletin hizmet sunduğu alanlar haline gelmiştir.⁴⁷

II. Dünya Savaşı'nın sürdüğü yıllarda ve hemen sonrasında, kapitalist ülkelerde yeni bir iktisadi, politik ve toplumsal sistem ortaya çıkmıştır. Kapitalizmin bu yeni yöneliminin doğurduğu kurumların temelleri ise 1944'te ABD'nin Bretton Woods kasabasında yapılan

⁴³ Craig, s. 266-273.

⁴⁴ Bell/Lichère, s. 65.

⁴⁵ Onur Karahanoğulları, "Kamu Hizmetinde Kriz Yeni Denge ve Hukuk", *Emek Araştırmaları Dergisi*, C. I, S. 8, 2002, s. 38.

⁴⁶ Azrak, s. 57.

⁴⁷ Poulantzas, s. 167.

konferansta atılmıştır. Konferans kararları doğrultusunda Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası kurulmuş, para birimleri arasındaki dalgalı kur sistemine son verilmiştir. ABD Dolarının değeri, altının değerine bağlanmıştır. Dolar, kapitalist dünyanın *konvertibl* para birimi haline gelmiştir. ABD Doları-Batı Alman Markı paritesi de büyük oranda sabitlenmiştir. Yalnız Batı Avrupa'da esas değişim savaş sonrası yıllarda yaşanmıştır. Büyük yeteneğe sahip ilginç bir akademisyen ve iyi bir hatip, sınıfına ve kendisini yetiştiren sisteme zekâsıyla hizmet eden biri olarak tasvir edilen⁴⁸ İngiliz iktisatçısı John Maynard Keynes'in düşünceleri doğrultusunda ücretlerin yüksek tutulduğu, devletin üretim sektöründe büyük yatırımlar yaparak talebi yükselttiği ve kamu hizmetlerini bizzat yürüttüğü, işsizlik oranının mümkün olduğu kadar aşağı çekildiği refah devleti uygulamaları,⁴⁹ yaklaşık otuz yıl boyunca Batı Avrupanın çehresini şekillendirmiştir. Ancak otuz yıllık dönemin sonunda bu sistem, sermaye birikimi ve kitlelerin yönetilmesi konusunda tıkanmıştır.

Kamu hizmetinin daralma krizi, bahsettiğimiz tıkanmanın kendisini 1973-1979 petrol krizlerinde göstermesinden sonra ortaya çıkmıştır. 1973'te Mısır, Suriye ve müttefikleri ile İsrail ve müttefikleri arasında çıkan Yom Kippur Savaşı'nda, Amerika Birleşik Devletlerinin İsrail yanlısı tutumu nedeniyle Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü'nün(OPEC) Arap üyelerinin Ekim '73'te petrol üretimini kısması ve ambargo uygulama kararı, petrol fiyatlarını dört katına çıkartmıştır.⁵⁰ 1979 yılında İran'da iktidarın değişmesi ve 1982'ye kadar yaşanan düşük yoğunluklu iç savaş ve 1980-1988 yılları arasında süren İran-İrak Savaşı da petrol üretiminin azalmasına ve petrol fiyatının yükselmesine yol açmıştır. Krizlerin etkisi bütün dünya için ağır olmuştur. 1973-75 yılları arasında, gelişmiş piyasa ekonomilerinde sadece bir yıl içerisinde sanayi üretimi %10 azalırken, bu gelişmeye paralel olarak uluslararası ticaret %13 azalmıştır.⁵¹ Avrupa'nın altı eski sanayi ülkesinin imalat sektöründe çalışan sayısı, 1973'ten '80'li yılların sonlarına kadar yedi milyon kişi azalmış, '80-'84 yılları arasında Britanya, imalat sanayisi-

⁴⁸ Andrey Gromiko, Anılarım, Yazılama Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 111.

⁴⁹ Eric J. Hobsbawm, The Age of Extremes: The Short Twentieth Century 1914-1991, Abacus, London. 1995, s. 409.

⁵⁰ Ibid., s. 244.

⁵¹ Ibid., s. 405.

nin %25'ini kaybetmiş,⁵² sanayi sektöründe çalışan işçi sayısı %49.2'den % 32.2'ye düşmüştür.⁵³ Bütün dünyada imalat sektörünün daralması, hizmet sektörünün ülke ekonomilerindeki payının dramatik bir biçimde artmasına sebep olmuştur. Kamu hizmetinin piyasaya açılması ve geniş çaplı özelleştirmeler bu dönemde gerçekleşmiştir.

Birleşik Krallık da dâhil olmak üzere, gelişkin kapitalist ülkelerde sermaye birikim modeli ve kitlelerin yönetilmesi konusunda yaşanan kriz, piyasalaştırma yöntemiyle çözülmek istenmiştir. Piyasaya açılma, kamu hizmetinin metalaşmasıdır. Meta, bizim dışımızda bir nesne ve taşıdığı özellikleriyle insan ihtilaçlarını gideren bir şeydir.⁵⁴ Yiyecek açlığımızı, kıyafetler ısınma, konut ise barınma ihtiyacımızı giderir.⁵⁵ Dolayısıyla tekil olarak meta kavramı olumsuz bir anlam içermemektedir.⁵⁶ Bir şeyin yararlılığı, onu bir kullanım değeri hâline getirir.⁵⁷ Fakat kullanım değeri tek başına anlamlı ve açıklayıcı bir kavram olmaktan uzaktır. Bir nesnenin piyasada alınıp satılabilmesi için onun bir değişim değerine sahip olması gerekir. Değişim değeri, başkası için üretilen ve değişim yoluyla devredilebilen kullanım değerinde kendisini gösterir.⁵⁸ Bunun ortaya çıkabilmesi için ise bir üretim sürecine ihtiyaç vardır. Kapitalist üretim tarzında metalar, pazarda emek gücünü *serbestçe* sermayedarlara satan emekçiler tarafından üretilir. Bir metanın [değişim] değeri, onun üzerinde harcanan ve kendisinde maddeleşen emek miktarıyla, üretimi için belli toplumsal koşullar altında gerekli emek-zaman ile belirlenir.⁵⁹ Metalaştırmanın olumsuz yanını, sermaye sınıfının, emekçinin yarattığı artı-değere⁶⁰ el koymasını anlatan sömü-

⁵² Ibid., s. 304.

⁵³ Geoff Eley, *Forging Democracy: The History of the Left in Europe, 1850-2000*, Oxford University Press, New York, 2002, s. 385.

⁵⁴ Karl Marx, *Kapital C. II*, Çev. Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, Ankara, 2000, s. 47.

⁵⁵ Harvey, *Limits to Capital*, s. 5.

⁵⁶ Benzer görüş için bkz. Çal, s. 140-141.

⁵⁷ Marx, *Kapital, C. II*, s. 48.

⁵⁸ Ibid., s. 53.

⁵⁹ Ibid., s. 188.

⁶⁰ "İşçi, özel bir amaca yönelmiş özelleşmiş türden emeği sayesinde, üretim araçlarının değerini korur ve ürüne aktarır, aynı zamanda, o, yalnızca çalışmasıyla her an ek ya da yeni bir değer yaratır. Diyelim ki, işçinin tam emek-gücünün değerinin eşdeğeri kadar üretim yaptığı anda üretim süreci kesilmiş olsun; sözgelisi altı saatlik emekle işçi üç şilinlik bir değer katmış olsun. Bu değer, ürünün toplam değerinin üretim araçlarından gelen değer dışındaki fazlalıktır. Bu değer, bu

rü ilişkisi oluşturur. Piyasalaştırmanın, düşük gelirli emekçilerin kamu hizmetine erişimini önemli boyutta azaltması,⁶¹ kamu hizmetinin dönüşüm sürecinin esas olumsuz özelliği olarak değerlendirilmelidir.

1973'te kapitalizmin ciddi bir kriz içerisine girmeye başlaması, sermayenin kârlılığını artırmak için yeni alanlar aramasına yol açmıştır. Büyük oranda yeni yatırım gerektirmeyen kamu kurumlarının ve işletmelerinin parçalanması ve kamu hizmetiyle ilişkili bina inşaatı, temizlik işlerinin görülmesi, okul-hastane kantini işletme gibi daha önceden devlet tarafından yürütülen faaliyetlerin özel sektöre devredilmesi, azalan kâr oranlarını artırmanın bir aracı olarak görülmüştür. Bunlar da sermaye sınıfı için yeterli olmamış; elektrik, gaz üretimi ve dağıtımını, demiryolları, havayolları gibi sektörlerde de geniş çaplı özelleştirmelere gidilmiştir. Bu adımların gerçekleşmesi sürece yayılmış ve bu konuda çeşitli reformların yapılması gerekmiştir. Bu amaçla piyasa mekanizması, Birleşik Krallık'ta kamu hizmeti reformunun temel bileşeni haline getirilmiştir.⁶² Kamu sektörünün ticarileştirilmesi, kamu sektörü ve özel sektör arasındaki sınırların bulanıklaştırılması ve piyasa ilişkilerinin baskın hâle getirilmesi, özelleştirmeye zemin hazırlama amacını da taşımaktaydı.⁶³ Sermaye birikiminin istenilen seviyede ol-

süreç sırasında doğmuş olan biricik özgün değerdir; ürünün bu süreçte yaratılan biricik değer kısmıdır. Kuşkusuz bu yeni değer ancak kapitalist emek-gücünü satın almak için yatırdığı paranın yerine geçtiğini ve yaşaması için gerekli şeyleri satın almak için işçi tarafından harcandığını unutmuyoruz. Harcanan bu para yönünden yeni değer yalnızca bir yeniden-üretimdir, ama gerçekten bir yeniden üretimdir, yoksa üretim araçlarının değerlerinin söz konusu olduğu zamandaki gibi, görünüşte bir yeniden-üretim değildir. Bir değer yerine, bir başkasının geçmesi, burada, yeni bir değer yaratılmasıyla gerçekleştirilmiştir.

Daha önce olup bitenlerden, emek-sürecinin, üründe yalnızca emek-gücünün değerini karşılayacak eşdeğerin yeniden-üretimiyle ürüne katılması için gerekli zamanın ötesinde de devam edeceğini biliyoruz. Bu amacın karşılanması için altı saat yettiği halde, süreç on iki saat devam edebilir. Emek-gücünün etkinliği bu nedenle yalnızca kendi değerini yeniden üretmekle kalmaz, onun üzerinde ve ötesinde de üretimde bulunur. Bu artı-değer, ürünün değeriyle, bu ürünün oluşması için tüketilen öğelerin değeri arasındaki farktır; bir başka deyişle, üretim araçları ile emek-gücü arasındaki farktır". Marx, Kapital C. II, s. 208.

⁶¹ Çal, s. 136.

⁶² Julian Le Grand, *The Other Invisible Hand: Delivering Public Services Through Choice and Competition*, Princeton University Press, New Jersey, 2007, s. 94-126.

⁶³ Dexter Whitfield, *Public Services or Corporate Welfare*, Pluto Press, London, 2001, s. 110.

maması veya kâr oranlarının azlığı nedeniyle sermayenin yoğun ilgi göstermediği, doğrudan özelleştirme yapılamayan alanlarda bu türden ilişkilerin gelişmesinin, hem sermaye birikiminin artmasına hem de toplumun, bazı hizmetlerin özel sektör tarafından yürütülebileceğine ideolojik olarak hazırlanmasına hizmet ettiği söylenebilir.

Kamu hizmetinin; alıcı ve hizmet sağlayan olmak üzere parçalanması, rekabetçi hizmet sağlayıcılarına açılması, özel sektöre devletin ortaklıklar kurması, yurttaşların müşteri olarak görülmesi ve özelleştirme uygulamaları, son yıllarda kamu hizmetinin *yenilenmesi* konusunda atılan adımlardan bazılarıdır.⁶⁴ Piyasa yönelimi, karakteri gereği, ister istemez müşteri anlayışını yaratmaktadır.⁶⁵ Birleşik Krallık, Fransa, Almanya gibi gelişmiş kapitalist bir ülkelerde yaşanan bu gelişmelerin kamu hizmeti teorisine de doğrudan etkisi olmuştur. Kamu sektörünün üretiminin tatmin edici olmaması, idari örgütlerin kötü yönetilmesi ve kalitesiz hizmet sunumu eleştirilmiş, kamu idaresi (*public administration*) kavramı yerine Yeni Kamu İşletmeciliği (*New Public Management*) kavramı yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁶⁶ Yeni Kamu İşletmeciliği anlayışının en uç noktasını, kamu kurumlarının, özel şirketler gibi davrandığında daha iyi bir performans göstereceğini iddia eden piyasa yönelimi oluşturmaktadır.⁶⁷ Böylece kamu kurumları kamu hizmeti sunup yurttaşların ihtiyacını karşılayan değil müşteri tatminini hedef alan birimler hâline gelmektedir.⁶⁸ Bu anlayışa kamu tercihi teorisi (*public choice theory*) eşlik etmiştir. Kamu tercihi teorisi esas olarak, devletin iktisadi temellerinin, oy vermenin ve tercihte bulunmanın nedenlerinin analiz edildiği bir teoridir.⁶⁹ Bu teori; bireysel karar veren kişinin daha rasyonel hareket ettiği, kendi çıkarını

⁶⁴ Newman/Clark, s. 74.

⁶⁵ Richard M. Walker/Gene A. Brewer/George A. Boyne/Claudia N. Avellaneda, "Market Orientation and Public Service Performance: New Public Management Gone Mad", *Public Administration Review*, C. LXXI, S. 5, 2011, s. 707.

⁶⁶ Josie Kelly, "Reforming Public Services in the UK: Bringing in Third Sector", *Public Administration*, C. LXXXV, S. 4, 2007, s. 1008.

⁶⁷ Walker/Brewer/Boyne/Avellaneda, s. 707.

⁶⁸ Ibid. s. 709; Janet V. Denhardt/Robert B. Denhardt, *The New Public Service*, M. E. Sharp, Inc., New York, 2007, s. 59.

⁶⁹ William A. Niskanen, "Perspectives on Public Choice: A Handbook", in *Reflections of a Political Economist: Selected Articles on Government, Policies and Political Processes*, Cato Institute, Washington DC, 2008, s. 301.

düşündüğü ve hizmetten elde ettiği faydayı maksimize etmeye çalışan bir yaklaşım içerisinde olduğu bir sistemi anlatmak için Yeni Kamu İşletmeciliği kavramını kullanmaktadır.⁷⁰

Kamu tercihi teorisini savunanların, piyasa güçlerinin yokluğu nedeniyle kamu kurumlarının gerekenden daha fazla hizmet sunumunda bulunarak israfa yol açtığı gerekçesiyle kamu hizmetinin dünya pazarının bütünleyici parçası haline gelmesini istedikleri iddia edilmektedir.⁷¹ Bu yaklaşım; kamu hizmetinin özel kişiler tarafından yürütülmesinin sosyal bedellerinin olması, eşitsizlikleri ve yolsuzluğu artırması gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷² Kamu hizmetinin amacı böyle olduğu zaman, yurttaşların müşteri haline getirilmesi çok daha kolay olmaktadır. Yurttaşlara müşteri olarak yaklaşmak, kamu yerine özel, devlet yerine piyasa, kolektif yerine birey kavramlarının geçmesini sağlamaktadır.⁷³ Ayrıca kamu hizmetinin rekabet bazlı sunumunun; Avrupa'nın önemli bir bölümündeki refah devleti uygulamalarını zedelediğine,⁷⁴ maliyetlerin artmasına, manipülasyona, hizmetin kalitesinin düşmesine, rant merkezli yaklaşımlar nedeniyle ek maliyetler yarattığına ilişkin önemli ipuçları da elde edilmiştir.⁷⁵

C. Muhafazakâr Partinin İktidara Gelmeye ve Birleşik Krallık'ta Kamu Hizmetinin Piyasaya Açılması

1973-1979 Petrol Krizleri, kapitalist devletlerin yaklaşık otuz yıldır uyguladığı keynesyen uygulamaları erozyona uğratmıştır. 1974 yılının şubat ve ekim aylarında yapılan Birleşik Krallık Genel Seçimlerinin ikisini de İşçi Partisi kazanmıştır. 1978 yılının kasım ayındaki Ford Motor Şirketi'nde iki ay süren, kazanımla sonuçlanan grevi izleyen sağlık çalışanlarının ve diğer kamu görevlilerinin grevi *Hoşnutsuzluk Kışını* tetiklemiş, Margaret Thatcher liderliğindeki Muhafazakâr

⁷⁰ Denhardt/Denhardt, s. 10.

⁷¹ Whitfield, s. 21-22.

⁷² Ibid., s. 21.

⁷³ John Clarke/Janet Newman/Nick Smith/Elizabeth Vidler/Louise Westmarland, *Creating Citizen Consumers: Changing Publics & Changing Public Services*, Sage Publications, London, 2007, s. 17.

⁷⁴ Nistor, s. 139.

⁷⁵ OECD, *Together Better for Public Services: Partnering Citizens and Civil Society*, OECD Publishing, Paris, 2011, s. 26-27.

Parti, Mayıs 1979'daki genel seçimleri kazanarak iktidara gelmiştir.⁷⁶ Bu sonuç, Birleşik Krallık'ta refah devleti uygulamalarının tasfiye edilmesi için başlangıç olmuştur. Thatcher, sendikalara karşı sert bir mücadeleye girişmiş, 1980, 1982, 1984 yıllarında yeniden düzenlenen İş Kanunu'yla grev hakkının kullanımını kısıtlamış, *serbest toplu görüşmeyi* dar sınırlar içerisine hapsedmiştir.⁷⁷ 1982-1999 yılları arasında kurumlar vergisi sistematik bir biçimde %52'den %30'a düşürülmüştür.⁷⁸ Piyasalaştırmanın bir görünümü olan özelleştirme kavramı ise ilk defa 1968 yılında sözlüklere girmiş,⁷⁹ fakat özelleştirme uygulamaları '80'li yıllarda yaygınlaşmıştır. Devletin imalat ve hizmet sektörlerindeki faaliyetinin verimsiz olması, kaynak israfına yol açması ve yurttaşlara kalitesiz hizmet sunulması karşısında, özelleştirmelerin verimliliği ve hizmet kalitesini arttıracığı görüşü son yıllarda oldukça yaygınlaşmıştır. Ancak birçok özelleştirme örneğinde çıkar çatışmalarının yaşanması, hesap verme mekanizmasının bulunmaması, yolsuzlukların yaşanması,⁸⁰ hizmet kalitesinin artmaması veya azalması, fiyat artışları, özel sektörün her zaman devlete göre daha verimli ve etkili çalıştığı, özelleştirmelerin yararlı olduğu düşüncesini zayıflatmıştır.

1979-1983 yılları arasındaki ilk iktidar döneminde Muhafazakâr Parti, yirmi beş devlet işletmesini özelleştirmiş ve 1,5 milyar sterline yakın bir gelir elde etmiştir.⁸¹ İşçi sınıfının ekonomik örgütü olan sendikaları gerilettikten sonra 1983 seçimlerinden ezici bir üstünlükle çı-

⁷⁶ Eley, s. 388-389. Thatcher'ın seçim zaferinden sonra Amerika Birleşik Devletleri'nde 1980'de Cumhuriyetçi Ronald Reagan ve Batı Almanya'da Hristiyan Demokratik Birliği'nin (CDU) lideri Helmut Kohl 1982'de iktidara gelmiştir. Gelişmiş kapitalist ülkelerde, sürekli bir biçimde piyasanın erdemleri ile baskıcı, yetersiz ve tekeli devletin farkına varan Yeni Sağa bir yönelimden bahsedilebilir. Clarke/Newman/Smith/Vidler/Westmarland, s. 29-30. Yeni sağın iktidarı bu üç ülkede uzun sürmüş, Birleşik Krallık'ta on sekiz yıl, Almanya'da on altı yıl, ABD'de on iki yıl, söz konusu dönem refah devleti uygulamalarının büyük oranda tasfiyesi ile sonlanmıştı.

⁷⁷ Eley, s. 390.

⁷⁸ Whitfield, s. 85.

⁷⁹ Andrea Calabro, *Governance Structures and Mechanism in Public Service Organizations*, Springer-Verlag, Berlin, 2011, s. 70.

⁸⁰ Ibid., s. 67.

⁸¹ Koray Karasu, "İngiltere", in *Kamu Hizmeti Ülke İncelemeleri*, Ed. Birgül A. Güler/Onur Karahanoğulları/Koray Karasu/Ahmet A. Dikmen/Özden Akın/Erel Tellal/Nuray E. Keskin/Tayfun Çınar/Selin Esen//M. Necati Kutlu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kayaum Yayını, Ankara, 2004, s. 145.

kan Muhafazakâr Parti, piyasalaştırma ve özelleştirme politikalarını hızlandırmıştır. Thatcher Hükümeti, devleti eski sınırlarına döndürme arzusundaydı.⁸² Thatcher'a ve Muhafazakâr Parti'ye göre, kamu sektörü, özel sektör gibi fayda-maliyet hesabı ve buna uygun bir fiyatlandırma yapmalı, müşterilere en iyi hizmeti sunmalıdır.⁸³ Bunun da ötesinde devletin iktisadi alanda etkin bir biçimde bulunması, mal üretmesi ve hizmet sunması verimsiz olarak değerlendirilmekteydi. Adalet, kolluk ve savunma hizmetleri devlet tarafından doğrudan yürütebilirdi. Diğer alanlar özel sektöre bırakılmalı, devlet düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmeliydi. Özelleştirmelerden elde edilecek gelirle kamu borçları kapatılması, bütçe fazlası verilmesi amaçlanmıştır. 1979-1993 arasında Birleşik Krallık'ta yapılan özelleştirmelerden elde edilen gelir, sadece 1993 yılının bütçe açığını kapatmaya yetecek kadardı.⁸⁴ Muhafazakâr Parti'nin özelleştirme konusunda hedeflerini gerçekleştirmediği, kamu hizmetinde gözle görülür bir iyileşmenin ve ucuzlamanın yaşanmadığı, rekabetçi piyasanın yaratılmadığı belirtilmektedir.⁸⁵

1977-95 yılları arasında Britanya Petrol Şirketi(*British Petroleum*), 1984'te Britanya Telefon Şirketi'nin(*British Telecom*) bir bölümü, 1986-87 yılları arasında Britanya Gaz İdaresi (*British Gas*), Britanya Havayolları(*British Airways*),*Rolls Royce*, Britanya Havalimanı İdaresi (*British Airport Authority*),1991 yılında Britanya Telefon Şirketi'nin kalan kısmı, 1994-97 yılları arasında da Britanya Demiryolları(*British Rail*) özelleştirilmiştir.⁸⁶ Yukarıda da belirttiğimiz gibi özelleştirme uygulamalarının hizmet kalitesini artıracak ve hizmeti ucuzlatacak düşüncesinin çok da doğru olmadığını belirtmek gerekir. Birleşik Krallık'ta kamu kurumları özelleştirilirken gerçek değerlerinin oldukça altına satılmış, özelleştirme sonrasında evlerde kullanılan su hizmet bedeli, otobüs ve tren bilet fiyatları önemli ölçüde, ilaç katkı payı ödemeleri

⁸² Barry J. O'Toole, *The Ideal of Public Service: Reflections on the Higher Civil Service in Britain*, Routledge, Oxon, 2006, s. 133; Kitsos, s. 17.

⁸³ Hasan Engin Şener, "Postmodern Dönemde Devleti Modernleştirmek: Yeni İşçi Partisi'nin Kamu Hizmeti Anlayışı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. XXXVII, S. 3, 2004, s.126.

⁸⁴ Karasu, s. 145.

⁸⁵ *Ibid.*, s. 147.

⁸⁶ Whitfield, s. 79.

ise 10 kat artmıştır.⁸⁷ Özellikle demiryollarının özelleştirilmesi; sadece bilet fiyatlarının artmasına değil ölümlü kazalara, personelin çok çalıştırılması nedeniyle hastalık ve ölüm vakalarının artmasına, kısacası hizmetin kötü işlemesine yol açmıştır. Bu gelişmelerin sonucunda 2015 Birleşik Krallık Genel Seçimleri öncesinde İşçi Partisi seçim programına, devlete ait bir demiryolu şirketinin kurulup sistemle uyumlulaştırılmasını almışken,⁸⁸ Yeşiller Partisi programında, demiryollarının bütünüyle devletleştirilmesini savunmuştur.⁸⁹

Bürokratik eksiklikler ve devletin karakteri olduğu iddia edilen tekeli yapı, Birleşik Krallık'ta geniş çapta gerçekleştirilen özelleştirmelerin ideolojik altyapısını oluşturmuş, piyasa mekanizmasının yaygınlaştırılması ve sözleşmelerle özel hukuk kişilerinin hizmet görmeye başlaması,⁹⁰ Muhafazakâr Parti yöneticileri tarafından Birleşik Krallık'ta sosyalizmin son izlerinin silinmesi retoriğine dayandırılmıştır.⁹¹ Genel olarak, kamu hizmeti sunulurken piyasalaştırma yöntemine başvurulması, fakat ilgili alanın rekabete açılmaması haklı olarak çelişkili bulunmaktadır.⁹² Bu durumun sonucu olarak devlet tekelleri yerine özel tekellerin oluşturulduğu belirtilmektedir.⁹³ Dolayısıyla rahatsız olunan olgunun tekelleşme değil devlet mülkiyeti ve kamu hizmetinin devlet tarafından yürütülmesi olduğunu belirtmek gerekir. Aslında kamu hizmeti imtiyazında da benzer bir durum söz konusudur. İmtiyazı alan özel hukuk kişisinin zenginleşmesi; piyasa ilişkilerinde riske dayanılarak elde edilmiş bir kârın değil girişim özgürlüğü-

⁸⁷ Ibid., s. 169-170.

⁸⁸ <https://www.passengertransport.co.uk/2014/06/labours-dor-idea-%E2%80%98costly-and-ill-thought-through%E2%80%99/>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

⁸⁹ <https://www.greenparty.org.uk/news/2013/06/26/bring-railways-back-into-public-hands-to-save-a-billion-a-year,-urges-caroline-lucas>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

⁹⁰ Kamu hizmetinin sözleşmelerle yürütüldüğü durumlarda sözleşmeci özel hukuk kişisi, finansmanı sağlayan devletle yurttaş arasında adeta bir arabulucu olarak davranmaktadır. Philip H. Jos/Mark E. Tompkins, "Keeping It Public: Defending Public Service Values in a Customer Service Age", *Public Administration Review*, C. LXIX, S. 6, 2009, s. 1078.

⁹¹ Damien Grimshaw/Steve Vincent/Hugh Willmot, "Going Privately: Partnership and Outsourcing in UK Public Services", *Public Administration*, C. LXXX, S. 3, 2002, s. 477-478.

⁹² Çal, s. 114.

⁹³ Ibid., s. 128; Doherty/Horne, s. 10.

nün devlet tarafından sınırlandırıldığı veya kaldırıldığı alanlarda rant niteliğinde bir gelirin sonucudur.⁹⁴

Birleşik Krallık'ta piyasa mekanizmasının yaygın olarak kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanılması, 1982 yılında özel sektörde kullanılan maliyet-fayda analizine dayanan Mali İşletme Girişimi (*Financial Management Initiative*) isimli bir programla başlamıştır.⁹⁵ Maliyet merkezli bu sistem gereği gibi yürütülememiştir.⁹⁶ Bu nedenle merkezi idarenin bütçe hazırlamaya ve personel atamasına ilişkin birtakım yetkileri, bakanlıklara bağlı yarı özerk idarelere (*agencies*) devredilmiş,⁹⁷ hizmet sunumunda ve personel istihdamında statüler ilişki yerine sözleşme ilişkileri ve esnek çalışma modelleri baskın hâle gelmiştir.⁹⁸

Birleşik Krallık'ta kamu hizmetinin piyasa mekanizmasına açılmasında Zorunlu Rekabetçi İhale (*Compulsory Competitive Tendering*) sistemi kritik bir rol oynamıştır. Piyasa testi (*market testing*) olarak da tanımlanan bu uygulamaya göre; sözleşme yoluyla özel hukuk kişilerine gördürülmeyen kamu hizmetleri için açılan ihale sonucunda kamu kurumları, ancak özel hukuk kişilerinin tekliflerinden daha düşük bir teklif verip ihaleyi kazandığı zaman kendi araç-gereci ve personeliyle kamu hizmetini yürütebilecektir.⁹⁹ Bu sistem, birçok hizmetin özel sektör tarafından yerine getirilmesine yol açmıştır.¹⁰⁰ Çünkü özel sektör; düşük ücretler, esnek çalışma saatleri vb. uygulamalarla maliyetleri azaltabildiğinden, çoğu zaman kamu kurumlarına göre ihalelerde daha düşük teklifler verebilmekteydi. Bunun da ötesinde hizmetin ihaleyle özel hukuk kişilerine devredilmesi ve sözleşmeler aracılığıyla yürütülmesi; piyasalaşmayı genişletmekte, sermayeye yeni araç-gereçlerin, taşınmazların alınması ve ortaklıkların geliştirilmesi gibi olanaklar sağlamaktadır.¹⁰¹ Zorunlu Rekabetçi İhalenin düşük devlet

⁹⁴ Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, s. 297.

⁹⁵ Karasu, s. 159.

⁹⁶ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s. 133-134.

⁹⁷ Hawke/Parpworth, s. 87-88.

⁹⁸ Karasu, s. 161.

⁹⁹ *Ibid.*, s. 162; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s. 133-134.

¹⁰⁰ George A. Boyne, "Competitive Tendering in Local Government: A Review of Theory and Evidence", *Public Administration*, C. LXXVI, S. 4, 1998, s. 695.

¹⁰¹ Whitfield, s. 60.

harcamasına ve yüksek verime yol açacağı savunulmasına rağmen, sonucun tam tersi yönde olduğu belirtilmektedir.¹⁰²

Piyasaya açılmanın bir diğer unsuru *yeni girişimciliğin* temel kavramı olan Kamu-Özel Ortaklığı(KÖO) (*Public-Private Partnership*)¹⁰³ olmuştur.¹⁰⁴ Bu usul daha çok otoyollar ve hastane binaları gibi altyapı yatırımlarının yapılmasında kullanılmaktadır.¹⁰⁵ KÖO; altyapı tesislerinin özel girişimci tarafından yapıldığı, idarenin bu altyapı için belirli süre kira ödediği, esas hizmet dışındaki parçaların özel hukuk kişisi tarafından yapıldığı bir ortaklık biçimidir ve doktrinde eksik imtiyaz usulü olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁶ KÖO'nun bir alt türü olan Özel Finans Girişimi(ÖFG) (*Private Finance Initiative*); 1992 yılında Major Hükümeti tarafından, sermayenin okul, hastane, yol ve barınma gibi altyapı hizmetlerine yatırım yapmasının yeni bir aracı olarak tanıtılmış ve uygulamaya konulmuştur.¹⁰⁷ Bu yatırımların %10-15'i risk taşıyan hisseli sermayeyle %85-90'ı ise banka kredileriyle finanse edilmekteydi.¹⁰⁸ KÖO; hukuki farklılıklar taşımakla birlikte, özelleştirmenin düşük yoğunluklu/farklı bir biçimi olarak değerlendirilmekte,¹⁰⁹ özel olarak ÖFG'nin ise bütünüyle özelleş-

¹⁰² Boyne, s. 697-698.

¹⁰³ İmtiyaz ve müşterek emanet usullerinde idare ve özel sektör, yükümlülükler ve sorumluluklar barındıran bir tür ortaklık içerisine giriyorlardı. Fakat bu usuller idarenin üstünlüğüne dayandığı için, özellikle son yıllarda özel sektör tarafından tercih edilmiyordu. Kamu-özel ortaklıkları ise piyasadaki ortaklık ilişkilerine benzeyen ve iki tarafın eşit olduğu bir düzeni ifade etmektedir.

¹⁰⁴ Harvey, *Spaces of Capital*, s. 352.

¹⁰⁵ Peter Cane/Leighton McDonald/Kristen Rundle, *Principles of Administrative Law*, 3rd Ed., Oxford University Press, Melbourne, 2018, s. 26.

¹⁰⁶ Karahanoğulları, "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. LXVI, S. 3, 2011, s. 181.

¹⁰⁷ J. Edwin Kee/John Forrer, "Private Finance Initiative: The Theory Behind Practice", *International Journal of Public Administration*, C. XXXI, S. 2, 2008, s. 153.

¹⁰⁸ Doherty/Horne, s. 311.

¹⁰⁹ Karasu, s. 108. KÖO ve özelleştirme arasındaki farkın iyi anlaşılabilmesi için uzun sayılabilecek bir alıntıya başvurmamız gerekiyor: "KÖO modelini, bir özelleştirme modeli olarak değerlendirmek mümkündür; ancak geleneksel haliyle özelleştirme modelinden bazı önemli noktalarda farklılaşmaktadır. Özelleştirmeler, kamusal mülkiyetteki üretim araçlarının, menkul ve gayrimenkul değerlerin, özel sermayeye kısmen ya da bütünüyle devredilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Özelleştirmelerin hem kamunun elindeki mülklerin miktarıyla hem de toplumsal tepkilerle yani meşruiyetle belirlenen sınırları vardır. İşte bu noktada KÖO mode-

tirilmesi mümkün görülmeyen çekirdek kamu hizmetleri bakımından uygulandığı savulmaktadır.¹¹⁰ KÖO modelini savunanların, bu usulün özel sektörün finansman riskini iyi yönetebildiğini, zamanı daha iyi kullanabildiğini; devletin de uzun vadeli ve büyük ölçekli planlar yapmada uzmanlığının olduğunu, bu özelliklerin harmanlanmasının maliyetleri azaltacağını iddia ettikleri aktarılmaktadır.¹¹¹ ÖFG aracılığıyla hizmet sunumu; bir yandan kamu kaynakları için daha faydalı olması (*value for money*), hesap verilebilirlik problemini çözmesi,¹¹² hizmeti idareden daha dakik ve kaliteli sunması gerekçeyle savunulurken diğer yandan bu usulde işlem maliyetinin arttığı ve eşitlik meselesinin çözülemediği itiraf edilmektedir.¹¹³ Özel sektörün borçlanma maliyetinin devlete göre daha fazla olması, çeşitli risk unsurları için ihtiyat fonu oluşturulması ve ek maliyetler gibi nedenler KÖO'nun finansman maliyetini, bütünüyle devlet tarafından yürütülen kamu hizmetine göre daha yüksek yapmaktadır.¹¹⁴ Ayrıca KÖO'nun spekülatif ve rasyonel planlamaya dayanmayan özellikleri; ciddi tehlikelere yol açmakta, devletin riski üstlendiği, özel sektörün de kârı topladığı bir model ortaya çıkarmaktadır.¹¹⁵

linin günümüzde tüm dünyada gittikçe daha çok gündeme gelmesinin nedenlerinden biri de geleneksel haliyle özelleştirmelerin ekonomik ve politik sınırlarına yaklaşılması olabilir. Çünkü KÖO geleneksel özelleştirmelerde olduğu gibi, özel sermayeye yeni bir kârlılık ve piyasa alanı açmaktadır ancak KÖO'nun farkı, satış işleminin yani kaynak transferi işleminin daha tesisler ortada yokken sözleşmeye bağlanması ve kamu ile özel arasındaki ticari ilişkinin tesislerin yapım aşamasından başlayarak, işletilmesine ve nihayetinde kamuya devredilmesine kadar geçen son derece uzun bir sürece yayılmasıdır. KÖO modeli ise yatırım ve işletme aşamalarını da kapsamaktadır. Oysa klasik özelleştirme modelinde kamu ile özel sermaye arasındaki ticari ilişki bir seferde gerçekleşmektedir ve bir satış işlemi olarak kalmaktadır". Yiğit Karahanoğulları, "Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirmesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. LXVII, S. 2, 2012, s. 99.

¹¹⁰ Kitsos, s. 23-24.

¹¹¹ Y. Karahanoğulları, s. 98.

¹¹² ÖFG'nin devletin hesap verebilirliğini zayıflattığı görüşü için bkz. Cane/McDonald/Rundle, s. 78.

¹¹³ Kee/Forrer, s. 165-166.

¹¹⁴ Y. Karahanoğulları, s. 104. Yazar bu bilgiyi National Audit Office'in (Birleşik Krallık'ta Türkiye'deki Sayıştay'a benzer denetim faaliyeti yürüten kurum) raporundan aktarmaktadır.

¹¹⁵ Harvey, *Spaces of Capital*, s. 353.

Bunların dışında 1948'de kuruluşundan itibaren Ulusal Sağlık Sistemi konusunda en kapsamlı reformun aracı olarak değerlendirilen 1990 tarihli Ulusal Sağlık Hizmeti ve Toplumsal Bakım Kanunuyla (*National Health System and Community Care Act*) sağlık hizmetinin sunumunda da piyasalaşma derinleştirilmeye çalışılmış, bu alanda bir *iç Pazar* oluşturulmuş, hizmet satın alan ve hizmet sunan kurumlar parçalanmış, ikincilere bütçeden pay ayrılmayarak bunlara sağladıkları hizmetler için birincilerden gelir transferi yapılmaya başlanmıştır.¹¹⁶ Sözleşmelerle hizmet sunumu sağlık sektöründe de yaygınlaşmıştır.¹¹⁷ Yalnız, sağlık hizmetinden yararlanmanın ancak mali boyutu sözleşmeyle düzenlenebilir. Çünkü vücut bütünlüğünün ve sağlığının sözleşme konusu yapılmasının mümkün değildir.¹¹⁸

Piyasalaştırmanın aracı olan KÖO usulü nedeniyle yurttaşlar müşteriye dönüşmekte,¹¹⁹ bakanlar baskı gruplarının, düşünce kuruluşlarının ve özel sektörün temsilcileri olmakta, kamu yararı da halkın kısa vadeli taleplerinin toplamı hâline gelmektedir.¹²⁰ Kısa vadeli taleplerin karşılanması kolay olmakta; fakat yurttaşların önemli ortak ihtiyaçlarının karşılanması çoğu zaman uzun vadeli ve büyük yatırımlar gerektirmekte, kaynakların bu şekilde *kolay* alanlara aktarılması ise toplumun ortak ihtiyaçlarının yeterince karşılanamamasına sebep olmaktadır.

D. İşçi Partisi İktidarı ve Kamu Hizmetinin Krizine Soldan Makyaj

Bütün dünyadaki eğilime paralel olarak '80'li yıllarda, imalat sektöründe doğrudan üretim faaliyetinde yer almayan veya hizmet sektöründe istihdam edilen beyaz yakalı işçilerin Birleşik Krallık ekonomisindeki ağırlığı artmıştır. Sınıfın bu kesiminin, imalat sektöründe çalışan mavi yakalı işçilerden farklı yönelimlerinin bulunması

¹¹⁶ Lindsay Stirton, "Back to the Future? Lessons on the Pro-Competitive Regulation of Health Services", *Medical Law Review*, C. XXII, S. 2, 2014, s. 184-185.

¹¹⁷ *Ibid.*, s. 186.

¹¹⁸ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, s. 287.

¹¹⁹ Muhafazakâr Parti döneminde, adında yurttaş kelimesi geçmesine rağmen, müşteri yaklaşımını yerleştirmeye çalışan ve bu konuda kamu kurumlarına yükümlülükler getiren Yurttaş Hakları Bildirgesi yayımlanmıştır. Karasu, s. 162.

¹²⁰ O'Toole, s. 147.

ve Thatcher hükümetlerinin bu gelişmeler doğrultusundaki uygulamaları, sendikaların Birleşik Krallık'taki etkisini ciddi biçimde azaltmıştır. Muhafazakâr Parti'ye karşı üst üste dört seçim kaybeden İşçi Partisinin sol kanadı krize girmiş, 1997'de iktidara gelen Anthony Blair ve ekibi; piyasa mekanizmasının yaygınlaştırılmasını savunan, sermaye belirlemeli devletleştirme maddesini parti programından çıkartan *yeni* bir parti yaratmıştır.¹²¹ İşçi Partisi'nin lideri Blair, birçok özelliğiyle Thatcher'a benzemekte, Partinin programı da Muhafazakâr Parti'nin programının makyajlanmış bir versiyonu niteliğindedir. Ancak muhafazakârlar piyasayı öncelikli olarak rekabetin disipline edilmesi ve tasarruf etme amaçlı kullanırken, İşçi Partisi piyasa kavramına yenilenmenin ve ilerlemenin aracı olarak bakmaktaydı.¹²² Kamu hizmetine bakışta Muhafazakâr Parti'yle İşçi Partisi arasında bir süreklilik bulunmaktadır.¹²³ Britanya toplumu bağlamında kamu hizmetinin piyasalaştırılması, Muhafazakâr Parti'nin ve İşçi Partisi'nin ortak neo-liberal politik ve ideolojik yönelimlerinde aranmalıdır.¹²⁴ Blair iktidarı döneminde de devletin doğrudan doğruya yürüttüğü kamu hizmeti faaliyetleri azalmaya devam etmiştir.¹²⁵ Birleşik Krallık Başbakanı ve İşçi Partisi lideri Blair, insanların kamu hizmetinde ve diğer hizmetlerde seçenek istediğini, kamu hizmetinin devlet veya genel müdür tarafından değil kullanıcı, hasta, ebeveyn, öğrenci veya kanunlara saygılı yurttaşlar tarafından yönlendirilmesi gerektiğini belirtmekte,¹²⁶ solcuların savunduğu seçme hakkının bulunmadığı klasik kamu hizmetinin yarattığı eşitsizliği ve adaletsizliği, müşteri merkezli kamu hizmeti anlayışının çözeceğini savunmaktadır.¹²⁷ Bireylerin kamu hizmeti konusundaki seçme hakkı, sosyal dayanışmayı sürdürülebilir kılacak, düşük kalitede hizmet sunanlar üzerinde baskı oluşturacak, müşterinin gücü toplumsal bölünmeye değil sosyal adaletin daha fazla sağ-

¹²¹ Şener, s. 134-136.

¹²² Tom Entwistle/Steve Martin, "From Competition to Collaboration in Public Service Delivery: A New Agenda for Research", *Public Administration*, C. LXXXIII, S. 1, 2005, s. 233.

¹²³ Şener, s. 144.

¹²⁴ Clarke/Newman/Smith/Vidler/Westmarland, s. 16.

¹²⁵ Kelly, s. 1008.

¹²⁶ The Guardian, 24 Temmuz 2004, s. 1.

¹²⁷ <https://www.theguardian.com/society/2003/jun/17/publicservices.speeches>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

lanmasına yol açacaktır.¹²⁸ Birleşik Krallık'ta kamu hizmeti konusunda yaşanan gelişmeler, bu *iddialı* söylemin dayanaksızlığını göstermiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz, Muhafazakâr Parti tarafından başlatılan ÖFG, KÖO ismiyle¹²⁹ İşçi Partisi iktidarında da yaygın olarak uygulanmaya devam etmiştir.¹³⁰ Yurttaşların müşteri olarak görülmesi anlayışı da değişmemiştir. Aslında yurttaşları sadece müşterilerden oluşan bir toplam olarak varsaymak, devlet-yurttaş arasında kendisine özgü ilişki biçimleri nedeniyle mümkün değildir.¹³¹ Fakat bu gerçeğin, yönetenlerin algısını çok sınırlı bir biçimde değiştirdiği söylenmelidir. Ayrıca bu dönemde devletin ve özel sektörün yanında, idareden bağımsız ve kendi kendini yöneten, kâr amaçlı olmayan, hayırseverlik veya gönüllülük temelinde inşa edilen bir unsur olarak üçüncü sektörün¹³² hizmet yürütmesinin, geçmişe oranla daha sık rastlanan bir durum hâline gelmiştir.

Blair Hükümeti 1999 yılının mart ayında, Birleşik Krallık'taki kamu hizmeti uygulamasını ve bunun geleceğini çözümleyen bir rapor¹³³ yayımlamıştır. Rapora göre kamu hizmetinin iyileştirilmesi için oluşturulacak programın merkezinde; yurttaşların ve işletmelerin kamu hizmeti konusunda daha talepkâr hâle gelmesi ve kısa vadeli çözümlerle bu taleplerin karşılanmasında zorluklar yaşanması nedeniyle *uzun vadeli politika oluşturma*, yedi gün yirmi dört saat ulaşılabilir, kullanıcıların talebine cevap verebilen *kamu hizmetinin esnek hale getirilmesi*, maliyetleri kontrol etmek ve iyi fikirleri paylaşmak için yenilenme kabiliyeti olan, etkili ve *kaliteli kamu hizmeti sunumu*, iletişim teknolojisinin gelişmesinin getirdiği fırsatların ve seçim hakkının kullanılabilmesi için *bilgi çağı devleti olma ve kamu hizmetinin değerli hâle getirilmesi* bulunmaktaydı.¹³⁴ Raporda bulunan

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Kee/Forrer, s. 153.

¹³⁰ Whitfield, s. 6-10, Karasu, s. 172.

¹³¹ Jos/Thompkins, s. 1083.

¹³² Kelly, s. 1004. Birleşik Krallık'taki üçüncü sektör, Türkiye'deki kamu yararına çalışan özel hukuk kişilerine benzemektedir.

¹³³ Raporun resmi adı Devleti Modernleştirmekti. Fakat başta Birleşik Krallık olmak üzere, Anglo-Sakson ülkelerinde hükümetin bir konu hakkındaki kapsamlı raporları Beyaz Rapor (White Paper) olarak adlandırılmaktadır. Bu raporlar 20. yüzyılın başlarına kadar Mavi Kitap (Blue Book) olarak anılmıştır. Kitabın bu renkle anılmasının tarihi, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun kayıtlarının mavi kadife kaplı defterlerde tutulmasına kadar gitmektedir.

¹³⁴ Cabinet Office, Modernising Government, The Stationary Office, 1999, s. 15-54.

esneklik, arz-talep gibi kavramlar piyasa mekanizmasını anlatmaktadır. Ayrıca raporun çeşitli maddelerinde yurttaşların ve özel şirketlerin taleplerine göre hizmet yürütüleceğinin belirtilmesi,¹³⁵ İşçi Partisinin piyasa yönelimini destekleyen bir başka unsur olarak dikkat çekmektedir.

On üç yıllık İşçi Partisi iktidarı döneminde özelleştirme uygulamalarının geri alınmaması, piyasalaştırmanın derinleşmesi ve yurttaşların müşteri olarak görülmesi, özel hukuk kişilerinin sözleşmeler yoluyla hizmet görmesi, Birleşik Krallık'ta kamu hizmetinin krizini daha da derinleştirmiştir. Üçüncü sektörün birtakım hizmetleri yürütmesi de kalitenin artmasına ve yurttaşların ihtiyaçlarının gereği gibi karşılanmasına yol açmamıştır.

E. Muhafazakâr Partinin Yeni Uzun İktidarı ve Kamu Hizmetinin Durumu

2010, 2015, 2017, 2019 yıllarında Birleşik Krallık'ta yapılan genel seçimlerin tamamında Muhafazakâr Parti birinci sırada yer almıştır. 2010 seçimlerinden sonra liberal demokratlarla koalisyon hükümeti, 2017 seçimlerinden sonra ise Demokratik Birlik Partisinin desteğiyle azınlık hükümeti kurulmuş, geri kalan dönemlerde Muhafazakâr Parti tek başına iktidar olmuştur. Birleşik Krallık'ta parlamentonun görev süresi beş yıl olmasına rağmen üst üste iki erken seçim yapılması, Temmuz 2019- Ekim 2022 arasında, biri sadece elli gün görev yapan, dört başbakanın görev yapması Birleşik Krallık'ta politik bir krizin bir yaşandığının göstergesidir. Krizin görünüşteki nedeni Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'nden çıkışı(*Brexit*) olmakla birlikte, esas nedenin neo-liberal sermaye birikim modelinin tıkanması ve bunun yarattığı iktisadi ve politik kriz olduğunu düşünüyoruz. Kapitalizmin yaşadığı 2007-2008 krizi sonrasında, bu modelin tıkanmasına ilişkin oldukça geniş bir literatür¹³⁶ oluşmuştur. Bu konudaki eserler solcu/muhafazakâr yazarlar tarafından erken sayılabilecek bir zamanda yazılmış,

¹³⁵ Ibid., s. 6-10.

¹³⁶ Neo-liberalizmin krizi için bazı çalışmalar için bkz. Leo Panitch/Martijn Konings (eds.), *American Empire and the Political Economy of Global Finance*, Palgrave, London, 2009; A. Said Filho, "Crisis in Neoliberalism or Crisis of Neoliberalism?", *Socialist Register*, C. 47, 2011; Bağımsız Sosyal Bilimciler, *Türkiye'de ve Dünyada Ekonomik Bunalım*, Yordam Kitap, İstanbul, 2011; Fikret Şenses/Caner Bakır/Ziya Öniş(eds.), *Küresel Kriz ve Yeni Ekonomik Düzen*, İletişim Yayınları, 2013.

liberal entelektüeller ise bu durumu yeni yeni kabul etmektedir. Sermaye sınıfı ise farklı bir birikim modeli için arayış içerisinde.¹³⁷ Bu yeni modelin; eskiye oranla daha korumacı olacağını, kamu hizmetinde devlete daha fazla alan bırakacağını tahmin ediyoruz. Zamana yayılacak bu yönelimin günümüzde ancak nüvelerinden bahsedilebilir. Dolayısıyla bu duruma yalnızca değinmekle yetiniyoruz.

Muhafazakâr Parti-Liberal Demokrat Parti koalisyonunun neo-liberalizmin krize girdiği bu dönemde kamu hizmeti konusunda iki önemli girişimi olmuştur. Bunlardan ilki 2012 tarihli Sağlık Sosyal Hizmetler Kanunudur (*Health and Social Care Act*). '90'lı yıllarda Muhafazakâr Parti döneminde sağlık konusunda bir *iç piyasa* oluşturulmasından ve KÖO aracılığıyla sağlık hizmetinin parçalanıp hastane binası yapımı gibi işlerin özel sektöre bırakılmasından bahsetmiştik. Bunun da ötesinde özel klinikler; Ulusal Sağlık Hizmeti kapsamına alınmış, daha *kârlı* alanlarda¹³⁸ hizmet vermeye başlamış ve sağlık hizmetine erişim konusunda birtakım eşitsizlikler yaratılmıştır.¹³⁹ Ayrıca kâr amacıyla hareket eden özel hastanelerin, kâr amacı gütmeyen üçüncü sektöre ve devlet hastanelerine göre hizmet kalitesi bakımından daha başarısız olduğu, özel hastanelerin bir bölümünün sadece ölüm riski ve aciliyeti olmayan ameliyatlarda diğerlerinden başarılı olduğu, fakat bu başarının da marjinal kaldığı belirtilmektedir.¹⁴⁰ Sağlık hizmeti bakımından piyasada rekabetin bulunması, en azından yarışmacılığın¹⁴¹ söz konusu olması amaçlanmıştır.¹⁴² 2012 yılındaki refor-

¹³⁷ Martin Jacques, "The death of neoliberalism and the crisis in western politics", <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/aug/21/death-of-neoliberalism-crisis-in-western-politics>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

¹³⁸ Nick Kraher/Ian Greer, "When does Marketisation Lead to Privatisation? Profit-Making in English Health Services After the 2012 Health and Social Care Act", *Social Science & Medicine*, C. CXXIV, 2015, s. 220.

¹³⁹ A.C.L. Davies, "This Time, It's for Real: The Health and Social Care Act 2012", *The Modern Law Review*, C. LXXVI, S. 3, 2013, s. 566.

¹⁴⁰ Neena Modi/Jonathan Clarke/Martin McKee, "Health Systems Should be Publicly Funded and Publicly Provided", *British Medical Journal*, C. CCCLXII, 2018, s. 2.

¹⁴¹ Türkçede rekabet ve yarışma kelimeleri çoğu zaman aynı anlama gelmekte ve birbirinin yerine kullanılmaktadır. İngilizcede ise competitive market ve contestable market ifadeleri arasında bir nüans bulunmaktadır. İlkinde piyasada birçok aktör bulunmakta, bunlar piyasaya giriş ve çıkışlarda serbest olarak hareket etmektedir ve rekabet keskindir. İkinci durumda ise piyasada bir veya birkaç aktör bulunmakta, rekabet daha zayıf, piyasaya giriş çıkışlarda yine bir kısıt veya engel bulunmamaktadır.

¹⁴² Davies, s. 565.

ma yol açan sebebin; hükümetin, sağlık hizmeti veren Ulusal Sağlık Hizmeti birimlerinin yeterince teşvik alamadığı için bütünüyle piyasaya uyum sağlayamaması ve piyasa yönelimine başvurmak isteyen birimlerin merkezi idare tarafından kısıtlandığı düşüncesinde olması gösterilmektedir.¹⁴³ Reformla amaçlanan, piyasalaştırma ve özelleştirmeler aracılığıyla¹⁴⁴ sağlık hizmetinin maliyetinin düşürülmesi¹⁴⁵ ve açıkça ifade edilemese de sağlığa bütçeden ayrılan kaynakların azaltılmasıydı.¹⁴⁶ Fakat rekabetçi piyasalar, fazladan işlem maliyetine yol açmakta ve bu alanlarda faaliyet yürütmek daha *pahalı* olmaktaydı.¹⁴⁷ Sağlık sisteminin piyasalaştırılması, artan maliyetlerin yanında yoksul insanları korunmasız bırakmaktadır.¹⁴⁸ Ayrıca işgücü piyasasının dinamiklerinin sağlık gibi emek yoğun kamu sektörü alanları için istikrarsızlaştırıcı olduğu da belirtilmektedir.¹⁴⁹

Kanunla getirilen ilk önemli değişiklik, özel kuruluşların ve üçüncü sektörün, sağlık alanında faaliyet yürüten kamu kurumlarıyla rekabet içerisine girebileceği bir piyasa yapısı yaratılmasıdır.¹⁵⁰ Ayrıca oluşturulan Denetleme Kurulu; Ulusal Sağlık Sistemi birimlerinin piyasa katılımcısı gibi hareket etmemeleri durumunda, rekabete aykırı uygulamaları engellemek için Rekabet Kanunu'nu devreye sokabilecektir.¹⁵¹ Bu düzenlemeler Ulusal Sağlık Sisteminin, bakanlığın işlemlerine değil rekabet hukukunun genel kurallarına tâbi olması sonucunu doğurmuştur.¹⁵² Bu durum, piyasanın hukukileştirilmesi (*juridification of the market*) olarak tanımlanmaktadır.¹⁵³ Kanunla, sağlık hizmetinin yürütülmesi desantralize edilmiş ve çeşitli yerel birimler kurulmuştur.¹⁵⁴ Fakat piyasalaştırmanın ve kurulan yerel birimlerin istenilen sonucu

¹⁴³ Ibid., s. 566.

¹⁴⁴ Krahlér/Greer, s. 216 vd.

¹⁴⁵ Sterckx/Cockbain, s. 232.

¹⁴⁶ Holly Pownall, "Neoliberalism, Austerity and the Health and Social Care Act 2012: The Coalition Government's Programme for the NHS and its Implications for the Public Sector Workforce", *Industrial Law Journal*, C. XLII, S. 4, 2013, s. 424.

¹⁴⁷ Davies, s. 566.

¹⁴⁸ Modi/Clarke/McKee, s. 1.

¹⁴⁹ Ibid., s. 2

¹⁵⁰ Pownall, s. 425.

¹⁵¹ Stirton, s. 193; Davies, s. 566.

¹⁵² Ibid., s. 567.

¹⁵³ Ibid., s. 581-585.

¹⁵⁴ Pownall, s. 425.

doğurmaması nedeniyle her iki hamle de geri alınmıştır.¹⁵⁵ Bu durum, gelişkin kapitalist ülkede neo-liberalizmin zayıfladığına ilişkin güçlü bir kanıt olarak değerlendirilebilir.

Muhafazakâr Parti-Liberal Demokrat Parti koalisyonu aynı dönemdeki bir diğer reformu, yine 2012 tarihli Refah Reformu Kanunu'yla (*Welfare Reform Act*) gerçekleştirmiştir. 1940'lardan beri Birleşik Krallık'taki refah sistemi konusundaki en kapsamlı değişiklik olarak değerlendirilen reformun amacı; işsizlik, hastalık, engellilik nedeniyle çalışmayan yurttaşların ve kısa süreli çalışan yurttaşların çalışmaya başlamasını veya tam gün çalışmasını özendirmek, yapılan refah transferlerini azaltmaktır.¹⁵⁶ Yine aynı amaçla yalnız yaşayanlar, çocuklu ve çocuksuz çiftler için yardım miktarının üst sınırı ayrı ayrı belirlenmiştir.¹⁵⁷ Reformun bir diğer amacı da, sosyal konutlarda yaşayan yurttaşların kendi ihtiyaçlarına uygun büyüklükte evlerde oturmasının, gereğinden fazla büyük konutlarda oturanların ise yatak odası vergisi (*bedroom tax*) olarak adlandırılan daha fazla bedel ödemesinin sağlanmasıydı.¹⁵⁸ Sağlık hizmeti reformu konusunda atılan adımların tersine, artık tek başına iktidar olan Muhafazakâr Parti, refah ödemelerinde daha sıkı bir sisteme geçmeyi amaçlamaktadır. 2023 yılının son çeyreğinde Çalışma ve Emekliler Bakanlığı, toplumun dezavantajlı kesimlerinin çalışma hayatına daha fazla katılması için hükümete, evden ve esnek çalışma modellerine geçilmesini önermiştir.¹⁵⁹ Maliye Bakanlığı da *işsiz hanehalkı* sayısının azaltılması konusunda adımlar atılacağını, İş Bulma Kurumu'yla bağlantıya geçmeyen, Kurumun kendisine önerdiği işi reddeden veya altı ay içerisinde iş bulma konusunda yeterince çaba sarf etmeyen yurttaşlara, refah yardımlarının kesilmesi de dâhil olmak üzere, çeşitli yaptırımların uygulanacağı-

¹⁵⁵ Nick Triggle, "Are Andrew Lansley's NHS reforms being binned?", 19.1.2019, <https://www.bbc.com/news/health-46827981>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

¹⁵⁶ Neville Harris, "Welfare Reform and the Shifting Threshold of Support for Disabled People", *The Modern Law Review*, C. LXXVII, S. 6, 2014, s. 890-891; Barbara Makowiecki, "Great Britain's Welfare Reform Act of 2012- Implementation Overview, Preliminary Impact, and Future Implications", *International Lawyer*, C. XLVIII, S. 3, 2014, s. 246, 252.

¹⁵⁷ *Ibid.*, s. 250.

¹⁵⁸ *Ibid.*, s. 254-255, Harris, s. 920-921.

¹⁵⁹ <https://www.gov.uk/government/news/government-announces-new-welfare-reforms-to-help-thousands-into-work>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

nı ilan etmiştir.¹⁶⁰ İş arama konusunda yeterince çaba sarf etmeme, tespit edilmesi zor ve sübjektif bir ölçüttür. Dolayısıyla yurttaşların aldığı sosyal yardımlar bu gerekçeyle kolayca azaltılabilecek veya kesilebilecektir. Ayrıca iş bulma kurumlarının önerdiği işlerin, onur kırıcı ve kabul edilemez nitelikte olduğu durumlarla da karşılaşılmaktadır.¹⁶¹ Bu anlamda önümüzdeki dönem, sosyal yardımlar konusunun Birleşik Krallık'ta önemli bir mücadele başlığı olacağını düşünüyoruz.

SONUÇ

20. yüzyılın ikinci çeyreğinden 21. yüzyılın ilk çeyreğine kadar Birleşik Krallık'ta kamu hizmeti, genişleme-daralma diyalektiği içerisinde salınmıştır. Klasik liberalizmin yaşadığı kriz; iki dünya savaşı nedeniyle milyonlarca kişinin hayatını kaybetmesine ve sakat kalmasına yol açmış, iki savaş arasındaki dönem çok ciddi boyutta işsizlik ve yoksulluk yaratmış, II. Dünya Savaşı sonrasında dünyanın önemli sayılabilecek bir bölümü sosyalist kuruluş sürecine girerek planlı ekonomi uygulamasına geçmiştir. Tüm bu sürecin yarattığı baskı nedeniyle, Birleşik Krallık da dâhil olmak üzere gelişkin kapitalist ülkelerde birçok sektörde devletleştirmeye başvurulmuş, kamu hizmetinin alanı genişletilmiş, eğitim, sağlık, ulaşım hizmetlerinin çok önemli bir bölümü devlet tarafından ücretsiz veya sübvansede edilerek yürütülmüştür. Bu dönem yaklaşık otuz yıl sürmüş ve sermaye birikimi bakımından yeni bir krize yol açmıştır. Bu krizi çözmek için gelişkin kapitalist devletlerin ürettiği çözüm, piyasalaştırma ve özelleştirme uygulamalarıyla kamu hizmetinin genişleyen alanının daraltılması olmuştur. Birleşik Krallık bu konuda dünyada öncü bir rol üstlenmiş ve diğer ülkeleri de etkilemiştir. Bu süreç, 1979'da Muhafazakâr Partinin iktidara gelmesiyle başlamış, birtakım değişikliklerle İşçi Partisi iktidarında da devam etmiştir. 1989-91 yılları arasında sosyalist sistemin çözülmesiyle sermaye ve mal ihracının artması, Yugoslavya, Irak, Afganistan gibi

¹⁶⁰ <https://www.epilepsy.org.uk/autumn-budget-2023-welfare-reforms-announced>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

¹⁶¹ <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/1482371/If-you-dont-take-a-job-as-a-prostitute-we-can-stop-your-benefits.html#%3A~%3Atext%3DUnder%20Germany%27s%20welfare%20reforms%2C%20any%2Cor%20lose%20her%20unemployment%20benefit>, Erişim Tarihi: 21.1.2024.

ülkelerin parçalanması-işgali sermaye birikiminin artmasına neden olmuştur. Ancak 2007-2008 krizinden günümüze kadar yaşanan gelişmeler nedeniyle piyasalaştırma, özelleştirme ve parasalcılık gibi uygulamaların merkezinde durduğu neo-liberalizm krize girmiştir. Önümüzdeki dönem devlet, üretimde ve hizmet sunumunda daha etkin bir konumda olacaktır. Kamu hizmeti alanının genişlediği bir ortamda yurttaş-devlet ilişkileri bağlamında idare hukukunun da etkisinin artacağını düşünüyoruz. Bu dönemde yurttaşların temel hak ve özgürlükleri kamu hukuku tarafından korunacaktır.¹⁶²

Kaynakça

Kitaplar

- Althusser Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, Çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul, 2003.
- Bağımsız Sosyal Bilimciler, Türkiye'de ve Dünyada Ekonomik Bunalım, Yordam Kitap, İstanbul, 2011.
- Bell John/Lichère François, Contemporary French Administrative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- Cabinet Office, Modernising Government, The Stationary Office, 1999.
- Calabro Andrea, Governance Structures and Mechanism in Public Service Organizations, Springer-Verlag, Berlin, 2011.
- Cane Peter/McDonald Leighton/Rundle Kristen, Principles of Administrative Law, 3rd Ed., Oxford University Press, Melbourne, 2018.
- Clarke John/Newman Janet/Smith Nick/Vidler Elizabeth/Westmarland Louise, Creating Citizen Consumers: Changing Publics & Changing Public Services, Sage Publications, London, 2007.
- Craig Paul P., Administrative Law, 7th Ed., Sweet and Maxwell, London, 2012.
- Denhardt Janet V./Denhardt Robert B., The New Public Service, M. E. Sharp Inc., New York, 2007.
- Dobb Maurice, Capitalism Yesterday and Today, Monthly Review Press, New York, 1962.
- Doherty Tony L. /Horne Terry, Managing Public Services - Implementing Changes, Routledge, London, 2002.
- Eley, Geoff, Forging Democracy: The History of the Left in Europe, 1850-2000, Oxford University Press, New York, 2002.
- Engels Friedrich, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Çev. Kenan Somer, Sol Yayınları, Ankara, 1998.
- Gözübüyük A. Şeref /Tan Turgut, İdare Hukuku C. I, 9. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

¹⁶² Karahanoğulları, İdare Hukuku, s. 18.

- Gromiko Andrey, *Anularım, Yazılama Yayınevi, İstanbul, 2011.*
- Harvey David, *Social Justice and the City, 2nd Ed., Blackwell Publishers, Oxford, 1993.*
- Harvey David, *Spaces of Capital: Towards a Critical Geography, Routledge, New York, 2001.*
- Harvey David, *Limits to Capital, 2nd Ed., Verso, London, 2006.*
- Harvey David, *The Enigma of Capital and the Crises of Capitalism, Oxford University Press, New York, 2010.*
- Hawke Neil/Parpworth Neil, *Introduction to Administrative Law, Cavendish Publishing Limited, London, 1998.*
- Hobsbawm Eric J., *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century 1914-1991, Abacus, London, 1995.*
- Karahanogulları Onur, *Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim, 3. Bas., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.*
- Karahanogulları Onur, *İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.*
- Le Grand Julian, *The Other Invisible Hand: Delivering Public Services Through Choice and Competition, Princeton University Press, New Jersey, 2007.*
- Marx Karl, *Kapital C. I, Çev. Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, Ankara, 2000.*
- Marx Karl, *Kapital, C. II, Çev. Alaattin Bilgi, Sol Yayınları, Ankara, 1992.*
- Marx Karl/Engels Frederick, *Selected Works in Three Volumes, Progress Publishers, Moscow, 1976.*
- Newman Janet/Clarke John, *Publics, Politics and Power: Remaking the Public in Public Services, Sage Publications, London, 2009.*
- Nistor Laura, *Public Services and The European Union: Healthcare Health Insurance and Education Services, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2011.*
- O'Toole, Barry J., *The Ideal of Public Service: Reflections on the Higher Civil Service in Britain, Routledge Oxon, 2006.*
- OECD, *Together Better for Public Services: Partnering Citizens and Civil Society, OECD Publishing, Paris, 2011.*
- Özay İl Han, *Günüşığında Yönetim, Alfa Yayınları, 3. Bas., İstanbul, 1996.*
- Panitch Leo/Konings Martijn(eds.), *American Empire and the Political Economy of Global Finance, Palgrave, London, 2009.*
- Poulantzas Nicos, *State, Power, Socialism, Verso Classics, London, 2000.*
- Whitfield Dexter, *Public Services or Corporate Welfare, Pluto Press, London, 2001.*

Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Alasdair M. Blair, "The British Iron and Steel Industry Since 1945", *Journal of European Economic History*, C. XXVI, S. 3, 1997, s. 571-581.
- Azrak A. Ülkü, "Millileştirme ve Kamu Hizmeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXXVI, S. 1-4, 1970, s. 44-78.
- Bilgen Pertev, "Kamu Hizmeti Hakkında", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. I, S. 1, 1980, s. 113-116.

- Boyne George A, "Competitive Tendering in Local Government: A Review of Theory and Evidence", *Public Administration*, C. LXXVI, S. 4, 1998, s. 695-712.
- Çal Sedat, "İdare Hukukunda Metalaştırma Serüveni: 1980'lerden Bugüne Kamu Hizmetinde Başkalaşım ve İdare Hukukunun Bu dönemdeteki Kimlik Sorunsalına Bakışlar", in *Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm*, Ed. Ali Murat Özdemir/Muammer Ketizmen, İmge Yayınları, Ankara, 2014, s. 111-169.
- Davies A.C.L., "This Time, It's for Real: The Health and Social Care Act 2012", *The Modern Law Review*, C. LXXVI, S. 3, 2013, s. 564-588.
- Entwistle Tom/Steve Martin, "From Competition to Collaboration in Public Service Delivery: A New Agenda for Research", *Public Administration*, C. LXXXIII, S. 1, 2005, s. 233-242.
- Filho A. Said, "Crisis in Neoliberalism or Crisis of Neoliberalism?", *Socialist Register*, C. 47, 2011, s. 242-259.
- Grimshaw Damien/Vincent Steve/Willmot Hugh, "Going Privately: Partnership and Outsourcing in UK Public Services", *Public Administration*, C. LXXX, S. 3, 2002, s. 475-502.
- Harris Neville, "Welfare Reform and the Shifting Threshold of Support for Disabled People", *The Modern Law Review*, C. LXXVII, S. 6, 2014, s. 888-927.
- Jos Philip H./Tompkins Mark E., "Keeping It Public: Defending Public Service Values in a Customer Service Age", *Public Administration Review*, C. LXIX, S. 6, 2009, s. 1077-1086.
- Karahanoğulları Onur, "Marksizm ve Hukuk", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. LVII, S. 2, 2002, s. 61-92.
- Karahanoğulları Onur, "Kamu Hizmetinde Kriz Yeni Denge ve Hukuk", *Emek Araştırmaları Dergisi*, C. I, S. 8, 2002, s. 38-47.
- Karahanoğulları Onur, "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı)", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. LXVI, S. 3, 2011, s. 177-215.
- Karahanoğulları Yiğit, "Kamu Özel Ortaklığının Mali Değerlendirmesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. LXVII, S. 2, 2012, s. 95-125.
- Karasu Koray, "İngiltere", in *Kamu Hizmeti Ülke İncelemeleri*, Ed. Güler Birgül A./Karahanoğulları Onur / Karasu Koray/ Dikmen Ahmet A./Akin Özden/Tellal Erel/Keskin Nuray E./ Cınar Tayfun / Esen Selin/Kutlu M. Necati, AÜ SBF Ka-yaum Yayını, Ankara, 2004, s. 85-181.
- Kee James Edwin/Forrer John, "Private Finance Initiative: The Theory Behind Practice", *International Journal of Public Administration*, C. XXXI, S. 2, 2008, s. 151-167.
- Kelly Josie, "Reforming Public Services in the UK: Bringing in Third Sector", *Public Administration*, C. LXXXV, S. 4, 2007, s. 1003-1022.
- Kitsos John, "Privatisation and Public Private Partnerships: Defining the Legal Boundaries from an International Perspective", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, C. XX, S. 1, 2015, s. 17-28.
- Krahler Nick/Greer Ian, "When does Marketisation Lead to Privatisation? Profit-Making in English Health Services after the 2012 Health and Social Care Act", *Social Science & Medicine*, C. CXXIV, 2015, s. 215-223.

- Makowiecki Barbara, "Great Britain's Welfare Reform Act of 2012- Implementation Overview, Preliminary Impact, and Future Implications", *International Lawyer*, C. XLVIII, S. 3, 2014, s. 243-269.
- Millward Robert, "The 1940s Nationalizations in Britain: Means to an End or the Means of Production?", *The Economic History Review*, C. L, S. 2, 1997, s. 209-234.
- Modi Neena/Clarke Jonathan/McKee Martin, "Health Systems Should be Publicly Funded and Publicly Provided", *British Medical Journal*, C. CCCLXII, 2018, s. 1-4.
- Niskanen William A., "Perspectives on Public Choice: A Handbook", in *Reflections of a Political Economist: Selected Articles on Government, Policies and Political Processes*, Cato Institute, Washington DC, 2008.
- Ozansoy Cüneyt, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XLVI, S. 1, 1997, s. 85-100.
- Örücü Esin, "Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", in *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, s. 254-270.
- Pownall Holly, "Neoliberalism, Austerity and the Health and Social Care Act 2012: The Coalition Government's Programme for the NHS and Its Implications for the Public Sector Workforce", *Industrial Law Journal*, C. XLII, S. 4, 2013, s. 422-433.
- Sterckx Sigrid/Cockbain Julian, "The UK National Health Service's 'Innovation Agenda': Lessons on Commercialisation and Trust", *Medical Law Review*, C. XXII, S. 2, 2014, s. 221-237.
- Stirton Lindsay, "Back to the Future? Lessons on the Pro-Competitive Regulation of Health Services", *Medical Law Review*, C. XXII, S. 2, 2014, s. 180-199.
- Şener Hasan Engin, "Postmodern Dönemde Devleti Modernleştirmek: Yeni İşçi Partisi'nin Kamu Hizmeti Anlayışı", *Anme İdaresi Dergisi*, C. XXXVII, S. 3, s. 121-146.
- Şenses Fikret/Bakır Caner/Öniş Ziya (eds.), *Küresel Kriz ve Yeni Ekonomik Düzen*, İletişim Yayınları, 2013.
- Walker, Richard M./Brewer Gene A./Boyne George A./Avellaneda, Claudia N., "Market Orientation and Public Service Performance: New Public Management Gone Mad", *Public Administration Review*, C. LXXI, S. 5, 2011, s. 707-717.

İnternet Kaynakları

- <https://www.bbc.com>
- <https://www.epilepsy.org.uk>
- <https://www.gov.uk>
- <https://www.greenparty.org.uk>
- <https://www.passengertransport.co.uk>
- <https://www.sochealth.co.uk>
- <https://www.telegraph.co.uk>
- <https://www.theguardian.com>
- Diğer Kaynaklar
- The Guardian, 24 Temmuz 2004.

YASAKLI BİR MADDE VEYA YASAKLI BİR YÖNTEMİN TESPİT EDİLMESİ, KULLANILMASI VEYA KULLANILMAYA TEŞEBBÜS EDİLMESİ VEYA BULUNDURULMASI ANTI-DOPİNG KURAL İHLALLERİNDE YAPTIRIMIN BELİRLENMESİNDE KUSUR UNSURU

DETECTION OF A PROHIBITED SUBSTANCE OR PROHIBITED
METHOD, USE OR ATTEMPTED USE OR POSSESSION IS THE
ELEMENT OF FAULT IN DETERMINING SANCTION IN ANTI-DOPİNG
RULE VIOLATIONS

Alparslan ŞİMŞEK*

Özet: Sporcu sağlığı ve adil rekabetin sağlanması için getirilmiş anti-doping kuralları temelde medeni hukuk karakterine sahiptir. Ancak kamunun disiplin ve cezai yargılamasına da benzediği için salt özel hukuk karakteri olduğundan bahsedilemez. Anti-doping kural ihlallerinden kaynaklanan sorumluluk sui generis bir sorumluluk türüdür. Bu kapsamda kendine özgü bir kusur sistemi inşa etmiştir. Anti-doping kural ihlali halinde yaptırımın belirlenmesi temelde kusur etrafında dönmektedir. Sonuçların iptal edilmesi için herhangi bir kusur aranmamaktadır. Hak mahrumiyeti yaptırımının uygulanması ise kusurun derecesine bağlı kılınmıştır. Kastın varlığı halinde standart 4 yıl hak mahrumiyeti uygulanırken daha hafif kusur dereceleri için daha düşük hak mahrumiyeti yaptırımı belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sporcu, Anti-doping, Kusur, Kast, Önemli Kusur veya İhmalin Olmaması, Kusur veya İhmalin Olmaması, Yaptırım

Abstract: Anti-doping rules introduced to ensure athlete health and fair competition basically have a civil law character. However, they cannot be said to have a purely private law character, as they also resemble public disciplinary and criminal proceedings. Liability arising from anti-doping rule violations is a sui generis type of liabil-

* Av., alparslansimsek@gmail.com, ORCID: 0009-0005-9769-9034, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.03.2024, Kabul Tarihi: 17.05.2024

ity. In this context, it has built its own defect system. Determining the sanction in case of anti-doping rule violation basically revolves around the fault. No fault is required for the results to be canceled. The application of the sanction of period of ineligibility is made dependent on the degree of fault. While the standard 4 years period of ineligibility is applied in the presence of intent, a lower period of ineligibility sanction has been determined for lighter degrees of fault.

Keywords: Athlete, Anti-doping, Fault, No Significant Fault or Negligence, No Fault or Negligence, Sanction

GİRİŞ

Hukuk düzeninde sorumluluğun kaynağı, temelde, medeni ve ceza hukukundan kaynaklanmaktadır. Bunların dışında, “sui generis” yapıda sorumluluk tesis eden kurallar da yer almaktadır. Anti-doping kural ihlallerinden kaynaklanan sorumluluk ise sui generis bir sorumluluk türüdür.

Medeni hukukta sorumluluk, bir kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin aynen veya nakden giderilmesini sağlayarak zarar gören kişinin zarar doğurucu olay neticesinde mal varlığında eksilen değerler yerine nitelik veya nicelik olarak eş bir değer koyulmasıdır.¹ Cezai sorumluluk ise failin, kasıtlı veya en azından taksirli olarak işlemiş olduğu kendi fiilinden sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.²

Anti-doping kural ihlalleri, cezai ve hukuki sorumluluk dışında, belirli kurallar çerçevesinde yapılan her spor müsabakasinda, tarafların müsabaka organizasyonuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya sporcuların veya diğer ilgililerin oyun kurallarını ihlal etmeleri halinde uygulanmak üzere oluşturulan kurallardır. Korunmak istenen hukuksal değer ise spor faaliyetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak sportif, ekonomik ve toplumsal değerler ve düzendir.

Sporcu sağlığı ve adil rekabetin sağlanması için getirilmiş anti-doping kuralları temelde medeni hukuk karakterine sahiptir. Bir sporcu

¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 490; Haluk N. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 33 ve devamı; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 53.

² Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 20.

müsabakalara katılmak isterse, o spor kuruluşu ile bir sözleşme ilişkisine girmiştir ve bu sözleşmeye dayalı çeşitli zorunlu önlemlere katılmak zorundadır.³ Bu yönü ile sporcu ile kuruluş arasındaki doping soruşturması bir özel hukuk karakterine sahiptir.⁴ CAS (CAS- Court of Arbitration for Sport), dopingin bir medeni hukuk ilişkisi olduğunu belirtmiştir.⁵ Ancak kamunun disiplin ve cezai yargılamasına da benzediği için salt özel hukuk karakteri olduğundan bahsedilemez.

WADA (WADA-World Anti-Doping Agency), özel spor otoriteleri ve hükümetler arasındaki ortak çabanın bir sonucu olarak kurulmuştur. Bu nedenle WADC (WADC- World Anti-Doping Code), teknik olarak özel hukukun bir ürünü olsa da hem kamusal hem de özel çağrışımları olan uluslararası bir belgedir.⁶

Sporadaki bir anti-doping kural ihlali yaptırımı ceza hukuku anlamında bir yaptırım da değildir.⁷ Örneğin, ceza hukukunun ilkeleri olan “in dubio pro reo” uygulanmaz.⁸ Ki bunun sonucu olarak da kusursuz sorumluluk benimsenmiştir.⁹ Ancak “ne bis in idem”,¹⁰ “lex mitior”,¹¹

³ Janwillem Soek, “The Legal Nature of Doping Law”, *International Sports Law Journal*, (2002)2, 2-7, s. 2.

⁴ Soek, s. 2.

⁵ Arbitration CAS 2001/A/317 A. v. Fédération Internationale de Luttes Associées, award of 9 July 2001; Arbitration CAS 2013/A/3139 Fenerbahçe SK v. UEFA, award of 5 December 2013; TAS 2017/A/4999 Pierre-Yves Garnier c. IAAF, award of 12 Septembre 2017; Arbitration CAS 2010/A/2311 & 2312 Stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland (NADO) & the Koninklijke Nederlandsche Schaatserijders Bond v. W., award of 22 August 2011.

⁶ Antonio Rigozzi/Ulrich Haas/Emily Wisnosky/Marjolaine Viret, “Breaking down the process for determining a basic sanction under the 2015 World Anti-Doping Code”, *International Sports Law Journal*, (2015)15, 3-48, s. 5.

⁷ Klaus Vieweg, “The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence (Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position”, *Marguette Sports Law Review*, (2004)15-1, 37-48, s. 41.

⁸ Vieweg, s. 41; Arbitration CAS 2001/A/317 A. v. Fédération Internationale de Luttes Associées, award of 9 July 2001.

⁹ Vieweg, s. 41.

¹⁰ Arbitrage TAS 2004/A/549 D. & Real Federacion Española de Gimnasia c. Fédération Internationale de Gymnastique, sentence du 27 mai 2004; Arbitration CAS 2011/O/2422 United States Olympic Committee v. IOC, award of 4 October 2011.

¹¹ Arbitration CAS 2009/A/1931 E. & A. v. International Biathlon Union, award of 12 November 2009.

“nulla poena sine lege” ve “nulla poena sine lege clara”¹² ilkeleri de uygulanmaktadır. Neticede medeni hukuk ve ceza hukuku karışımı bir yargılama sürdürülmektedir¹³ ve anti-doping kuralları bir lex sportiva'dır. WADC'deki “Bağımsız ve özerk bir metin olarak yorumlanmalı ve imzacıların veya hükümetlerin mevcut yasalarına veya tüzüklerine atıfta bulunulmamalıdır” düzenlemesi “sui generis” bir yapının ilanıdır.

WADC, yaptırımın belirlenmesinde, anti-doping kural ihlalinin kasıtlı olup olmamasına göre sınıflandırma yapmıştır. Kasıtlı ihlaller kategorisine giren bir ihlal, esnek olmayan 4 yıllık bir hak mahrumiyeti yaptırımına tabi kılınırken kasıtlı olmayan ihlaller daha esnek bir yaptırıma tabi tutulmuştur. Kasıtlı olmayan ihlaller, daha fazla indirim olasılığı ile birlikte, maksimum 2 yıllık bir hak mahrumiyeti yaptırımı süresine tabidir. Yaptırımın belirlenmesi, kusur düzeyinin değerlendirilmesi etrafında döner ve nispeten daha düşük bir kusur düzeyi ile işlenen ihlaller için esneklik sağlar.¹⁴ Nitekim WADC'nin 2009 sonrası gerçekleştirilen revizyon sürecinin ana temalarından biri, “gerçek hileleri” ağır bir şekilde cezalandırmak ve diğer durumlarda daha fazla esneklik sağlamaktır.¹⁵

Çalışmamız WADC eksenlidir. Nitekim ülkemizde ve dünyada anti-doping düzenlemeleri WADC ile uyumlu hale getirilmiş ve yeknesak bir uygulama sağlanmıştır.

I- YAPTIRIM TÜRLERİ

WADA Kodunun “Doping'in Tanımı” başlıklı 1. maddesinde doping, “bu Kod'un 2.1. maddesinden, 2.11. maddesine kadar olan bölümünde belirtilen anti-doping kural ihlallerinden bir veya daha fazlasının gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmıştır. Bu fillere uygulanacak yaptırımlar ise WADA kodunun 9, 10, 11 ve 12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kurallarda düzenlenen yaptırım türleri ise diskalifiye, sonuçların iptali, puanların ve ödüllerin iadesi, hak mahrumiyeti, kınama ve para cezasıdır.

¹² Arbitration CAS 2019/A/6226 WADA v. Spanish Anti-Doping Agency (Spanish Agency for Health Protection in Sport) & Ibai Salas Zorroza, award of 4 August 2020.

¹³ Soek, s. 3.

¹⁴ Rigozzi/Haas/Wisnoksky/Viert, s. 7.

¹⁵ Rigozzi/Haas/Wisnoksky/Viert, s. 7.

Anti-doping kural ihlali halinde uygulanan ilk yaptırım türü, sonuçların iptal edilmesi ve verilen madalyaların, puanların ve ödüllerin geri alınmasıdır. WADA Kodu madde 9 gereği, bireysel sporlarda müsabaka içi dönemde yapılan bir doping kontrolünde tespit edilen bir anti doping kural ihlali, ilgili müsabakada anti-doping kuralını ihlal eden sporcunun veya sporcuların elde ettiği tüm sonuçların kendiliğinden iptal edilmesine ve verilen madalyaların, puanların ve ödüllerin geri alınmasına yol açar. WADA Kodu madde 10.1.1 gereği de bir turnuva sırasında veya bu turnuvaya bağlı olarak gerçekleşen bir anti-doping kural ihlali durumunda, turnuvanın kural koyucu organının kararı üzerine, sporcunun bahsi geçen turnuvada elde ettiği bireysel sonuçların tümü iptal edilir ve madde 10.1.2'nin hükümleri istisna olmak üzere kendisine verilen madalyalar, puanlar ve ödüller geri alınır.

Bir diğer yaptırım türü ise süreli veya süresiz/ömür boyu olarak belirlenen hak mahrumiyeti yaptırımıdır. WADA Kodu madde 10'da düzenlenen bu yaptırım türünün ne anlama geldiği de yine madde 10.14.1'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hak mahrumiyeti almış sporcular ve diğer kişiler, söz konusu hak mahrumiyeti süresi sona erinceye kadar herhangi bir imza sahibi, imza sahibine üye kuruluş veya bir kulüp veya imza sahibine üye kuruluşa üye olan kuruluştan herhangi biri tarafından veya herhangi bir profesyonel lig tüzel kişiliği veya herhangi bir uluslararası ya da ulusal düzeyde turnuva tüzel kişiliği tarafından izin verilen veya düzenlenen hiçbir müsabakaya veya onaylanmış dopingle mücadele eğitim veya rehabilitasyon programları hariç hiçbir faaliyete veya devlet kurumlarının maddi destek verdiği üst düzeydeki ya da ulusal düzeydeki hiçbir spor etkinliğine hiçbir sıfatla katılamaz.

Bir diğer yaptırım türü ise kınamadır. WADC'nin çeşitli kurallarında bu düzenleme yapılmış ve en hafif yaptırım türüdür. WADA Kodu madde 10.3.1.c, 10.6.1.1., 10.6.1.2. ve 10.6.1.3. maddelerinde düzenlendiğini görmekteyiz.

WADA Kodu madde 11 ve 12'de para cezası, turnuvadan ihraç ve men yaptırımları da düzenlenmiştir. Madde 11.2'de turnuva düzenleyicisinin, anti-doping kural ihlali bulunan sporculara uygulanacak yaptırımların yanı sıra, takıma da puanlarının silinmesi, müsabakadan veya turnuvadan ihraç etme, para cezası ve bunlarla sınırlı olmayacak

şekilde başkaca yaptırımları da verebileceği belirtilmiştir. Ancak, turnuva düzenleyicisinin, hukuki belirlilik gereği önceden bu yaptırımların ne olduğunu ve hangi fiilleri içerdiğini düzenlemesi gerekir ve bu fiil ve yaptırımların hukukun temel ilke ve prensipleri dairesinde, insan haklarına uygun, sportif değerler ile bağdaşır şekilde olmalıdır.

II- YAPTIRIMIN BELİRLENMESİNDE KUSUR UNSURU

WADA Kodu madde 2.1 gereği, sporcudan alınan örnekte yasaklı bir maddenin veya metabolitlerinin veya belirteçlerinin tespit edilmesi halinde anti-doping kural ihlali oluşur. Bu anti-doping kural ihlalinin ispatı için sporcunun yasaklı maddeyi kasten, kusur veya ihmal neticesinde veya bilinçli olarak kullandığının kanıtlanması gerekmez. Doping mücadele organı, sadece yasaklı maddenin varlığını ispat etmesi kural ihlalinin oluşması için yeterlidir.

WADA Kodu madde 2.2 gereği, yasaklı bir madde veya yasaklı bir yöntemin sporcular tarafından kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi halinde anti-doping kural ihlali oluşacaktır.¹⁶ Herhangi yasaklı bir maddenin kendi vücuduna girmesini ve yasaklı bir yöntemin kullanılmasını engellemek her sporcunun kendi sorumluluğunda olduğu için anti-doping kural ihlalinin ispatı için sporcunun yasaklı bir maddeyi veya yasaklı bir yöntemi kasten, kusur veya ihmal neticesinde veya bilinçli olarak kullandığının kanıtlanması zorunlu değildir. Ayrıca yasaklı bir maddenin veya yasaklı bir yöntemin kullanılmasında veya kullanılmaya teşebbüs edilmesinde başarılı veya başarısız olduğuna bakılmaz; anti-doping kural ihlali için yasaklı maddenin veya yasaklı yöntemin kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi tek başına yeterlidir.

¹⁶ Kullanımı yalnızca müsabaka içi dönemde yasaklı olan bir maddenin müsabaka dışı dönemde kullanımı, müsabaka içinde alınan bir örnekte söz konusu madde, maddenin metabolitleri veya belirteçleri için bir aykırı analitik bulgu bildirilmediği sürece, bir anti-doping kural ihlali olarak değerlendirilmeyecektir. Nitekim yarışma sırasında yasaklanan bir maddenin yarışma dışı bırakılması, tek başına doping veya kural dışı davranış teşkil etmez. İhlal, maddenin yutulması veya kullanılması değil, madde (veya metabolitleri) hâlâ sporcunun vücudundayken yarışmaya katılmasıdır. (Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017).

WADA Kodu madde 2.6 gereği, bir sporcu veya bir sporcu destek personeli tarafından yasaklı bir maddenin veya yasaklı bir yöntemin bulundurulması halinde anti-doping kural ihlali oluşacaktır. Bir sporcunun, tedavi amaçlı kullanım istisnası onayı çerçevesinde bulunduğunu veya kabul edilebilir diğer gerekçelerinin olduğunu ispatlaması istisna olmak üzere, sporcunun müsabaka içi dönemde yasaklı bir maddeyi veya yasaklı bir yöntemi bulundurması veya müsabaka dışı dönemde yasak olan yasaklı bir maddeyi veya yasaklı bir yöntemi müsabaka dışındaki dönemde bulundurması anti-doping kural ihlalidir. Bir sporcuya tedavi amaçlı kullanım istisnası onayı çerçevesinde bulundurduğunu veya kabul edilebilir diğer gerekçelerinin olduğunu ispatlaması istisna olmak üzere, sporcu destek personelinin, bir sporcu, müsabaka veya antrenmanla ile ilişkili olarak müsabaka içi dönemde yasaklı bir maddeyi veya yasaklı bir yöntemi bulundurması veya müsabaka dışı dönemde yasak olan yasaklı bir maddeyi veya yasaklı bir yöntemi müsabaka dışındaki dönemde bulundurması anti-doping kural ihlalidir. Madde 2.2.2'ye ilişkin açıklamada, yasaklı bir maddenin ya da yasaklı bir yöntemin "Kullanılmaya Teşebbüs" edildiğinin ispatı için, sporcunun bu yöndeki niyetinin kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir anti-doping kural ihlalinin kanıtlanması için niyetin var olması gerekliliği, ihlallerle ilgili olarak madde 2.1'de ve yasaklı bir maddenin veya yasaklı bir yöntemin kullanılmasına ilişkin olarak da madde 2.2'de öngörülen kusursuz sorumluluk ilkesini zayıflatmaz. Söz konusu maddenin müsabaka dışı dönemde kullanımının yasaklı olmadığı ve sporcu tarafından müsabaka dışı dönemde kullanılmadığı sürece, bir sporcunun yasaklı bir maddeyi kullanması, anti-doping kural ihlali sayılır. Ancak, yasaklı bir maddenin veya onun metabolitlerinin veya belirteçlerinin müsabaka içi dönemde alınan örnekte tespit edilmesi, söz konusu maddenin ne zaman uygulandığına bakılmaksızın madde 2.1'in ihlali sayılır.

İnceleme konusu, yukarıda kısaca açıklanan anti-doping kural ihlalleri ile sınırlıdır. Öncelikle sonuçların iptali ve devamında hak mahrumiyeti yaptırımının belirlenmesi incelenecektir.

A. Sonuçların İptali

WADA Kodu madde 2.1'in, 2.2'nin ve 2.6'nın ihlali halinde, WADA Kodu madde 9 gereği, bireysel sporlarda müsabaka içi dö-

nemde yapılan bir doping kontrolünde, ilgili müsabakada anti-doping kuralını ihlal eden sporunun elde ettiği tüm sonuçların kendiliğinden iptal edilmesine ve verilen madalyaların, puanların ve ödüllerin geri alınmasına yol açar.

WADA Kodu madde 9'a ilişkin açıklamada, takım sporlarında, oyuncuların aldığı bireysel ödüllerin geri alınacağı belirtilmiştir. Fakat takımın müsabaka veya turnuva veya lig dışı bırakılması WADA Kodu madde 11'de belirtilen şekilde olacaktır. Takım sporu olmayan ancak ödüllerin takıma verildiği sporlarda, takımdan bir veya daha fazla sporcunun bir dopingle mücadele kuralını ihlal etmesi durumunda, takımın ihraç edilmesi veya diğer disiplin cezaları Uluslararası Federasyonun ilgili kurallarında belirtildiği şekilde olacaktır. WADA Kodu madde 11'de ise bir takımın ikiden (2) fazla oyuncusunun bir turnuva döneminde dopingle mücadele kural ihlalinde bulduklarının tespit edilmesi durumunda, turnuvanın kural koyucusu, anti-doping kural ihlalinde bulunan sporculara uygulanacak yaptırımların yanı sıra, takıma da puanlarının silinmesi, müsabakadan veya turnuvadan ihraç etme, para cezası ve bunlarla sınırlı olmayacak şekilde başkaca cezaları verir ve buna temel oluşturacak yasal düzenlemeyi yapar. Turnuvanın kural koyucusu, turnuva ile ilgili olarak takım sporları için WADA Kodu madde 11.2'de belirtilenlerden daha ağır yaptırımlar öngörebilir.

WADA Kodu madde 10.10 gereği, alınan örneğin pozitif olarak tespit edildiği bir müsabakada elde edilen sonuçların madde 9 uyarınca kendiliğinden iptal edilmesine ek olarak, müsabaka içi veya müsabaka dışı dönemde alınan örneğin pozitif çıktığı veya diğer bir anti-doping kural ihlalinin gerçekleştiği tarihten geçici askıya almanın veya hak mahrumiyeti ceza süresinin başlatılma tarihine kadar olan süre zarfında sporcunun elde ettiği diğer tüm müsabaka sonuçları, adalet ilkesi aksini öngörmediği sürece iptal edilir ve verilen bütün madalyalar, puanlar ve ödüller geri alınır.

WADA Kodu madde 10.1.1 gereği, bir turnuva sırasında veya bu turnuvaya bağlı olarak gerçekleşen bir anti-doping kural ihlali durumunda, turnuvanın kural koyucu organının kararı üzerine, sporcunun bahsi geçen turnuvada elde ettiği bireysel sonuçların tümü iptal edilir ve WADA Kodu madde 10.1.2'nin hükümleri istisna olmak üzere

kendisine verilen madalyalar, puanlar ve ödüller geri alınır. Bir anti-doping kuralını ihlal eden sporcunun aynı turnuvadaki diğer sonuçlarının iptal edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirmede dikkate alınacak unsurlar, bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, sporcunun anti-doping kural ihlalinin ciddiyeti ve sporcuya yapılan doping kontrolünün diğer müsabakalarda negatif çıkıp çıkmaması olabilir. WADA Kodu madde 10.1.2 gereği, sporcunun söz konusu ihlalde kusurunun veya ihmalinin olmadığını kanıtlaması durumunda, sporcunun ihlali gerçekleştirdiği müsabakanın dışındaki müsabakalarda elde ettiği sonuçlar sporcunun söz konusu ihlalinden etkilenmediyse, sporcunun diğer müsabakalardan elde ettiği bireysel sonuçlar iptal edilmez.

Müsabaka içi dönemde yapılan bir doping kontrolünde, WADA Kodu madde 2.1, 2.2 ve 2.6'nın ihlali halinde sonuçların iptali ve diskalifiye yaptırımını uygulanırken sporunun kusurunun, kastının veya ihmalinin varlığına bakılmaz.¹⁷ Bu durum sporun, adil rekabet içerisinde işleyişini sağmanın gereğidir. Yani, herhangi bir şekilde sporcunun

¹⁷ Arbitration CAS anti-doping Division (OG Rio) AD 16/011 IOC v. Misha Aloian, award of 8 December 2016 sayılı kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "Madde 9, sonuçlarının otomatik olarak diskalifiye edilmesini sağlar. Dünya Anti-Doping Kodunun 9. maddesinin ifadesi katıdır ve "Kusur veya İhmalin Olmaması" veya "Önemli Kusur veya İhmalin Olmaması"na dayanan tartışmalara açık değildir. Ayrıca alınan yasaklı maddenin spor performansını artırıp artırmayacağı sorusunun bu hükümle hiçbir ilgisi yoktur. Bu nedenle sporcu, ne yasaklı maddenin performans artırıcı etkisinin bulunmadığını ne de sonuçların otomatik olarak geçersiz kılınmasına ilişkin kusur veya ihmalin bulunmadığını öne süremez."; Arbitration CAS anti-doping Division (OG Rio) AD 16/009 & 013 IOC v. Qian Chen, award of 6 April 2017 sayılı kararında da şu şekilde belirtmiştir: "Bu Kurala göre otomatik diskalifiye, nesnel bir gerçeğin, yani olumsuz analitik bulgunun nesnel sonucundan başka bir şey değildir. Geriye dönük olarak değerlendirilen bir hak mahrumiyeti durumunun uygulanmasıdır. Yukarıda belirtilen kural, vücudunda yasaklı bir madde bulunması halinde, bu varlığın kaynağının herhangi bir şekilde bir kusurla ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceğine bakılmaksızın veya sporcunun ihmali ve/veya maddenin sporcunun performansı üzerinde etki yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın sporcunun Olimpiyat Oyunları sırasında bir bireysel spor müsabakasında geçerli ve meşru bir şekilde yarışmayacağı anlamına gelmektedir"; Ayrıca bakınız: Arbitrage TAS 2007/O/1381 Real Federación Española de Ciclismo & Alejandro Valverde c. Union Cycliste Internationale, sentence du 26 septembre 2007; Arbitration CAS 2006/A/1025 Mariano Puerta v. ITF, award of 12 July 2006; Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Sydney) 00/011 Andreea Raducan/IOC, award of 28 September 2000; Independent ITF Tribunal of 18 January 2005 in the case ITF v. Stefan Koubek.

kusuruna bakılmaksızın sonuçların iptaline karar verilir.¹⁸ Literatüre kusursuz sorumluluk olarak giren bu durum, WADC tanımlar başlığı altında, madde 2.1 ve madde 2.2 kapsamında bir anti-doping kural ihlalini kanıtlamak amacıyla sporcunun niyetinin, işlemiş olduğu kusurun, ihmalin veya bilerek kullanımının dopinge mücadele kuruluşu tarafından kanıtlanmasının gerekli olmadığı olarak tanımlanmıştır.¹⁹

¹⁸ TAFDK 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; TAFDK 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.09.2023 Tarihli kararında bu hususu şu şekilde belirtmiştir: "Kural 2.1.'de belirtilen dopinge mücadele kural ihlalinin yaptırımı kural 9 ve 10'da düzenlenmiştir. Kural 9'a göre, bireysel sporlarda Müsabaka sırasında yapılan bir Doping Kontrolünde tespit edilen bir dopinge mücadele kural ihlali, bahsi geçen Müsabakada dopinge mücadele kuralını ihlal eden Sporcunun/Sporcuların elde ettiği tüm kazanımların kendiliğinden iptal edilmesine ve verilen madalyaların, puanların ve ödüllerin geri alınmasına yol açar düzenlemesi yer almaktadır. Ancak bu yaptırımın, doğal adalet ilkeleri ile çelişmeyeceği belirtilmiştir. Bu durum spor hukuku literatüründe kusursuz sorumluluk olarak anılmaktadır. Kusursuz sorumluluk, eğer bir anti-doping kural ihlali varsa sporcunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın disiplin yaptırımının uygulanmasıdır; yani sporcunun numunesinde yasaklı madde veya metabolitlerin veya belirteçlerin bulunması halinde yasaklı maddenin sporcunun vücuduna nasıl girdiğine bakılmaksızın veya sporcunun kastının olup olmadığına bakılmaksızın yaptırım uygulanmasıdır (CAS 2001/A/317; Ryhan Connolly, Balancing the Justices in Anti-Doping Law, VSELJ, 2006/5-2, s. 59,60; Klaus Vieweg, Christian Paul, The Definition Of Doping and the Proof Of a Doping Offence, ISLJ, 2002/1, s.3; Alparslan Şimşek, Doping- le Mücadele Kural İhlali Halinde Kusursuz Sorumluluk ve İspat Külfeti, *TBBĐ*, 2015(117), s. 364 vd.). Bu durumda bireysel sonuçlar kendiliğinden iptal edilir. Bu sebeple, Talimatın 10.10 Kuralı gereğince örnek alım tarihi olan 20 Kasım 2022 tarihi de dâhil olacak şekilde bu tarihten itibaren varsa katılmış olduğu müsabakalardan elde etmiş olduğu tüm derece, ödül, madalya ve benzeri kazanımların iptali gerekmektedir."

¹⁹ "Bir sporcunun vücudunda yasaklı maddenin bulunmasının iki sonucu vardır. Birincisi, doping kontrolünün yapılmış olduğu yarışmadan sporcu diskalifiye edilir. Bu ceza, yarışmaya katılmış olan diğer sporculara karşı hakkaniyeti sağlamak amacıyla yöneliktir. İkinci sonuç ise, sporcu tarafından tersine çevrilebilecek, maddenin bulunmuş olmasından ileri gelen suçluluk karinesidir. CAS içtihatları uyarınca, doping halinde uygulanacak sabit ceza sistemi arzu edilen bir durum değildir; sporcunun suçluluk derecesine göre uygulanabilecek bir ceza süreleri yelpazesi daha uygundur". (Arbitration CAS 2001/A/317 A. v. Fédération Internationale de Luttés Associées, award of 9 July 2001); Kusursuz sorumluluk için bakınız: Kusursuz sorumluluk için bakınız: Christopher Vender, "The IAAF Heritage Two Decades of Arbitration in Doping Related Disputes", *International Sports Law Journal*, (2015)3/4, 17-18; Alparslan Şimşek, "Doping- le Mücadele Kural İhlali Halinde Kusursuz Sorumluluk ve İspat Külfeti", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)117, 363-378; Richard McLaren, "Exceptional Circumstances: Is it Strict?", *International Sports Law Review*, (2005)2, 32-37; Klaus Vieweg/Christian Paul, "The

WADA Kodu madde 10.10 gereği, adalet duygusunu incitecek şekilde sonuçların iptaline karar verilemez. Doğal adalet ilkeleri gerektirdiği takdirde sonuçlar iptal edilir. Yine adalet ilkesi gereği, kusura bakılmaksızın sonuçların iptali adaleti incitmez. Sonuçların iptali başlı başına ağır bir yaptırımdır ve bir bakıma bir hak mahrumiyeti süresiyle eş tutulabilir. Ancak, verilecek hak mahrumiyeti süresi (en kötü durumlarda bile) dört yıl ile sınırlı iken, sonuçların iptal edilebileceği süre sınırsızdır. Yerleşik CAS içtihatlarına göre, orantılılık ilkesi göz önüne alınarak işlenen ihlale uygulanan yaptırımın uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması gerekir.²⁰ Her olaya özgü şartlar ayrı olmak üzere, bir adillik testinin uygulanmasında değerlendirilen faktörler arasında sporcunun kusur derecesi, etkilenen spor sonuçları, sonuçların diskalifiye edilmesinin önemli sonuçları, sporcunun biyolojik pasaportu, özel sorunlar, ikinci bir aşamada ek hak mahrumiyeti süresi, sonuçların yönetimindeki gecikmeler yer alır.²¹

Definition Of Doping and the Proof of a Doping Offence”, *The International Sports Law Journal*, (2002)1, 2-6; Ryan Connolly, “Balancing the Justices in Anti-Doping Law: The Need to Ensure Fair Athletic Competition Through Effective Anti-Doping Programs vs. the Protection of Rights of Accused Athletes”, *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, (2006)5/2, 41-80; Frank Oschunz, “Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration: The Case Law of the Court of Arbitration for Sport”, *Marguette Sports Law Review*, (2002)12/2, 675-702.

²⁰ Arbitration CAS 2016/O/4481 IAAF v. All Russia Athletics Federation & Mariya Savinova-Farnosova, award of 10 February 2017.

²¹ Markus Mannien/Brent J. Nowicki, “Unless Fairness Requires Otherwise” A Review of Exceptions to Retroactive Disqualification of Competitive Results for Doping Offenses, *CAS Bulletin*, (2017)2, 7-18; Arbitration CAS 2019/O/6152 IAAF v. Russian Athletics Federation & Anna Nazarova-Klyashtornaya, award of 18 October 2019; Arbitration CAS 2005/A/951 Guillermo Cañas v. ATP Tour, revised award of 23 May 2007; CAS 2007/A/1283, WADA v. Australian Anti-Doping Agency, Australian Weightlifting Federation & Karapetyan, award of 15 November 2007; Arbitration CAS 2009/A/1782 Filippo Volandri v. ITF, award of 12 May 2009; Arbitration CAS 2017/A/5017 Serghei Tarnovschi v. International Canoe Federation, award of 11 July 2017; Arbitration CAS 2011/A/2671 Union Cycliste Internationale v. Alex Rasmussen & National Olympic Committee and Sports Federation of Denmark, award of 4 July 2012; Arbitration CAS 2010/A/2235 Union Cycliste Internationale v. T. & Olympic Committee of Slovenia, award of 21 April 2011; Arbitration CAS 2007/A/1396 & 1402 WADA and Union Cycliste Internationale v. Alejandro Valverde & Real Federación Española de Ciclismo, award of 31 May 2010; Arbitration CAS 2016/O/4464 IAAF v. All Russia Athletics Federation & Ekaterina Sharmina, award of 29 November 2016; Arbitration CAS 2016/O/4469 IAAF v. All Russia Athletics Federation & Tatyana Chernova,

172 Yasaklı Bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru

B. Hak Mahrumiyeti Yaptırımı

WADA Kodu madde 2.1, 2.2, 2.6'da düzenlenen anti-doping kural ihlalleri neticesinde uygulanacak bir diğer yaptırım türü ise hak mahrumiyeti yaptırımıdır. WADA Kodu madde 10'da bu yaptırım türü düzenlenmiştir.

WADA Kodu madde 10.2'de şu düzenleme yer almaktadır:

“Madde 2.1, 2.2 veya 2.6'nın ihlali durumunda uygulanacak Hak Mahrumiyeti Ceza süreleri, Madde 10.5, 10.6 veya 10.7 hükümlerinde bahsi geçen olası cezanın iptali, indirimi veya askıya alınmasına bağlı olarak aşağıdaki gibidir:

10.2.1 Aşağıdaki hallerde, Madde 10.2.4'e göre, Hak Mahrumiyeti Ceza süresi 4 (dört) yıldır:

10.2.1.1 Anti-doping kural ihlalinin Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden kaynaklı olmamasıyla birlikte Sporcu veya diğer Kişinin anti-doping kural ihlalinde kastının bulunmadığını ispatlayamadığı durumlarda.

10.2.1.2 Anti-doping kural ihlalinin Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden kaynaklanması ve Türkiye Doping Mücadele Komisyonunun anti-doping kural ihlalinin kasıtlı gerçekleştiğini ispat edebilmesi durumunda.

10.2.2 Madde 10.2.1'in uygulanabilir olmadığı durumlarda, Madde 10.2.4.1'de bahsi geçen durumlar hariç olmak üzere, Hak Mahrumiyeti Ceza süresi 2 (iki) yıldır.”

award of 29 November 2016; CAS 2010/A/2268 I. v. Fédération Internationale de l'Automobile, award of 15 September 2011; Arbitration CAS 2008/A/1744 Union Cycliste Internationale v. Monika Schachl & Österreichischer Radsport Verband, award of 27 July 2009; Arbitration CAS 2010/A/2216 Ryan Napoleon v. FINA, award of 22 December 2010; Arbitration CAS 2017/O/4980 IAAF v. Russian Athletic Federation & Svetlana Vasilyeva, award of 4 August 2017; Arbitration CAS 2015/A/4007 IAAF v. All Russia Athletics Federation, Sergey Bakulin & Russian Anti-Doping Agency, award of 25 April 2016 (operative award of 24 March 2016); Arbitration CAS 2014/A/3561 & 3614 IAAF & WADA v. Marta Domínguez Azpeleta & Real Federación Española de Atletismo, award of 19 November 2015; Arbitration TAS 2009/A/2014 Agence Mondiale Antidopage c. ASBL Royale Ligue Vélocipédique Belge & Iljo Kisse, sentence du 6 juillet 2010; Arbitration CAS 2008/A/1470 WADA v. Fédération Internationale des Luttes Associées & Mohamed Ibrahim Abdelfattah, award of 3 September 2008.

Yaptırım belirlenirken “Yasaklı Maddeler ve Yasaklı Yöntemler”, “Tanımlanmış bir Madde veya Yöntem”, “Kötüye Kullanılan Maddeler”, “Kullanımı Her zaman Yasaklanmış Olan (hem Müsabaka İçi hem de Müsabaka Dışı dönemde) Yasaklı Maddeler ve Yasaklı Yöntemler”, “Bulaşık Ürün” olup olmaması dikkate alınacaktır.

Bir anti-doping uyuşmazlığında tespiti gereken ilk husus yasaklı maddenin türüdür. Yasaklı maddenin türü belirlendikten sonra, ikinci aşamaya yani, kusura göre yaptırımın belirlenmesine geçilecektir. Yasaklı maddenin türü, kusura ilişkin ispatın dağılımında ve yaptırım miktarının belirlenmesinde dikkate alınmış ve belirli ayrımlar yapılmıştır.

1. Yasaklı Madde Kavramı

WADC “Tanımlar” başlığı altında yasaklı madde, yasaklılar listesinde yasaklı olduğu belirtilen herhangi bir madde veya madde sınıfı olarak tanımlanmıştır. Yasaklı maddeler ise WADA tarafından yayımlanmaktadır.²²

WADA Kodu madde 4.1’e göre, yasaklılar listesinde veya onun yeniden düzenlenmiş halinde aksi belirtilmedikçe, yasaklılar listesi ve üzerinde yapılan değişiklikler, WADA tarafından yayımlandığı tarihten 3 (üç) ay sonra yürürlüğe girer.

Sporcular ve diğer kişiler, yasaklılar listesine ve üzerinde yapılan tüm değişikliklere, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, ek bir resmileştirme sürecine gerek olmaksızın, uymakla yükümlüdür. Sporcular ve diğer kişiler, yasaklılar listesinin en güncel sürümünü ve üzerinde yapılan tüm değişiklikleri bilmeleri gerekmektedir.²³ Yani, herhangi bir sporcu veya diğer kişi, numunesinde bulunan maddenin, yasaklı olduğunu bilmediğini ileri sürmesi, dikkat ve özen yükümlülüğünü kaldırıcı etkiye sahip olmayacaktır. Ayrıca WADA kodu madde 4.3

²² WADA’nın, www.wada-ama.org adresindeki internet sitesi üzerinden güncel Yasaklılar Listesi’ne erişilebilir. Yasaklılar Listesi, ihtiyaç durumunda hızlandırılmış bir sürece tâbi olarak tekrar gözden geçirilir ve yayımlanır. Ancak, öngörülebilirlik adına, üzerinde değişiklik yapıp yapılmadığına bakılmaksızın her yıl yeni bir Yasaklılar Listesi yayımlanır.

²³ Arbitration CAS 2019/A/6186 Mohamed Ahmed Al Owais v. Fédération Equestre Internationale, award of 12 July 2019.

gereği, yasaklılar listesinin WADA tarafından belirlenmesi, WADA tarafından yasaklılar listesine dahil edilecek yasaklı maddeler ve yasaklı yöntemlerin belirlenmesi, maddelerin yasaklılar listesindeki kategorilere göre sınıflandırılması, bir maddenin her zaman ya da yalnızca müsabaka içinde yasaklı olarak sınıflandırılması, bir yasaklı madde veya yöntemin tanımlanmış madde, tanımlanmış yöntem ya da kötüye kullanılan madde olarak sınıflandırılması kararı nihaidir. Söz konusu kararlara, bir sporcu veya diğer kişi tarafından, bu madde veya yöntemlerin maskeleyici veya performans artırıcı niteliği olmadığı, sağlık riski oluşturmadığı veya sporun ruhuna aykırı olmadığına dayanan iddialar da dâhil, ancak bunlarla sınırlı olmayacak şekilde, hiçbir gerekçeyle itiraz edilemez.²⁴

WADA Kodu madde 4.2.1'ye göre, yasaklılar listesi, ileriki bir tarihteki müsabakalarda performans artışına neden olabileceği için veya maskeleyici niteliğinden ötürü kullanımı her zaman yasaklanmış olan (hem müsabaka içi hem de müsabaka dışı dönemde) yasaklı maddeleri ve yasaklı yöntemleri ve ayrıca yalnızca müsabaka içi dönemde kullanımı yasaklanmış olan maddeleri ve yöntemleri tanımlar. Ayrıca, yasaklılar listesinin kapsamı, belirli spor dallarını kapsayacak şekilde WADA tarafından genişletilebilir. Yasaklı maddeler ve yasaklı yöntemler, yasaklılar listesinde genel kategoriler halinde (örneğin; anabo-

²⁴ CAS'ta ileri sürülen böyle bir iddiada, WADA Kuralının gözden geçirilmesi veya revize edilmesi yargılama kurumunun görevi olmadığı belirtilmiştir (Arbitration CAS 2010/A/2307 WADA v. Jobson Leandro Pereira de Oliveira, Confederação Brasileira de Futebol & Superior Tribunal de Justiça Desportiva, award of 14 September 2011); Yargının görevi, ilgili kuralları uygulayarak itiraz edilen kararı kendi kararları ışığında onaylamak, değiştirmek veya reddetmektir. Ayrıca, kuralların anlaşılması ve kanıtların değerlendirilmesi için inceleme yetkisini kullanır. Bunun dışında yeni kural ihdas edemez, değiştiremez ve bir maddenin yasaklı olup olmadığına karar veremez (Arbitration CAS 2019/A/6482 Gabriel da Silva Santos v. Fédération Internationale de Natation, award of 14 February 2020; Arbitrations CAS 2020/A/7579 WADA v. Swimming Australia, Sport Integrity Australia & Shayna Jack and CAS 2020/A/7580 Sport Integrity Australia v. Shayna Jack & Swimming Australia, award of 16 September 2021); TAFDK 2023/7 Esas, 2024/2 Karar, 06.03.2024 Tarih: ".....'e verilen ömür boyu hak mahrumiyeti cezası kesinleşmiştir. Yaptırımın ağır olması veya infaz rejiminin adil olmaması bu yargılamanın konusu değildir. Kurulun görevi, TDMK veya WADA tarafından konulan kuralların uygulanmasıdır. Kurul, yeni bir kural koyamaz veya değiştiremez. Ancak, gerektiğinde, konulan kuralın "adalet ilkesi" süzgecinden geçirmek her yargılama kurulunun hakkı ve görevidir".

lik maddeler) veya bir madde veya yöntemle özgü atıfta bulunularak belirtilebilir.

WADC “Tanımlar” başlığı altında ve ISRM (ISRM-International Standard of Results Management) Birinci Bölüm 3.1’de müsabaka içi (In-Competition), sporcunun katılmasının planlandığı bir müsabakadan önceki gün saat 23.59’da başlayıp, bu müsabakanın sonuna ve bu müsabakaya ilişkin örnek toplama sürecine kadar geçen süre olarak tanımlanmıştır. Ayrıca uluslararası federasyonun söz konusu spor için farklı bir tanımın gerekli olduğuna dair zorlayıcı bir gerekçe sunması halinde, WADA belirli bir spor için alternatif bir tanımı onaylayabilir; WADA’nın onayı üzerine, söz konusu spora ilişkin tüm büyük yarışma organizasyonları alternatif tanımı uygulayacaktır. Müsabaka dışı (Out-of-Competition) ise müsabaka içi olmayan herhangi bir dönem olarak belirtilmiştir. Müsabaka ise tek bir yarış, maç, oyun veya tekil spor yarışması olarak tanımlanmıştır.

WADA Kodu madde 4.2.2 gereği, tanımlanmış maddeler veya tanımlanmış yöntemler madde 10’un uygulanması açısından, yasaklılar listesinde belirtilenler haricindeki tüm yasaklı maddeler, tanımlanmış madde sayılır. Yasaklılar listesinde tanımlanmış yöntem olarak kabul edildiği özellikle belirtilmediği sürece, hiçbir yasaklı yöntem, tanımlanmış yöntem sayılmaz.

WADA Kodu madde 4.2.3’e göre, kötüye kullanılan maddeler, madde 10’un uygulanması açısından, spordan bağımsız olarak toplumda sıklıkla gerçek amaçları dışında kötüye kullanılmaları nedeniyle yasaklılar listesinde kötüye kullanılan maddeler olarak açıkça tanımlanan yasaklı maddeleri kapsar.

2. Kusur Kavramı

Anti-doping düzenlemelerinin temelinde bir medeni hukuk ilişkisi olduğu ve ilkelerini buradan alındığı nazara alınınca, medeni hukuktaki kusur kavramına, açıklamaların anlaşılır olması bakımından, kısaca değinilecektir. WADA düzenlemelerin esin kaynağı da birçok medeni milletçe kabul edilmiş ulusal hukuklardaki temel ilkelerdir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki anti-doping düzenlemeleri bir “lex sportiva”dır ve kendi içerisinde yorumlanır; hiçbir ulusal veya

uluslararası hukuk düzenlemesine göre yorum yapılamaz.²⁵ WADA kuralları yorumlanırken, kuralların sadece lafzına göre değil, amacına göre yorumlanması ve uygulanması gerekir. Bir yargılama kurumu, söz konusu kuralları kural koyucunun algılanan niyetine göre yorumlaması gerekir.²⁶

Hukukun en muğlak kavramlarından biri olan kusurun,²⁷ ahlak kökenli bir kavram olması sebebi ile bütün durumlarda geçerli, kapsayıcı ve tutarlı bir tanımını yapmak zordur.²⁸ Medeni hukukta kusur, "*Hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamak*"²⁹ şeklinde tanımlanmıştır. Hukuk düzeninin tasvip etmediği ve kınanabilir bulunduğu davranış olarak da tanımlandığını görmekteyiz.³⁰ Kınanabilirlik ise kişinin kaçınması gereken davranıştan kaçınmadığı yani, örnek davranıştan saptığı için kendisine toplum tarafından hukuk aracılığı ile sitem edilmesi ve kişinin kınanmasıdır.³¹

²⁵ WADC'de şu düzenleme yer almaktadır: "Bağımsız ve özerk bir metin olarak yorumlanmalı ve imzacıların veya hükümetlerin mevcut yasalarına veya tüzüklerine atıfta bulunulmamalıdır".

²⁶ Arbitrations CAS 2016/A/4627 WADA v. Indian National Anti-Doping Agency (Indian NADA), Geeta Rani (Case I) & CAS 2016/A/4628 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case II) & CAS 2017/A/5283 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case III), award of 7 March 2018.

²⁷ Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 24.

²⁸ Cengiz Koçhisaroğlu, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990, s. 3.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 53; Diğer tanımlar için bakınız: Selahatin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993, s. 492; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), (1961 Tıpkı Bası), Ajans- Türk Matbaası, İstanbul 2010, s. 45; Selim Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (s. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980, s. 40; Eren, s. 529; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, N. 9, 146.

³⁰ Tandoğan, s. 8; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 438; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492; Oğuzman/Öz, s. 14; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s. 413; Nomer, s. 153.

³¹ Koçhisaroğlu, s. 379.

Kusur kavramı, WADC “Tanımlar” başlığı altında, “bir yükümlülüğe riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi” şeklinde tanımlanmıştır. Aslında medeni hukuktaki tanım ile aynıdır. Kusur, sporcunun veya diğer kişinin, dopingle mücadeleye dair bir yükümlülüğü isteyerek ihlal etmesi veya bu ihlalden kaçınmak için gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermemesidir. Yani, kasten veya ihmâl sureti ile dopingle mücadeleye dair bir yükümlülüğünün ihlali söz konusudur.

Kusurun tanımdan daha da zor olanı, kusuru belirlerken nelerin dikkate alınacağıdır. WADC, kusurun tanımı verdikten sonra, daha önce CAS kararlarında da çeşitli şekilde vurgulanan birtakım unsurların kusurun belirlenmesinde dikkate alınacağını ve birtakım hususların da dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Ancak bunlar sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir. Hiçbir CAS kararı bağlayıcı değildir, her olay kendi gerçekleri ile değerlendirilmelidir; ancak Lex Ludica gereği, CAS kararları bağlayıcı olmasa da verilen kararların daha önce verilen CAS kararları ile de uyumlu olması gerekir.³² Bu sebeple ça-

³² Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022: “Heyet, CAS’ın, teamül hukuku yargısında olduğu gibi, bağlayıcı bir içtihat doktrinine sahip olmadığını, ancak tutarlı bir içtihat sürdürmek adına herhangi bir panelin benzer sorunları gündeme getiren kararlarına ilgi göstereceğini belirtmektedir. Bununla birlikte bir kararın yerleşik bazı CAS içtihatlarından sapsması durumunda, bu değişikliğin uygun nedenleri yeterince belirtilmelidir. CAS kararlarının kesin bir etkisi veya emsal değeri olmadığı için, heyet, önceki heyetler tarafından gerçekleştirilen yasal analizi takip etmek zorunda değildir. Mevcut Panel, CAS’ın bağlayıcı emsallerinin yokluğuna ve aynı zamanda tutarlılık ve öngörülebilirlik için yapılan bu referansa dikkat çekmektedir. Ancak benzerleri ile karşılaştırılmalıdır”; Arbitrations CAS 2020/A/7579 WADA v. Swimming Australia, Sport Integrity Australia & Shayna Jack and CAS 2020/A/7580 SIA v. Shayna Jack & SA, award of 16 September 2021: “Fiillerinin sonucundan etkilenen sporcular için eylemlerinin sonuçlarının farkında olabilmeleri ve kendi durumlarındakilerle aynı muameleye tabi tutulduklarından tatmin olabilmeleri için kuralların yeknesak bir şekilde uygulanması elbette istenilendir”; Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017: “CAS 2011/A/2615, §92’de belirtildiği gibi, “Uluslararası bir kurum olarak doğru ve uygun yaptırım belirlerken, farklı spor dallarındaki sporculara eşit muamele edilmesi için, CAS panelleri aynı zamanda farklı federasyonların karşılaştırılabilir davalardaki kararları arasındaki tutarlılığı da korumaya çalışmalıdır. Her ne kadar eşit muamele, önemli kusur veya ihmâlin olmamasının derecesinin ve buna bağlı olarak uygulanacak uygun yaptırımın değerlendirilmesinde dikkate

İşmamızda, konunun anlaşılabilir olması bakımından, CAS kararları ayrıntılı olarak alıntılanmıştır.

WADC’de bir sporcunun veya diğer kişinin kusur derecesinin değerlendirilmesinde ele alınacak faktörler arasında, sporcunun veya diğer kişinin reşit olmayan bir kişi olup olmadığı, maluliyet, sporcunun algılamış olması gereken risk derecesi ve algılanmış olması gereken risk seviyesinin ne kadar olduğuna ilişkin sporcunun göstermiş olduğu itina ve bu konu hakkında ne derece araştırma yaptığı bulunmaktadır. Bu hususları belirttikten sonra, önemli olanın, sporcunun veya diğer kişinin kusur derecesinin değerlendirilmesi esnasında “göz önünde bulundurulması gereken koşullar, sporcunun veya diğer kişinin beklenen davranış standardından sapmasını açıklamak açısından özgün ve konu ile ilişkili olması” olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan, örneğin, bir sporcunun bir hak mahrumiyeti yaptırımı süresi zarfında büyük miktarlarda para kazanma fırsatını yitirecek olması gerçeği veya sporcunun kariyerinin kalan kısmının son derece kısa olması gerçeği veya spor takviminin zamanlaması, madde 10.5.1 veya 10.5.2 kapsamında hak mahrumiyeti yaptırım süresinin indirilmesinde dikkate alınacak faktörler arasında olmayacağı belirtilmiştir. Bu örnekler bir kusur meselesi değildir. Bu açıklamanın amacı, kusur harici hususların, talimatta belirtilenler dışında, herhangi bir indirim meselesi olmayacağını belirtmek içindir.

WADC düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, kusurun belirlenmesi için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Önemli olan “sporcu veya diğer kişinin beklenen davranış standardından sapmasını açıklamak açısından özgün ve konu ile ilişkili olması”dır. Bu sebeple herhangi bir yargı organınca, önündeki somut olayda kullanılan kriterin diğer vakalarda da geçerli olduğunu söylemek doğru olmaz. Dikkate alınabilir; ancak vaka içerisinde kusura olan etki derecesi incelenirken sporcu veya diğer kişinin beklenen davranış standardından sapmasını açıklamak açısından özgün ve konu ile ilişkili olması gerekir.

Sporcu veya diğer kişinin fiilinden sorumlu olabilmesi için eylemi ile kendi arasında sübjektif bir bağın olması yani, kusur ehliyetinin

alınması gereken bir durum olarak tanımında öngörülen bir durum olmasa da bunun ilkesi ve gereği (bkz. CAS 2013/A/3327), *lex ludica*’dan gelmektedir”.

olması gerekir. Eyleminin anti-doping kural ihlali ile neticeleneceği ihtimalinin idrakini veya bu eylemden kaçınabilmeyi sağlayacak irade gücünün bulunması gerekir. Medeni hukukta, kusur ehliyeti olarak tanımlanan bu durumun tespiti ise sporcu veya diğer kişinin bağlı olduğu ulusal hukuka göre belirlenecektir.³³ Ayırt etme gücünün geçici kaybindan dolayı da sporcunun veya diğer kişinin bu duruma kendisini sokmasındaki kusuruna bakmak gerekecektir.³⁴

Bir vakada kusur tespit edilirken eylemin meydana gelmesinden önce mevcut olan şartlara göre değerlendirme yapılır (ex ante değerlendirme). Ancak bu durum, sporcunun eylem öncesi, anı ve eylem sonrası davranışlarının, sporcunun niyetini tespit etmekte kullanılmayacağı anlamına gelmez. Örneğin, tanımlanmış bir maddeye ilişkin ihlalde, dopinge mücadele komisyonu çoğu zaman ve hatta nerdeyse tamamen somut ihlalin gerçekleştiği ana gidemez. Sporcunun veya diğer kişilerin olayı çevreleyen tüm davranışlarından yola çıkarak çıkarımlar yapmak zorundadır. Bu sebeple vaka öncesi veya sonrası sporcunun bir davranışı, niyetin tespitinde dikkate alınabilir.³⁵ Bu duruma sporcunun kullanmış olduğunu iddia ettiği ürünü doping kontrol formunda bildirmemesi, daha önce TAKİ başvurusunun reddedilmesine rağmen ilacının kullanılması³⁶ örnek gösterilebilir.

Anti-doping vakasında kusurun tespitinde sporcunun deneyim düzeyi, fiziksel veya zihinsel özellikleri, anti-doping eğitimi, yasaklı maddeye ilişkin farkındalık düzeyi, yasaklı maddeyi kullanma motivasyonu, olayı çevreleyen mekânsal veya zamansal koşullar, sporcunun karşılaştığı dil sorunları, sporcunun açıklamaları ile numunesinde tespit edilen yasaklı maddenin miktarına ilişkin tutarlılıklar, kullandığı ürüne ilişkin yaptığı veya yapması gereken araştırmalar, öngörüle-

³³ CAS Kodu R58 gereği, eğer taraflar arasında yetki ve uygulanabilecek hukuk seçilmemişse veya belirtilmemişse itiraz edilen kararı veren organın bulunduğu ülkenin yasalarına göre uyuşmazlığın çözülmesi beklenir. Ayrıca olayın gerçekleştiği zamana göre yürürlükte olan düzenlemelere göre uyuşmazlık çözülür.

³⁴ Türk Borçlar Kanunu madde 59 uyarınca, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

³⁵ TAFDK 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; TAFDK 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

³⁶ Arbitration CAS 2016/A/4512 WADA v. Turkish Football Federation & Ahmet Kuru, award of 21 November 2016.

bilirlik ve önlenebilirlik, farkındalık düzeyinin azalmasında dikkatsiz ve anlaşılabilir kişisel hatalar dikkate alınacaktır. Ancak bunlar sınırlı sayıda olmayıp somut olay gerçekleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca her kusur düzeyi için bunların esas alınması da doğru olmaz. Örneğin, bir sporcu genç olduğu için, önemli kusur veya ihmalin olmadığı tespit edilmesinde, kaynağın ispatından muaf tutulamaz.³⁷ Ki özel bir beceri ya da bilgi gerektiren bir faaliyet gerçekleştiren kimse gerekli niteliklere sahip olmalıdır.

Sporcunun örnek davranışı sergilemesine engel teşkil eden zihinsel ya da fiziksel yeteneksizliğinin bir mazeret olarak kabul edilebilmesi için bu durumun kendi davranışından kaynaklanmaması gerekir. Sporcu, kişisel engeli nedeniyle gerekli özeni gösteremediğini ileri sürebilmesi için bu engelin öngörülemez ve önlenemez olması gerekir. Yani, sporcu kişisel özelliklerini, varsa engellerini nazara alarak hareket etmesi gerekmektedir.

Somut olay koşulları da her zaman dikkate alınacaktır. Sporcunun içinde bulunduğu somut koşullar, örneğin, mazeret olarak kabul edilmeyecek olan deneyimsizlik, somut olayın koşulları altında mazeret olarak kabul edilebilir.

Kural olarak tüm anti-doping vakaları önlenebilir.³⁸ Ancak kusurun tespitinde öngörülebilirlik ve önlenebilirlik de dikkate alınacaktır. Sporcunun kusurlu kabul edilebilmesi için davranışının bir anti-doping kural ihlali ile sonuçlanabileceğinin objektif olarak öngörülebilir olması ve önlenebilir olması gerekmektedir. Öngörülebilirlik ve önlenebilirlik, davranışın bir anti-doping kural ihlali ile sonuçlanma ihtimalinin sporcunun içinde bulunduğu koşullara göre objektif bir biçimde tespit edilmesidir.³⁹ Öngörülebilirliğin et tipik örneği, bulaşık

³⁷ Arbitration CAS anti-doping Division (OG Rio) AD 16/005 IOC v. Xinyi Chen, award of 18 August 2016; Arbitration CAS (Oceania Registry) A2/2015 Australian Sports Anti-Doping Authority, on behalf of Cycling Australia v. Jeone Park, award of 17 March 2016.

³⁸ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. ITF & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018.

³⁹ Model davranıştan sapmanın önlenebilir olup olmadığı, soyut ve ortalama tipin fiil anında içinde bulunduğu şartlara göre belirlenir (Koçhisaroglu, s. 452). Ki bir davranışın öngörülebilir ve önlenebilir olmaması halinde ortada bir tesadüfi hal/

ürüne ilişkin madde 10.6.1.2'ye ilişkin açıklamada yer almaktadır. Bu açıklamada, maddenin, üretim sürecinden geçmemiş ürünler için uygulanmaz olduğu belirtilmiş ve aykırı analitik bulgunun, mantıklı hiçbir insanın anti-doping kural ihlali ile sonuçlanabileceğini öngöremeyeceği koşullarda, musluk suyu veya göl suyu gibi üretim sürecinden geçmemiş bir çevresel bulaş sonucu ortaya çıkmış olması durumunda, zaten madde 10.5 kapsamında herhangi bir ağır kusur veya ihmal bulunmayacağı belirtilmiştir.

3. Kast

Medeni hukukta kast, kusurun en ağır derecesi olup failin hukuka aykırı sonucu bildiğini ve bu sonucu istediğini ifade etmektedir.⁴⁰ Eğer fail, doğrudan doğruya sonucu istemişse doğrudan kasttan⁴¹ (dolus directus), eğer fail, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse dolaylı kasttan (dolus eventualis) söz edilir.⁴² Her iki durumda da kastın varlığı nedeni ile hukuki sorumluluk gündeme gelecektir.

Kastın söz konusu olduğu durumlarda, fail ihlal ettiği kuralın varlığını bilmesede dahi, failin isteyerek meydana getirdiği sonuca ilişkin fiili hukuka aykırı ise kastın varlığı kabul edilir.⁴³ Fiili yanılığda ise kişi, gerekli dikkati gösterse idi fiili yanılığa düşmeyecek idiyse o zaman kişinin ihmali mevcut olacak ve ihmalden sorumluluğu doğacaktır.⁴⁴

WADA Kodu madde 10.2.3'te kast kavramı tanımlanmıştır. Bu düzenlemede kast kavramı, sporcunun veya diğer kişinin, bir anti-doping kuralını ihlal ettiğini bildiği veya ilgili fiilin bir dopingle mü-

kaza söz konusudur ve fail böyle bir durumdan sorumlu tutulamaz (Koçhisaroğlu, s. 451).

⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 55; Kanati, s. 52; Kılıçoğlu, s. 224; Eren, s. 574; Ergun Özsunay, Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (67-128), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980; İmre, s. 26.

⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 55; Eren, s. 574.

⁴² Oğuzman/Öz, s. 55; Tandoğan, s. 47; Tunçomağ, s. 441; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 493; Eren, s. 574; Hatemi/Gökyayla, s. 146.

⁴³ Oğuzman/Öz, s. 55.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 55.

cadele kural ihlali oluşturabileceği veya bir dopingle mücadele kural ihlali ile sonuçlanabileceği yönünde, açık bir şekilde göz ardı edilmiş, belirgin bir riskin bulunduğunu bildiği bir eylemde bulunması olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, medeni hukuktaki tanım ile aynıdır. Doğrudan veya dolaylı kast ile anti-doping kural ihlali gerçekleştirilebilir.

İnceleme konusu kapsamındaki yani, WADA Kodu madde 2.1, 2.2 ve 2.6 kapsamındaki anti-doping kuralları ile ilgili olarak herhangi bir özel kast aranmamaktadır.⁴⁵ Davranışın anti-doping ihlali teşkil edebileceği veya sonuçlanabileceği yönünde önemli bir riskin bulunduğunu sporcunun göz ardı etmesi kastın varlığı için yeterlidir. Dolayısıyla oyun alanında performansı artırmak amacıyla ayrıca ayrı ve belirgin bir hile kastının bulunduğu kanıtlanmasına gerek yoktur. Bu sebeple numunesinde yasaklı bir madde çıkan sporcunun özel niyetini kanıtlamak zor olduğu için kusursuz sorumluluk hali benimsenmiştir.⁴⁶

a. Anti-Doping Kural İhlalinin Tanımlanmış Bir Madde veya Yöntemden Kaynaklanması

WADA Kodu madde 10.2.1.2 gereği, anti-doping kural ihlalinin "Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden" kaynaklanması ve dopingle mücadele komisyonunun anti-doping kural ihlalinin kasıtlı gerçekleştiğini ispat edebilmesi durumunda hak mahrumiyeti yaptırımı 4 yıl olacaktır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, 4 yıl hak mahrumiyeti yaptırımının uygulanabilmesi için iki şart aranmaktadır. Birinci şart, anti-doping kural ihlalinin "Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden" kaynaklı olması gerekir. İkinci şart ise sporcu veya diğer kişinin, doğrudan veya dolaylı kastını dopingle mücadele komisyonunun ispat etmesidir. Bu durumu dopingle mücadele komisyonu açık ve ikna edici ispat standardı ile ispat edecektir.

⁴⁵ Arbitration CAS 2016/A/4512 WADA v. Turkish Football Federation & Ahmet Kuru, award of 21 November 2016; Arbitrations CAS 2020/A/7579 WADA v. SA, SIA & Shayna Jack and CAS 2020/A/7580 SIA v. Shayna Jack & SA, award of 16 September 2021.

⁴⁶ Arbitration CAS 2016/A/4512 WADA v. Turkish Football Federation & Ahmet Kuru, award of 21 November 2016.

Anti-doping kural ihlalinin “Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden” kaynaklandığının tespit edilmesinden sonra, kusur derecesine göre yaptırım belirlenecektir. İlk aşamada, dopinge mücadele komisyonu tarafından kastın ispat edilip edilmediğine bakılacaktır. Eğer ki kast ispat edilir ise 4 yıl hak mahrumiyeti cezası uygulanacaktır. Kastın ispat edilmemesi halinde 2 yıl hak mahrumiyeti cezası uygulanacaktır. Bu aşamadan sonra, olasılık dengesi ile sporcu kusur veya ihmalinin olmadığını ispat ederse herhangi bir hak mahrumiyeti cezası uygulanmayacaktır. Önemli bir kusur veya ihmalinin olmadığını olasılık dengesi ile sporcu ispat ederse kusurun derecesine göre yaptırım belirlenecektir. Bu halde de sporcu kusurunun normal veya hafif kusur olup olmamasına göre yaptırım belirlenecektir.

Sporcu veya diğer kişinin iç dünyasını ilgilendiren kast, sporcu veya diğer kişinin olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışları ölçü alınarak belirlenebilir. Yani, sporcu veya diğer kişinin kastı, dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle saptanabilir. Kastın tespiti için kural düzeyinde ölçütler değil, olayın özelliklerine ve bu özellik içindeki ayrıntıların niteliklerine göre değerlendirilmenin yapılması gerekir.⁴⁷

Dopinge Mücadele Komisyonu genellikle yasaklanmış bir maddenin kullanımının gerçek koşullarını belirleyen kanıtlara erişemez. Bunun yerine, kasıtlı kullanımı belirlemek için genellikle bilimsel analiz sonuçlarına ve uzman görüşlerine güvenmesi gerekecektir. Örneğin, tanımlanmış bir maddeye ilişkin vakada, dopinge mücadele komisyonu, sporcunun numunesindeki maddenin önemli performans artırıcı etkiler sağlayabileceğini veya kullanılmış bir yasaklı maddeyi gizleyebileceğini tespit ederse, bu durum ihlalin kasıtlı olduğu iddiasını destekleyecektir.⁴⁸ Ayrıca sporcunun eğitim düzeyi, farkındalığı, maddeyi tüketme motivasyonu, numunede yer alan yasaklı madde oranları gibi hususlar da kastın ispatında ele alınabilir. Olayı çevreleyen koşullar ve sporcu davranışları da önemlidir. Örneğin, sporcunun doping kontrol

⁴⁷ TAFDK 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; TAFDK 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

⁴⁸ TAFDK 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; TAFDK 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

formuna kullandığı ilaçları bildirmemesi, kullandığı yasaklı maddeyi gizlediği şeklinde yorumlanabilir. Tamamen olaya özgü değerlendirmeler yapılarak sonuca gidilmelidir.⁴⁹

Dopingle mücadele komisyonu, iddianın ciddiyeti ile orantılı olarak kastın varlığını açık ve ikna edici ispat standardı ile ispat edecektir. Yaptırımın iki katına çıkacak olması sebebi ile ciddi ve inandırıcı deliller ile ispat yapılmalıdır.⁵⁰ Dopingle mücadele komisyonu, doğrudan veya dolaylı kastı ispat edecektir. Bunun için özel kastın ispatına gerek yoktur; “sporçunun davranışının anti-doping kural ihlali oluşturabileceği veya bununla sonuçlanabileceği riskinin açıkça göz ardı edildiğinin” ispatı yeterlidir.⁵¹

Sporcu kastının ispatı için WADA Kodu madde 10.2.3’de getirilmiş ispat karinesine göre, “Yalnızca Müsabaka İçinde Yasaklı bir Madde” mahiyetinde olan bir maddeden kaynaklı aykırı analitik bulgunun yol açtığı bir anti-doping kural ihlali, söz konusu maddenin “Tanımlanmış bir Madde olması” ve sporçunun söz konusu yasaklı maddeyi, müsabaka dışındaki dönemde kullandığını kanıtlayabilmesi durumunda, aksi ispat edilinceye kadar, söz konusu kullanımın “kasıtlı” olmadığı varsayılır. Bu karine ile yasaklı maddenin müsabaka

⁴⁹ TAFDK 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

⁵⁰ TAFDK 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 Tarih; TAFDK 2023/3 Esas, 2023/3 Karar, 03.10.2023 Tarih.

⁵¹ Arbitration CAS 2016/A/4512 WADA v. Turkish Football Federation & Ahmet Kuru, award of 21 November 2016 sayılı kararına konu olayda, futbolcu, söz konusu maddenin sporla ilgisi olmayan nedenlerle kullanılmasına izin veren TAKİ alamaması üzerine yasaklı maddeye karşı testi pozitif çıkmıştır. CAS, oyuncunun riskin varlığının farkında olması ve bunu umursamadan göz ardı etmesi nedeniyle bu tür bir kullanımın kasıtlı olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararda belirtildiği üzere, bu riskin varlığı ve oyuncunun bu konudaki farkındalığı yadsınamazdı; çünkü oyuncu daha önce kendisine onay verilmeyen bir TAKİ başvurusunda bulunmuştu. Bu nedenle, sporcu yasaklı bir maddeyi alırken davranışının anti-doping kural ihlali niteliğinde olduğunun tamamen bilincinde olarak hareket etmiştir ve ilgili riski tamamen göz ardı etmiştir.; Arbitration CAS 2016/A/4609 WADA v. Indian National AntiDoping Agency (Indian NADA) & Dane Pereira, award of 19 January 2016 sayılı kararına konu olayda, CAS, tıbbi danışmanlarından bir dizi enjeksiyon alan bir futbolcunun, davranışının anti-doping kural ihlali teşkil edebileceği hususunun önemli bir risk olduğunu bilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Kararda, sporçunun ilacın herhangi bir yasaklı madde içerip içermediğini doğrulamaya bile çalışmaması riski açıkça göz ardı ettiği anlamına geldiği belirtilmiştir.

dışındaki dönemde kullanıldığı sporcu tarafından olasılık düzeyinde ispat edildiği zaman, sporcunun “kasıtlı” olmadığı kabul edilecektir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, müsabaka içinde kullanılan tanımlanmış madde veya yöntem sporunun kasıtlı olduğuna karine teşkil etmektedir.⁵²

⁵² TAFDK 2021/13 Esas, 2022/16 Karar, 17.05.2022 tarihli kararına konu olayda, Sporcunun A numunesinde yapılan inceleme sonucunda “Furosemide” maddesi tespit edilmiştir. Furosemide maddesi, WADA’nın 2021 yılı yasaklılar listesinde yer alan Kullanımı Her Zaman Yasaklı Olan Maddeler ve Yöntemler sınıflandırması içerisinde S5. İdrar Söktürücüler ve Diğer Maskeleyici Maddeler gurubunda “Tanımlanmış Madde” olarak kabul edilmektedir. Kararda şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Somut olayda sporcu tarafından yasaklı maddenin kaynağına dair açıklamalar getirilmiştir. Bu açıklamada, hastalığından kaynaklı olarak lasix isimli ilacını tedavi amaçlı olarak kullandığını belirtmiştir. Müsabaka öncesi ve müsabakadan hemen önce kullandığını belirtmiştir. Yoğun kanamalı ve düzensiz regl olması, dönem dönem regl olmaması ve bu nedenle yaşadığı ödem sorunu nedeniyle gitmiş olduğu doktor tarafından reçete edildiğini belirtmiştir. Dosya kapsamına reçete sunulmuş ve ilaç alındığını gösterir eczaneden alınmış bir belge sunulmuştur.

Sporcu tarafından Özel Klinik’ten Jinekolog tarafından hazırlanan 22.04.2021 tarihli reçete sunulmuştur. Reçete içeriğinde, Tarlusal ve lasix isimli ilaç yer almaktadır. Bunun dışında herhangi bir belge veya bilgi sunulmamıştır. Sporcunun hastalığına ilişkin tıbbi geçmiş TDMK tarafından istenmiş ancak sunulmamıştır. Sporcunun Özel Klinik’te Jinekolog tarafından tedavi edilmesi hayatın akışına uygun olabilir. Devlet hastanelerini tercih etmemesi mümkündür.

Tarlusal ve lasix isimli ilaçlar, Eczanesinden alınmıştır. Buna ilişkin Eczanesi tarafından düzenlenen’a ilaç alındığını gösterir belge sunulmuştur. Ancak bu belge içeriği itibari ile fatura niteliğinde değildir. Türk Hukuk Sisteminde yasal olarak alınan her ürüne fatura verilmek zorundadır. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “Faturanın Tarifi” başlıklı 229. maddesine göre fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır. Bu vesikanın şekil unsurları da kanunda düzenlenmiştir. Sunulan belgenin fatura niteliğinde olmaması ve her zaman düzenlenebilir nitelikte bir belge olması sebebi ile kurulumuz tarafından bu belgeye şüphe ile yaklaşmıştır. Yasal ve mutata olana aykırı bir vaka ileri süren kişi bu vakasını başkaca deliller ile ispat etmesi gerekir. Sporcu bu ilaçları kendisinin belirtilen tarihte aldığını başka türlü de ispat edebilirdi. Türkiye’de, ilaç sahteciliği ve ilaç kaçakçılığını önleyerek orijinal ve güvenilir ilaç tedarik edilmesini sağlamak amacı ile ilaç takip sistemi bulunmaktadır. İlaç üzerinde yer alan karekod ile ilacın tüm aşamaları tespit edilebilir. İlacın menşei, ecza deposuna giriş tarihi, eczaneye geliş tarihi ve eczaneden çıkış tarihi, kime verildiği bu sistem aracılığı ile takip edilebilmektedir. Sporcu için oldukça ispat kolaylığı getiren bu kayıtlar sunulmamıştır. Duruşmada sorulmuş ve olmadığı belirtilmiştir. Tüm bu hususlar ilaçların gerçekten alındığını ciddi şekilde şüpheye düşürmektedir.

Bu karinenin aksini de sporcu olasılık düzeyinde ispat edecektir.

Sporcunun Özel Klinik'te Jinekolog tarafından tedavi edilmesi hayatın akışına uygun olabilir. Sporcu tarafından kendi hastalığına yönelik bahsi dikkate alınarak tıbbi geçmiş istenmiştir. Nitekim adet düzensizliğinin dönem dönem olduğunu ve ama bu sefer çok ağır olduğunu, hatta o kadar şişkinlik olmuş ki bacaklarını birbirine sürterek yürüdüğünü, sporcunun aşırı şişliği bulunduğu, bacaklarının birbirine sürttüğü, koşmak istediği, normalleşmek istediği ve tedavi olmak için kullandığını belirtmiştir. Bu kadar ağır bir hastalığın geçmişi veya en azında tedavi anında birtakım tetkiklerin yapılmış olması gerekir. Sporcu tarafından herhangi bir belge sunulmamıştır. Jinekolog'nin teşhis belgeleri veya başka bir sağlık kuruluşundan teşhis ve tedavi belgeleri istenmiş ancak sunulmamıştır.

.....
Tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında sporcunun tedavi belgelerinin olmaması hayatın olağan akışına aykırı bulunmuştur. Sporcu beyanına göre, yasaklı maddenin müsabaka öncesi kullanıldığı, müsabaka öncesi kendisine dezavantaj yarattığını belirttiği ödemi hızlı şekilde ve doğal olmayan yolla atmak istediğidir. Müsabakada avantaj sağlamak kastı le hareket ettiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan kendisine doktor tarafından reçetede yer alan ve sağlık sorununa etki etme ihtimali bulunan diğer ilacı kullanmayarak iddia etmiş olduğu sağlık sorununu doğrudan giderme özelliği bulunmayan yasaklı madde içerir ilacı kullanması da ayrı çelişkidir. Bu sebeple sporcunun tedavi amaçlı olarak ilacı kullandığı kabul edilebilir bir durum değildir.

Tanık olarak jinekolog ile gösterilmiş ancak ne beyanları sunulmuş ne de duruşmada hazır edilerek dinletilmiştir.

Sporcunun yaşı, eğitim durumu dikkate alındığında "Furosemide" maddesinin yasaklı olduğunu bilmediğini ileri sürmesi kabul edilemez. Kendisi BESYO mezunudur. Diğer taraftan bulunduğu yaş ve konun itibarı ile internetten basit bir araştırma ile de bu maddenin yasaklı olduğunu öğrenebilir. Bir taraftan Tarnusalın kanamayı artıracağını düşündüğü için kullanmadığını belirtmesi bir taraftan da bilgisiz olduğunu ileri sürmesi kabul edilebilir değildir.

Olay öncesi, sporcu, hastalığından dolayı TAKİ'ye başvurabilirdi. Bu durumda herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalmayacaktı. Sporcunun destek personeli ni iyi seçmesi gerekir. Onların hatalarından dolayı kendisini kurtaramaz. Doktorun verdiği diyerek sorumluluğunu doktor üzerine yükleyemez. Ki bu durumda sağlıklı bir şekilde ortaya konmuş değildir. Olay anında, asgari Doping Kontrol Formunda kullanmış olduğu ilacı bildirebilirdi. Eğer yasaklı madde içermediğini bilmiyorsa kullandığı ilacı yazabilirdi. Teknik bir değişiklik nedeni ile beklemediği bir yarışa katılması ve numune alınması kuvvetle muhtemeldir ki yakalanmasına sebep oldu. Normal seyrinde yakalanmayacağını düşünmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu durum kullandığı maddeyi sakladığını göstermektedir. Olay sonrasında, güvenilir olmayan deliller sunması, numune analizi, uzman görüşü ile beraber bu durum değerlendirildiğinde, sporcunun önemli bir riskin bilgisine sahip olduğunu ve bu riski açıkça göz ardı ettiğini ortaya koymaktadır." Neticede 4 yıl hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır. Sporcu, tıbbi tedaviyi ispat etse de ilaç kullanarak açıkça anti-doping kural ihlali riskini göze almıştır.

b. Anti-Doping Kural İhlalinin Tanımlanmamış Bir Madde Veya Yöntemden Kaynaklanması

WADA Kodu madde 10.2.1.1 gereği, anti-doping kural ihlalinin “Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden” kaynaklı olmamasıyla birlikte sporcu veya diğer kişinin dopinge mücadele kural ihlalinde “kast”ının bulunmadığını ispatlayamadığı durumlarda hak mahrumiyeti cezası 4 yıl olacaktır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, 4 yıl hak mahrumiyeti cezası verilebilmesi için iki şart aranmaktadır. Birinci şart, kural ihlalinin “Tanımlanmış bir Maddeden veya Tanımlanmış bir Yöntemden” kaynaklı olmaması gerekir. Bu durumu, dopinge mücadele komisyonu açık ve ikna edici ispat standardı ile ispat edecektir. İkinci şart ise sporcu veya diğer kişinin, doğrudan veya dolaylı kastının olmadığını olasılık dengesi düzeyindeki bir ispat standardı ile ispat edememiş olmasıdır. Sporcu, kural ihlalini bilerek işlemediğini veya davranışının bir anti-doping kural ihlali teşkil edebilir veya bununla sonuçlanabilir riskini açıkça göz ardı etmediğini ispat edecektir.⁵³

⁵³ Arbitration CAS 2020/A/7536 Ashley Kratzer v. ITF, award of 15 June 2021 sayılı kararına konu olayda, sporcu kremi uygularken davranışının önemli bir risk taşıdığını bildiği ve bu riski açıkça göz ardı ettiği tespit edilmiştir. Dolaylı kast şu şekilde ifade edilmiştir: “İkinci alternatifin uygulanabilmesi için iki ön koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir. Öncelikle Temyiz Eden, davranışının önemli bir risk içerdiğini biliyor olmalıdır. İkincisi, Oyuncunun bu riski açıkça göz ardı etmiş olması gerekir. Bu nedenle, kasıtlı hareket ettiği varsayımını çürütmek için, Oyuncunun ya davranışının önemli bir risk içerdiğini bilmediğini (olasılık dengesine göre) ya da bu riski açıkça göz ardı etmediğini göstermesi gerekir”. İhmal ile arasındaki ince çizgiyi de şu şekilde belirtmiştir: “Bir davranışın “kasıtlı” olarak nitelendirilebilmesi için ilgili kişinin suçun gerçekleşmesini kabul etmesi veya rıza göstermesi ya da en azından istenilen amaç uğruna kabul etmiş olması gerekir. Öte yandan, eğer fail, mümkün olduğu kabul edilen suçun gerçekleşmesini kabul etmiyorsa ve buna ek olarak, suçun gerçekleşmeyeceğine sadece belirsiz bir şekilde değil, inandırıcı bir şekilde güveniyorsa, bu davranış ihmalkardır. Bu nedenle, ihmali, (dolaylı) kasttan/niyetten ayırmak için, özellikle bu iradi unsura bakmak gerekir. Elbette böyle bir unsurun sonradan belirlenmesi zordur. Ancak genel kural olarak, suçun gerçekleşmesi failin zihninde ne kadar uzaksa, suçu o kadar az kabul etmiştir. Belirli bir davranışın “dikkatsiz” mi yoksa yalnızca “umursamaz” mı olduğuna ilgili tüm koşullar dikkate alınarak karar verilmelidir. Tek Hakem, her iki davranış türünün yalnızca çok ince bir çizgiyle ayrıldığına bilincindedir. Başka bir karar olan Arbitration CAS 2012/A/2822 Erkand Qerimaj v. International Weightlifting Federation, award of 12 September 2012 sayılı kararda da şu açıklama getirilmiştir: “Ancak, sporcu davranışında yalnızca dolaylı niyetle ha-

Sporcu kastının ispatı için WADA Kodu madde 10.2.3'de getirilmiş ispat karinesine göre, "Yalnızca Müsabaka İçinde Yasaklı bir Madde" mahiyetinde olan bir maddeden kaynaklı bir aykırı analitik bulgunun yol açtığı dopingle mücadele kural ihlali, söz konusu maddenin tanımlanmış bir madde dışındaki bir yasaklı madde olması ve sporcunun söz konusu yasaklı maddeyi, sportif performansı ile ilgili olmayan nedenlerden ötürü müsabaka dışındaki dönemde kullandığını kanıtlayabilmesi durumunda söz konusu kullanım, "kasıtlı" olarak nitelendirilmez. Sporcu lehine getirilmiş bu karine ile müsabaka içi yasaklı maddenin sportif performans ile ilgili olmayan nedenlerden ötürü, müsabaka dışındaki dönemde kullanıldığı sporcu tarafından olasılık düzeyinde ispat edildiği zaman, sporcunun "kasıtlı" olmadığı kabul edilecektir.

2021 öncesi WADC'de sporcunun kastının olmadığını ispat etmesi için yasaklı maddenin kaynağını ispat etmesi gerektiği noktasında herhangi bir düzenleme yoktu. 2021 WADC düzenlemesi de aynı şekilde kalmıştır. Ancak madde 10.2.1.1'e ilişkin açıklama kısmına şu düzenleme eklenmiştir: "*Sporcunun veya diğer Kişinin, Yasaklı Maddenin vücuduna nasıl girdiğine dair açıklama sunmadan dopingle mücadele kural ihlalinin kasıtlı olmadığını ispat edebilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, Madde 2.1 kapsamındaki bir doping vakasında Sporcunun Yasaklı Maddenin kaynağını ortaya koymadan ihlalin kasti olmadığını kanıtlama konusunda başarılı olma ihtimali çok düşüktür*". Bu ifade, daha önce birçok CAS kararında vurgulanmıştır.

2021 WADC düzenlemeleri öncesinde, bazı CAS kararlarında kasıtlı olmadığının ispatı için kaynağın ispatı gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁴

reket ediyorsa, yani sporcunun davranışı öncelikli olarak tek bir sonuca odaklanmışsa, ancak ikincil bir sonuç ortaya çıktığında, sporcunun davranışının kasıtlı olarak değerlendirilmesi gerekir. Mecazi anlamda konuşursak, bir sporcu, yolu üzerindeki tüm dur işaretlerini görmezden gelerek bir 'mayın tarlasına' girerse asıl amacı 'mayın tarlasından' zarar görmeden geçmek olabilir. Ancak bu şekilde (dikkatsizce) hareket eden bir sporcu, bir şekilde belirli bir sonucun (yani olumsuz analitik bulgunun) gerçekleşebileceğini kabul eder ve dolayısıyla (dolaylı) niyetle hareket eder".

⁵⁴ Arbitration CAS 2013/A/3124 Rashid Mohd Ali Alabbar v. Fédération Equestre Internationale, award of 27 September 2013; Arbitration CAS 2006/A/1130 WADA v. Darko Stanic & Swiss Olympic, award of 4 January 2007; Arbitration CAS 2016/A/4662 WADA v. Caribbean RADO & Greaves, award of 20 Septem-

Kaynağın ispatının önemli bir adım olduğu kabul edilse dahi, genel itibari ile sporcunun yasaklı maddenin vücuduna nasıl girdiğini ispat etmek ile yükümlü olmadığı sonucuna varmak gerekir.⁵⁵ Bu nedenle, her vaka kendi gerçeklerine ve koşullarına göre tartılmalıdır. Sporcunun niyetini tespit etmek için düz bir formül uygulanamaz.

Yasaklanmış bir maddenin kaynağının kanıtlanması gerekliliği zorunlu olmamakla birlikte, kaynağın ispatı, sporcunun niyet eksikliğini kanıtlama yükünü yerine getirip getirmediğine karar vermede önemli bir faktör olmaya devam etmektedir.⁵⁶ Neticede karşı ispat faaliyeti içinde olan sporcu, yasaklı maddenin kaynağını ispat etmek zorunda değildir. Ancak sporcu, yasaklı maddenin kaynağını kanıtlamakla yükümlü olmasa bile, dopinge mücadele kural ihlalinin nesnel koşulları temelinde, anti-doping kural ihlali yapma niyetini çürütecek özel koşulların varlığını göstermek zorundadır.⁵⁷ Bu özel koşullar her vakanın kendi gerçekliği içinde değerlendirilecektir.

Sporcunun kastının olmadığı belirlenmesinde çeşitli CAS kararlarında aşağıdaki hususların dikkate alınacağı belirtilmiştir:

1. Sporcunun göreceli deneyim düzeyi (spor ve anti-doping kural ihlali ile ilgili),
2. Sporcunun genel anti-doping eğitimi (veya eksikliği),
3. Sporcunun önceki yasaklı madde vakalarına ilişkin farkındalık düzeyi,

ber 2016.

⁵⁵ Arbitration CAS 2016/A/4439 Tomas Hamerlak v. IPC, award of 4 July 2016; Arbitration CAS 2016/A/4534 Maurico Fiol Villanueva v. FINA, award of 16 March 2017; Arbitration CAS 2017/A/4954 WADA v. Belarus Taekwondo Federatjon & Armlil-Mnrshal, award of 10 February 2017.

⁵⁶ Arbitrations CAS 2016/A/4627 WADA v. Indian National AntiDoping Agency (Indian NADA), Geeta Rani (Case I) & CAS 2016/A/4628 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case II) & CAS 2017/A/5283 WADA v. Indian NADA, Geeta Rani (Case III), award of 7 March 2018.

⁵⁷ Arbitration CAS 2017/A/5016 Ihab Abdelrahman v. Egyptian Anti-Doping Organization & CAS 2017/A/5036 WADA v. Ihab Abdelrahman & EGY-NADO, award of 18 December 2017; Arbitration CAS 2020/A/7579 World Anti-Doping Agency v. Swimming Australia, Sport Integrity Australia & Shayna Jack & CAS 2020/A/7580 Sport Integrity Australia v. Shayna Jack & Swimming Australia Limited, award of 16 September 2021.

4. Sporcunun yasaklı madde tüketme motivasyonu,
5. Olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri,
6. Sporcunun açıklamalarının sisteminde bulunan yasaklı madde seviyeleriyle tutarlılığı.⁵⁸

⁵⁸ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019 sayılı kararında, sporcu 21 Nisan 2017'de doping kontrolüne tabi tutulmuş ve numunesinde meldonyum varlığına ilişkin Olumsuz Analitik Bulgu tespit edilmiştir. CAS panellerinin gerçeğe dayalı ve vakaya özel analizler yapması gerektiği belirtilmiş ve kastı belirlemek için aşağıdaki unsurlara güvenebileceğini belirtmiştir: “göreceli deneyim düzeyi (spor ve ilgili anti-doping kuralları), genel Doping mücadele eğitimi (veya eksikliği), aynı yasaklı maddeyi içeren daha önceki vakalara ilişkin farkındalık düzeyi, yasaklı maddeyi içeren ürünü tüketme motivasyonu, oyuncunun takım doktoruna yaptığı ziyaretle ilgili koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri, Oyuncunun açıklamalarının sisteminde bulunan yasaklı madde seviyeleriyle tutarlılığı.” Sporcu, doping mücadele eğitimi almadığını, nispeten izole olduğunu (özellikle meldonyum içeren yüksek profilli vakalara ilişkin medya raporlarından) ve genç olduğunu ve hangi maddelerin yasaklı olup olmadığı konusunda kulübün tıbbi personeline göreceli olarak bağımlı olduğunu belirtmiştir. Ona göre, performansı artırma açısından nispeten zararsız bir maddeydi (örneğin anabolik steroidlerin aksine), daha ziyade sonbahar ve kış aylarında fiziksel efordan kurtulmada ve hastalıkları savuşturmada yararlı olabilecek bir maddeydi. Mildronat'ın daha önce Kulüp tarafından tedarik edilmiş olması, bunun açıkça “doping” özelliği taşıyan ilaçlarla aynı nitelikte olmadığını gösteriyordu. Buna rağmen, CAS, sporcunun yükümlülüğünün küçümsenecek bir yük olmadığını belirtmiştir. Mildronat'ı tüketme kararının, anti-doping kural ihlali için kasit oluşturacak şekilde hem yeterli risk içermesi hem de bu riskin yeterince dikkate alınmamasını ne ölçüde sağladığına bakmak gerektiği belirtilmiştir. Davalı, sporcunun Mildronate'i tüketmeyi seçtiğinde sporcular için kullanımının getirdiği tehlikelerin herkes tarafından bilindiğini, özellikle Sharapova davasının sosyal medyada manşetlere çıktığını belirtmiş ve sonuç olarak, sporcunun farkındalık eksikliğini ikna edici bir şekilde göstermesi gerektiği belirtilmiştir. CAS, Balandin'in meldonyumun yasaklı olması ile ilgili medyada veya sosyal medyada yer alan haberlere maruz kalmamış olmasının muhtemel olmadığı yönündeki iddiasını ikna edici bulmamıştır. Sporcunun örneğinde bulunan meldonyum seviyeleri, maddeyi aldığı iddia ettiği tarihler ve süre ile tutarsız olmadığını ve tartışmalı olmadığını belirtmiştir.

Kararda, Balandin'in mevcut olabilecek bir riski açıkça göz ardı edip etmediği incelenmiştir. Burada da yukarıda açıklanan kriterleri ele almış ve şu değerlendirmeleri yapmıştır: “Geçerli kuralların bilinmemesi, anti-doping kural ihlali açısından bir savunma teşkil etmese de, sporcunun anti-doping kuralı ve Yasaklılar Listesi hakkında sahip olduğu bilgi düzeyi, davranışının anti-doping kural ihlali ile sonuçlanma riskinin varlığı ve bu riskin ne ölçüde göz ardı edildiği veya

göz ardı edilmediği noktasında kastının kapsamını veya daha spesifik olarak bu durumda bu kurala ilişkin farkındalığının kapsamını belirlemekle ilgilidir. Kanıtlar, Dr. Syrchikov'un, hangi maddelerin yasaklandığını araştırmak için nereye gidebilecekleri konusunda ekibe bilgi verdiğine dair güvence vermesine rağmen, anti-doping kuralları ve anti-doping sistemi hakkındaki farkındalık düzeyinin nispeten düşük olduğunu gösteriyor. Ayrıca, sporcunun ağırlıklı olarak gençlik seviyesindeki deneyimi göz önüne alındığında hem Balandin hem de Demidyuk ve ayrıca Rodionov, dopinge mücadele uyumluluk gerekliliklerini yerine getirmelerine yardımcı olacak danışmanları olan "A takımı" oyuncularının aksine, genç oyuncuların anti-doping kural ihlalini anlama düzeyleri pek yüksek değildir. Geriye Balandin ve Limonov'un Dr. Syrchikov'a danışıp Mildronat kullanımını için onay aldıklarını iddia etmeleriyle ilgili çeşitli açıklamalar kalıyor. Her ne kadar Dr Syrchikov'un yasak olduğunu bildiği bir maddenin kullanımına izin vermesi bazı açılardan pek mümkün görünmese de Demidyuk'un bu konuşmayı doğrulamış olması gerçeği bir miktar ağırlık taşıyor. Dahası, Dr Syrchikov'un soruya verdiği iddia edilen tepki konusunda bir dereceye kadar şüpheye veya farklı yorumlara yer var. Örneğin, iki sporcuya, eğer isterlerse almalarını söyleyip söylemedikleri ve onların sorularına sinir bozucu bir yanıt verip vermedikleri ve bunu onay olarak mı algıladıkları belli değil. Sahip olduklarına inandığı bilgilere dayanarak kendi kararlarını vermelerinin onlara ait olduğuna inanmış olabilir. Ayrıca, Limonov'un DADC duruşmasının tutanaklarında da kanıtlandığı gibi, o sırada milli takımda oynamadıkları için teste tabi tutulmalarının pek mümkün olmadığına inanmış olabilir ve onları hesaplanmış bir riski almaktan tamamen yasaklamamıştır. Her iki durumda da Tek Hakem, Temyiz Eden'in tanıklarının ifadeleriyle ilgili potansiyel sorunlara rağmen, Dr. Syrchikov'un ifadesini özellikle ikna edici bulmadı. Delillerin çoğunluğu oyuncu ve takım arkadaşının Dr. Syrchikov'dan tavsiye aldığını gösterdiği ve bu durumun, söz konusu koşullar altında maddenin yasallığı hakkında kendilerini bilgilendirmek için mantıksız bir yaklaşım olmadığı dikkate alınınca Dr. Syrchikov'un cevabı, makul olarak izin verici olarak yorumlanabilir. Mevcut davada sunulan bu durum, Davalı tarafından belirtilen emsal karardan önemli ölçüde farklıdır. Pereira davasında söz konusu madde enjeksiyon yoluyla uygulanan bir anabolik steroidti. Uygulamanın niteliği açık bir tehlike işaretiydi ve Mildronate'den farklı olarak maddenin yakın zamanda izin verilen bir madde olma geçmişi yoktu. Da Costa davasında, söz konusu maddenin adı, içeriğinin, yani androjenik steroidin açıkça göstergesiydi. Bu unsurları bir araya getiren Tek Hakem, oyuncunun, olasılıklar dengesine göre, anti-doping kural ihlalinin kasıtlı olmadığını kanıtlama yükünü çok dar bir şekilde yerine getirdiğini tespit eder. Sonuç olarak, bu vakanın (CAS 2018/A/5583 ve 2016/A/4676 ile birlikte) tanımlanmamış bir maddeyi içeren bir anti-doping kural ihlalinin kasıtlı olmadığını tespit edildiği çok az vakadan biri olduğu görülmektedir. Bu durumlarda olduğu gibi, bu sonuç "bu nedenle, gerçeklerin kaçınılmaz olarak farklı olacağı bir tür emsal oluşturacak şekilde kötüye kullanılmamalıdır" (CAS 2018/A/5583)." Bu tespitten sonra, önemli bir kusur veya ihmal olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler yapılmış ve sporcunun Mildronate almaya karar verdiği sırada pek tecrübeli olmamasına rağmen, yine de yuttuğu maddenin yasaklanmamasını sağlamak için temel ek adımları atabilecek (ve at-

Bu hususlar sınırlı sayıda olmayıp her olay için farklı durumların olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Sporcunun göreceli deneyim düzeyi kastın belirlenmesinde dikkate alınabilir. Bir profesyonel sporcu ile amatör sporcunun beklenen davranış standardından sapması aynı değerlendirmelere tabi tutulamaz.⁵⁹ Profesyonel sporcular, sporu meslek olarak yaparken amatör sporcular zevk, eğlence, sağlık vs. sebeplerle yaparlar.⁶⁰ Bir işin meslek olarak yapılması halinde, o kişiden, icra etmiş olduğu meslekle ilgili olarak daha dikkatli ve özenli davranılması beklenir.⁶¹ Ancak, sportif dürüstlüğe bağlı kalmak amatör ve profesyonel sporcular için geçerliliğini sürdürecektir. Bu sebeple yapılacak değerlendirme gerçekçi olmalı ve somut olay açısından ciddi bir ayırıcı unsur olmalıdır. Aksi halde, amatör sporcunun sportif dürüstlüğe bağlı kalmaması sonucu doğar ki bunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Sporcunun genel anti-doping eğitimi veya eksikliği de kastın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlardandır. Bir sporcunun anti-doping kural ihlalinin bilmediğini iddia etmesi kabul edilemez; ancak, kastın varlığı veya yokluğunun tespitinde bu dikkate alınabilir.⁶²

ması gereken) profesyonel bir atlet olduğunu, maddeyi tüketip tüketmemesinin değerlendirilmesinde ekip doktoruna danışmak mantıklı bir adım olsa bile, basit bir internet araması ile sonuca gidebileceği, basketbolda kariyer yapmak isteyen genç profesyonel olan sporcunun sorumlulukları konusunda daha fazla dikkatli olması gerektiğini belirterek kendi kusurunun düzeyini azaltacak herhangi bir gerçeğin bulunmadığını tespit etmiştir. Neticede 2 yıl hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır.

⁵⁹ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019.

⁶⁰ Profesyonel ve amatör sporcu kavramları için bakınız: Alparslan Şimşek, Spor Müsabakalarında Sporcuların Yaralanmasından ve Ölmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2013, 26.

⁶¹ Amatör, profesyonel sporcu ayırımının bedensel zararlardan kaynaklanan sorumluluğun tespitinde de dikkate alındığını görmekteyiz. Profesyonel sporcu ile amatör sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünün aynı olmayacağı vurgulanmıştır (Ayrıntılı bilgi için bakınız: Alparslan ŞİMŞEK, Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü, (2015)121 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 381-402; Şimşek, s. 127).

⁶² Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019; Arbitration CAS 2020/A/7536 Ashley Kratzer v. ITF, award of 15 June 2021.

CAS kararları incelendiğinde, sporcunun önceki yasaklı madde vakalarına ilişkin farkındalık düzeyinin de kastın tespitinde dikkate alındığını görmekteyiz.⁶³ Bu durum, sporcunun tükettiği maddenin yasaklı madde olduğu bilincinde olup olmadığı noktasında değerlendirme yapılırken dikkate alınan bir husustur. Ancak sadece kastın belirlenmesinde ele alınabilecek bir ölçü olabilir. Nitekim her sporcu yasaklı madde listesini bilmek zorundadır. Sporcu yasaklı maddeyi bilmemesi halinde, en azından, ihmalkâr bir davranış söz konusu olacaktır.⁶⁴

Sporcunun yasaklı madde tüketme motivasyonu kastın varlığını tespit etmede dikkate alınacaktır. Sporcunun maddeyi ne için kullandığı, riski açıkça göz ardı etti mi ve açıkça ne tür araştırmalar yaptığı somut olay koşulları içerisinde ele alınıp incelenmesi gerekir.⁶⁵

⁶³ Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. IFF, award of 30 September 2016.

⁶⁴ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019; Arbitration CAS 2020/A/7536 Ashley Kratzer v. IFF, award of 15 June 2021.

⁶⁵ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019; Arbitration CAS 2020/A/7536 Ashley Kratzer v. IFF, award of 15 June 2021 sayılı kararda, Nisan 2019'da Çin'in Anning kentinde düzenlenen Kunming Açık Tenis Turnuvasına hazırlanırken Zhang adlı yerel bir koçla ile yapılan antrenman sırasında, Zhang ona etiketsiz, ambalajsız ve kullanma talimatı olmayan bir krem şişesi vermiştir. Sporcu kremi kullanmıştır. Sporcu kremi, Amerika Birleşik Devletleri'ne götürmüş ve yaklaşık beş gün boyunca günde iki kez kullanmaya devam etmiştir. Ayrıca Nisan 2019 ile Ocak 2020 arasındaki dönemde, önemli alevlenmeleri tedavi etmek için yaklaşık ayda bir kez Kremi kullanmıştır. Ayrıca 27 Ocak 2020'deki Oracle Challengers Turnuvası'nın ilk tur maçının sabahında da kullanmıştır. Aynı tarihte, sporcu, IFF tarafından müsabaka içi doping kontrolüne tabi tutulmuş kremi kullandığını kontrol formunda bildirmemiştir. Sporcunun A numune analizinden her zaman yasaklı olan tanımlanmamış madde çıkmıştır. B numune analizi de sonucu teyit etmiştir. Tek Hakem, Madde 10.2.3'deki ilk alternatifin mevcut davaya uygulanamayacağı konusunda taraflarla aynı fikre varmış ve ikinci alternatif olan dolaylı kastı incelemiştir. Bunu şu şekilde belirtmiştir: "İkinci alternatifin uygulanabilmesi için iki ön koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir. Öncelikle Temyiz Eden, davranışının önemli bir risk içerdiğini biliyor olmalıdır. İkincisi, sporcunun bu riski açıkça göz ardı etmiş olması gerekir. Bu nedenle, kasıtlı hareket ettiği varsayımını çürütmek için, sporcunun ya davranışının önemli bir risk içerdiğini bilmediğini (olasılık dengesine göre) ya da bu riski açıkça göz ardı etmediğini göstermesi gerekir. Spor dünyasında bir sporcunun ilaçları uygularken özel dikkat göstermesi gerektiği iyi bilinmektedir, çünkü yasaklı bir maddenin sporcunun sistemine girme tehlikesi

Olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri kastın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Yani, zamansal ve mekânsal koşullar her olay özelinde dikkatli bir şekilde değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Örneğin, sporcunun “doktora gittiği ve kullanmak için ilaç verdiği” iddiasının incelenmesinde, olayın gerçekleşme koşulları dikkate alınarak olayın gerçekliğine dikkatlice bakılmalıdır.⁶⁶

bu bağlamda özellikle yüksektir yani, önemlidir (örn. CAS 2020/A/7299). 133 ve devamı; CAS 2013/A/3327, no. 75; CAS 2016/A/4609, no. 68). Temyiz Eden’in bir miktar anti-doping eğitimi aldığı Taraflar arasında ihtilafsızdır. Takviyelerin ve ilaçların uygulanmadan önce yasaklı maddeler açısından kontrol edilmesi gerektiğinin bilincindedir. Dolayısıyla, özet olarak Temyiz Eden, kendi kendine ilaç tedavisinin önemli bir doping riskiyle ilişkili olduğunun farkındadır ve bunu biliyordu. Bu, Temyiz Eden’in uzun yıllardan beri elit düzeyde rekabet ettiği ve söz konusu tarihte 21 yaşında olduğu gerçeğiyle de desteklenmektedir. Bununla birlikte şüpheli görünen şey, Temyiz Eden’in bu davanın spesifik koşullarıyla ilgili olarak önemli doping riskini fark edip etmediği yani, kremin kullanımını bir ilacın uygulanması veya uygulanmaması olarak nitelendirip nitelendirmediğidir. Temyiz Eden, kremi bir eczaneden satın almış olsaydı, krem kendisine doktor tarafından verilmiş olsaydı veya krem ilaç olarak etiketlenmiş olsaydı, böyle bir varsayımın yapılması daha kolay olurdu. Burada durum böyle değil. Bununla birlikte, Tek Hakem’in görüşüne göre, Temyiz Eden’in - sıradan bir kişinin bakış açısından paralel bir değerlendirmede - davranışını bir tür kendi kendine ilaç tedavisi olarak nitelendirecek kadar bilgi sahibi olması yeterlidir.” Hakem, sporcunun davranışının kendi kendine ilaç tedavisine benzer olduğunu fark ettiği ve tedavi amaçlı madde uygularken önemli bir doping riskinin olduğunu bildiği sonucuna varmıştır. Sonrasında oyuncunun riski açıkça göz ardı edip etmediğini değerlendirmiştir. Kremi ilaç gibi kullandığını, bir aşamadan sonra artık tıbbi ve diğer profesyonel tavsiyelere de erişebildiğini, hastalığının kendisi için istisnai bir durum olmadığını, kremin güçlü bir terapötik etkiye sahip olduğunu, kremin kendisine doktor olmayan biri tarafından sağlandığını ve antrenör ile zar zor iletişim kurabildiğini, kutu üzerinde herhangi bir etiket bulunmadığını, kremin içeriğine dair hiçbir fikrinin olmadığını da belirterek bir dizi tehlike işaretini fark etmiş olması gerektiği kanaatine varmıştır. Bu değerlendirmelerden sonra, kasıtlı hareket ettiği sonucuna varmıştır.

⁶⁶ TAFDK 2022/5 Esas, 2022/19 Karar, 03.12.2022 Tarihli kararına konu olayda, Sporcunun A numunesinde yapılan inceleme sonucunda “Metenolone” maddesi tespit edilmiştir. Sporcunun ileri sürmüştüğü savunmalar şu şekilde ele alınmıştır: “Sporcu yasaklı maddenin kaynağını, 29 Aralık 2021 tarihinde, antrenman sırasında geçirdiği rahatsızlık sebebi ile arkadaşı tarafından baygın halde götürülen Ahmet Atmaca ASM’de uygulanan “Rimobolan” ilaç tedavisinden kaynaklı olduğunu belirtmiştir.

Sporcu ve tanık beyanlarında Lara Kum Parkurunda antrenman yapıldığı anda baygınlık geçirildiği belirtilmektedir. Taksi çağrıldığı ve en yakın sağlık kuruluşu

Ahmet Atmaca ASM'ye götürüldüğü belirtilmektedir. Ancak belirtilen alan ile gidilen Ahmet Atmaca ASM arasında daha yakın sağlık kuruluşları vardır. Baygınlık geçiren acil bir hastanın aradaki sağlık kuruluşlarını atlayarak Ahmet Atmaca ASM'ye gitmesi hayatın olağan akışına terstir. Başlangıçta, bu durum savunmayı ciddi bir şekilde şüpheye düşürmektedir.

Sporcunun TDMK'ya verdiği savunmada antrenmanda baygınlık geçirdiğini ve arkadaşının Ahmet Atmaca Sağlık Ocağına götürdüğünü, uzman doktor ile görüştüğünü, doktorun kan tahlili istemesi üzerine önceki kan tahlillerini gösterdiğini ve tedavi uyguladığını belirtmiştir. Kurulumuza verdiği savunmada baygın olduğunu ve uygulanan tedaviden haberi olmadığını belirtmiş ve tanık beyanında da baygın olduğunu ve doktora durumu kendisinin anlattığını belirtmiştir. Her iki beyan birbiri ile çelişmektedir. Baygın olduğunu ve kendisinde olmadığını savunmada belirtmiş ve tanık delili ile bu durumu desteklemesine rağmen TDMK verdiği beyanda, kendisinden daha önce kan numunesi alındığını ve doktora bunları verdiğini belirtmiştir. Tanık böyle bir durumdan bahsetmemiştir ve kendinde olmadığını hatta ne olduğunu da tanık doktora anlatmıştır. Bu halde kendisinde olmayacak kadar baygın birinin daha önce kan tahlillerinin olduğunu doktora bildirmesi beklenmez ve her iki beyan birbiri ile çeliştiği için savunmayı ciddi şekilde şüpheye düşürmektedir.

Sporcu, numune tarihi dikkate alınarak bu tarih ile kullanım tarih arasında madenin miktarına ilişkin analizler sunmamıştır.

Sporcu, kendisi için çok daha kolay olan ispat vasıtalarını dosyaya sunmamıştır. Sağlık bakanlığı uygulama tebliğ ve yönetmeliklerinde, hastanın sağlık kuruluşuna geldiği andan itibaren kendisine dosya oluşturulduğu, uygulanan tüm tedavilerin ve kullanılan ilaçların kayıt altında olduğu, sistem olsun veya olmasın bu dosyanın yazılı ve imzalı olarak oluşturulduğu belirtilmektedir. Epikriz raporu veya HBYS dosyası sunulmamıştır. Epikriz raporunda, hastanın hangi tarihte sağlık kuruluşuna gittiğini, ne tedavi uygulandığı ve hangi ilaçların verildiği bellidir. Sporcu için oldukça ispat kolaylığı getiren bu kamusal delilin dosyaya sunulmaması, duruşmada kendisine hatırlatılması karşısında, vakanın gerçekliğini ciddi şekilde sarsmaktadır.

Epikriz raporunun sunulmamasına rağmen, hastaya uygulanan tedaviler ve ilaçlar, reçeteler kişinin e-nabız sisteminde yer almasından dolayı duruşmada, e-nabız sistemine girmesi istenmiş ancak şifresini bilmediğini söylemiştir. E-Devlet üzerinden giriş yapılması istenmiş, şifresinin kilitletiğini beyan etmiştir. Bu durum hayatın olağan akışına terstir ve anında giderilebilecek bir durumdur. Bu durum sporcunun savunmasını sarsmaktadır ve güvenilirliğini ciddi bir şekilde sekteye uğratmaktadır.

Sporcu tarafından, doktor tarafından "Rimobolan" ilaç tedavisi uygulandığı belirtilmiştir. Sporcu hiçbir delil sunulmаса da bu ilacın öyküsü sunulabilirdi. Nitekim Türkiye'de, ilaç sahteciliği ve ilaç kaçakçılığını önleyerek orjinal ve güvenilir ilaç tedarik edilmesini sağlamak amacı ile ilaç takip sistemi bulunmaktadır. İlaç üzerinde yer alan karekod ile ilacın tüm aşamaları tespit edilebilir. İlacın menşei, ecza deposuna giriş tarihi, eczaneye geliş tarihi ve eczaneden çıkış tarihi, kime verildiği bu sistem aracılığı ile takip edilebilmektedir. Tanık ve kendisinin ilacı olmadığını beyan etmiştir. Bu halde sağlık kuruluşunda bu ilaç olabilir. Sağlık

Sporcunun açıklamalarının sisteminde bulunan yasaklı madde seviyeleriyle tutarlılığı da çok önemli bir husustur. Örneğin, sporcu aldığı tıbbi tedavi ile ilgili olarak yasaklı madde tespit edildiğini iddia ediyorsa, ilacın kullanıldığı iddia edilen zaman ile numune alımı tarihi arasındaki zaman ölçeğinde, sporcunun numunesinde çıkan yasaklı madde oranı tutarlı olmalıdır. Özellikle kontaminasyon iddialarının dikkate alınabilmesi için kullanılan yasaklı maddenin menşesine ilişkin ciddi açıklamaların olması gerekir.⁶⁷

Bakanlığı sisteminden bu ilacın sağlık kuruluşunda olduğu ve uygulandığı açıkça öğrenilebilir. Bir an için doktor raporunda belirtilen sistemlerin olmadığı kabul edilse de bu delil ile de ispat edilebilirdi.

Sporcu savunmasında sunulan doktor raporu da çelişkiler içermektedir. Protokol numarası ve tarihi ile olay günü farklıdır. TDMK ve Kurulumuza sunulan rapor da farklıdır. Sonradan düzenlendiği zaten belirtilmiştir. Bu sebeple, rapora itibar edilmemiştir. Doktorun bu rapor ekinde yukarıda belirtilen epikriz raporu gibi belgeleri eklemesi beklenirdi. Resmi işleyiş dışında hazırlanan ve sonradan düzenlenmesi her zaman mümkün olan rapora itibar edilmemiştir.

Sporcu tarafından reçete sunulmuştur. Reçetenin sistem olmadığı içi elden düzenlendiği belirtilmiştir. Her zaman düzenlenebilecek bir reçetedir. Eğer doktor tarafından ilaç uygulandı ise neden reçete edilmiştir? Eğer reçete edildi ise eczanedan alınması gerekir. Eczanedan de alınmamıştır. Her zaman düzenlenmesi mümkün bir belgedir. Bu sebeple kurulumuzca bu delile itibar edilmemiştir.

Sporcu, Akdeniz Üniversitesi Spor Bilimleri 2. Sınıf Öğrencisidir. Yaşı ve aldığı eğitim gereği TAKİ'yi bilmemesi beklenemez. Olay öncesi veya 29 Aralık 2021 tarihinde yaşadığı acil durum sonrası, sporcu, hastalığından dolayı TAKİ'ye başvurabilirdi. Bu durumda herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalmayacaktı.

Sporcunun destek personelinin iyi seçmesi gerekir. Onların hatalarından dolayı kendisini kurtaramaz. Doktorun verdiği diyerek sorumluluğunu doktor üzerine yükleyemez. Ki bu durumda sağlıklı bir şekilde ortaya konmuş değildir. Numune alım anında, asgari Doping Kontrol Formunda kullanmış olduğu ilacı bildirebilirdi. Eğer yasaklı madde içermediğini bilmiyorsa kullandığı ilacı yazabilirdi. Bu durum kullandığı maddeyi sakladığını göstermektedir. Olay sonrasında, güvenilir olmayan deliller sunması, numune analizi, uzman görüşü ile beraber bu durum değerlendirildiğinde, sporcunun önemli bir riskin bilgisine sahip olduğu ve bu riski açıkça göz ardı ettiği ortadadır. Yukarıda açıklanan sebepler göstermektedir ki sporcu savunması dilek ve temenni ötesine geçmemiş, somut deliller ile ispat edilememiştir." Sonuç olarak 4 yıl hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır.

⁶⁷ CAS, gıda takviyelerinden kaynaklanan kontaminasyon konusunu birçok kez ele almıştır. Arbitration CAS 2002/A/385 T. v. International Gymnastics Federation, award of 23 January 2003: "Gıda takviyelerinin sporda yasaklanmış ürünlerle ve bazen kasıtlı olarak- kontamine olabileceği yıllardır bilinen ve yaygın olarak duyurulan bir gerçektir. Bu gerçeği görmezden gelen bir sporcu, riski kendisine ait olmak üzere bunu yapar. Sporcunun ihmali, genel olarak bilinen bir kontaminasyon riski içeren gıda takviyeleri kullanmasıdır. Kontaminasyon riskini

azaltmak için alınan önlemin kapsamı, yaptırımların kapsamı üzerinde bir etkiye sahip olabilir”; Arbitration CAS 2009/A/1870 WADA v. Jessica Hardy & United States Anti-Doping Agency award of 21 May 2010: “Bir doktorla veya başka bir güvenilir uzmanla daha fazla araştırma yapabildi. Kontaminasyon veya yanlış etiketlenmiş ürünlerden kaynaklanan ilk antidoping kural ihlalleri vakalarının tespit edilmesinden ve CAS içtihatlarında dikkate alınmasından yıllar sonra gıda takviyeleri ile ilgili risklerin sporcular arasında iyi bilindiği göz önüne alındığında, sporcunun gerçekten ihmalkâr oldu anlaşılmaktadır”; Arbitration CAS 2014/A/3798 Danilo Decembrini v. Fédération Internationale de Roller Sports, award of 4 March 2015: “Hatasızlık veya ihmalsizliğin tespiti için gereken özen standardı, yani azami dikkat, bir sporcunun tıbbi tedavisi kapsamında pozitif bir test sonucundan kaçınmak için mümkün olan her şeyi yaptığını kanıtlanmasını gerektirir. Kendi Uluslararası Federasyonu, WADA ve Ulusal Dopingle Mücadele Kuruluşlarının besin takviyelerinde kontaminasyon riskini vurgulayan uyarılarına aşına olmasına rağmen, yine de besin takviyesi kullanma riskini almayı seçen profesyonel ve deneyimli bir sporcu, herhangi bir kusur veya ihmali için gerekli standardı, yani azami dikkati bakımından başarısızlığa uğramıştır”; Arbitration CAS 2012/A/2763 International Association of Athletics Federations (IAAF) v. Athletics Federation of India & Akkunji Ashwini, Priyanka Panwar, Tiana Mary Thomas & Sini Jose, award of 30 November 2012 (operative part of 17 July 2012): “Dopingle mücadele eğitimi verilmediği için sporcuların bilgilendirilmiş sporcu sayılmaması durumunda bile, besin takviyelerinin kontaminasyonunun temel risklerinin farkında olunmalıdır. Takviyeleri almakla ilgili çok sayıda uyarıya rağmen bir takviye kokteylini alan sporcu, üreticilerle doğrudan iletişime geçmemiş veya takviyeleri kullanmadan önce test edilmesini sağlamamış, kalifiye bir doktor veya beslenme uzmanından tavsiye almamış, temel eklerin ambalajlarının incelenmesi ve eklerle ilgili herhangi bir temel internet araştırmasının incelenmesi yapmamıştır. Bu sebeple kendisinden beklenen makul adımları hiçbirini atmış sayılamaz ve önemli bir kusur veya ihmali olmadığı gerçeğini kanıtlayamaz”; Arbitration CAS 2014/A/3615 WADA v. Lauris Daiders, Janis Daiders and Fédération Internationale de Motocyclisme, award of 28 May 2014: “Suçlanılmış kişi sadece kaynağı bulmak için anlaşılabilir bir çaba göstererek, ancak herhangi bir sonuca ulaşamayarak üzerindeki iddiaları ortadan kaldıramaz. Olayın çözümü, bu ilk etapta ortaya çıkan, hatanın ya da ihmalin varlığı veya yokluğuyla ya da ne derece var olduğuyula alakasızdır. Bu meseleler ikinci etapla alakalıdır. Olayın çözümü, bu ilk etapta ortaya çıkan, basit bir sorunun cevabına bağlıdır: Suçlanan kişi kaynağı tespit edebildi mi? Kaynağın basitçe, kanıtızsız bir şekilde, ne olduğunu ileri sürmek yeterli olmayacaktır.”; Arbitration CAS 2006/A/1032 Sesil Karatancheva v. International Tennis Federation, award of 3 July 2006: “Paris’te vermiş olduğu testteki numunesindeki 19-NA konsantrasyonunun ağız yoluyla aldığı takviyelerden kaynaklandığını ve ne oranda olduğunu kanıtlamak için özellikle ne tür bir takviyenin, ne dozda ve ne aralıklara, ne kadar süredir aldığı göz önünde bulundurulduğunda oyuncunun çok belirli bir kanıt sunması gerekir”; Arbitration CAS 2019/A/6319 Maria Guadalupe Gonzelez Romero v. IAAF, award of 2 July 2020: “Anti-doping kural ihlalinin kasıtlı olmadığını kanıtlanması için sporcunun, maddenin vücuduna nasıl girdiğini “olasılık dengesi” standardına

Sporcunun geçmişi ve karakteri, iyi niyet söylemleri kastın varlığı veya yokluğunda dikkate alınabilecek bir husus mudur? Yani, bir sporcunun çok başarılı ve ahlaklı olması, anti-doping kural ihlalinin kasten işlemeyeceği anlamına gelebilir mi? Bu husus için gösterilebilecek en özel vaka, Shayna Jack vakasıdır.⁶⁸ CAS'ın bu kararının, yargılama heyetinin ilk derece yargılaması için kullandığı "temyiz edilen kararın tüm takdire şayan muhakeme ve açıklama özelliklerine rağmen" ifadesini kendisi için de kullanarak, talimata ve uygulama tekdüzeliğine katkıda bulunan öncü kararların kabul ettiği ilkelere uygun olmadığını belirtmek gerekir. İyi niyet beyanlarının, karakter analizlerinin, sporcu geçmişinin ispat için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Kararda, ispat için bilimle başlanması ve ardından kanıtların bütününe dikkate alacak şekilde sağduyu prizmasından geçirilmesi, sporcunun güvenilirliğiyle desteklenecek şekilde değerlendirilmesi gerektiği ve bunun, kuralların amaçlanan etkisini elde etmenin bir yolu olarak meşru bir süreç olduğu belirtilmiştir. Deliller, iyi niyet beyanları, karakter analizleri, sporcu geçmişi ile beraber değerlendirildikten sonra, kastın olmadığı sonucuna varılmıştır.⁶⁹ Bir sporcunun başarıları ve geçmişi kastın olmadığını

göre göstermesi gerekir. AAF'nin kontamine etin tüketilmesinden kaynaklandığı yönündeki iddia yeterli değildir. Sporcunun sadece spekülasyon yerine gerçek kanıtlar sunması gerekir."; Arbitration CAS 2019/A/6213 WADA v. Czech Anti-Doping Committee & Czech Swimming Federation & Kateřina Kašková, award of 23 September 2019: "İhlalin kasıtlı olmadığını ispat etme yükü sporcuya aittir. Sporcu adına sunulan beyanlar, belgeler ve deliller, sporcunun dayandığı koşulların gerçekleşmesinin, gerçekleşmemesinden daha muhtemel olduğuna dair ikna edici olmalıdır. Yasaklanan maddenin yanlışlıkla bazı takviyelerden veya başka ürünlerden vücuda girmiş olduğunu ileri sürmek yeterli değildir. Sporcu tarafından alınan belirli bir takviyenin, ilacın veya başka bir ürünün veya alındığı iddia edilen belirli ürünün söz konusu maddeyi içerdiğini gösteren kanıtlar sunulmalıdır. Herhangi bir satın alma kanıtı, kullanılan besin takviyesinin türü, kim tarafından üretildiği vb. bilgi bulunmaması ve gıda takviyesinin doping kontrol formunda açıklanmaması durumunda, sporcunun o ürünü kullanmış veya kontamine olmuş iddiasını doğrulayan hiçbir unsur bulunmamış olacaktır".

⁶⁸ Arbitrations CAS 2020/A/7579 WADA v. SA, SIA & Shayna Jack and CAS 2020/A/7580 SIA v. Shayna Jack & SA, award of 16 September 2021.

⁶⁹ Shayna Jack olayında, sporcunun numunesinde çıkan yasaklı maddenin kaynağı ispat edilememiştir. Sporcu tarafından yüzme havuzundan bulaştığı iddia edilmiştir. İlk derece yargılamasında, sporcunun ispat için yaptığı masraflar, iyi niyet beyanları, karakter analizleri, sporcu geçmişi dikkate alınarak kastın olmadığı gerekçesi ile 2 yıl yaptırım uygulanmıştır. Temyiz incelemesinde, sporcunun rekabet avantajı elde etme gibi bir niyet taşıyarak halka açık bir spor salonuna gitmediği

belirtilerek pozitif testinden yaklaşık 21 gün önce, yani ligandrolün saptanması için geçen süre boyunca kontamine olmuş olması mümkün kabul edilmiştir. Kararda önemli gördüğümüz şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Bu durumda bilim önemlidir ancak sporunun sisteminde tespit edilen yasaklı maddenin tanımlanmış bir kaynağının olmaması nedeniyle belirleyici olamaz. Ligandrol hakkında bilinen düzenleyici bir onayın olmamasına rağmen Avustralya’da karaborsada yaygın olarak bulunan bir maddedir. Özellikle internette tedarikçiler tarafından satılması ve reklamının yapılması durumu söz konusudur. Toplu ürün arayan vücut geliştiriciler tarafından yararlarının tartışıldığı iddia ediliyor. Bazıları tarafından onarıcı niteliklere sahip olduğu, bilim adamları tarafından kadınlara üzerindeki etkisi açısından hiç analiz edilmediği, tıpta olası yardımı olduğu düşünüldüğü (yaşlıların merdiven çıkma ve inmesinde yarar sağladığı) ve muhtemelen küçük kontaminasyon (damlacıklar veya toz) ile bulaşabileceği hususları açıktır..... Ligandrol maddesinin görünürdeki bulaşıcılığı göz önüne alındığında imkânsız olmayan bir tür çekişme vardır. Talimat, söz konusu sonucu dışlamaz veya kabul edilemez saymaz. Koşulların bütünlüğüne ilişkin kanıtlara dönülür ve burada sporcu, tezinin doğrulanması açısından kendisini daha sağlam bir zeminde bulur. Olaydaki sporcu ise başarılı, elit bir yüzücüdür. Dünya rekoru kıran bir takımın parçasıdır. Kendisi Kore’de yapılacak Dünya Şampiyonası için hem 4x100 hem de 4x200 metre millî takımlarının bir üyesi olarak seçilmiştir. (Zaten olumsuz test haberi üzerine geçici olarak askıya alınmasının bir sonucu olarak Kore’den Brisbane’e geri gönderilmiştir.) Bu başarıya giden yolda birçok kez test edilmiş, test sonuçları negatif çıkmıştır. Sporcunun hakem önündeki beyanında uzun mesafe performansının bir dayanıklılık sonucunda gerçekleştiğini bu nedenle yasaklı maddenin etkisi sebebiyle bir kazanç sağlanılmasının mümkün olmadığı hususlarına değinmiştir. Yasaklı maddenin alınmasında hız ve dayanıklılık kombinasyonunun tespit edilmesi gerekirdi ancak eğer sporcunun başarısı yasaklı maddeye dayandırılacaksa sporcunun yarışlardaki istikrarlı sürelerinde olumlu anlamda bir artış olurdu. Böyle bir durum olmadı. Aynı şekilde ilgili dönemde sporcunun formunda düşüşe dair bir kanıt bulunmadığını belirtmekte fayda var. Sporcunun iyi giden başarısı ve altın madalyasının sporcu olimpiyat oyunlarına götürebilecek bir yolda olduğuna işarettir.Bu bağlamda sporcunun, testinin pozitif çıktığı haberini almadan önce ligandrol diye bir maddeyi hiç duymadığını söylemesinde kendisine nasıl bir fayda sağlamış olabilir? İnternette satılan ve tartışılan sentetik bir ürünü ekibine danışmadan yutmasında kazancı ne olabilir? Müsabakalar arası iyileşmesine yardımcı olacak fazladan bir şeye ihtiyacı olduğu varsayımıyla (ki bunu WADA artık bir olasılık olarak sunuyor) sporcu tavsiye almadan bu maddeyi alıp tüketir miydi? Neden? Birinci sınıf yüzücülerin yüksek motivasyona sahip olduklarını, çok az kişinin tahammül edebileceği uzun yıllar süren eğitim rejimlerine katlandıklarını ve bu rotada kalmak için gerekli fedakarlıkların bilincinde olduklarını ve bu nedenle yüzücülere kıymet verildiğine dikkat çekilmesi gerekir. Sporcu aleyhine başvuruda bulunanların ileri sürdükleri açıklamalarda sporcunun, spor faaliyetleri açısından iyileşme olduğunu söylemeleri sporcunun bu takviyeleri kullanma alışkanlığının olduğunu söylemeleri doğrulanmamış soyut açıklamalardan ibarettir. Adalet kapsamında bu gibi suçlamaların kimseye faydası yoktur.Bu nesnel koşullar göz önüne alın-

ispat etmede dikkate alınmaz. Çok başarılı ve temiz bir sporcu da anti-doping kural ihlali işleyebilir. Daha önceki numunelerinde herhangi bir aykırı analitik bulgu olmayan sporcu da kural ihlal edebilir. Bu sebeple bu tür hususların kastın varlığı veya yokluğunu tespit etmede kullanmak mümkün değildir. Çok başarılı bir sporcu neden yasaklı madde kulansın ki demek, kastın tanımına aykırıdır. Nitekim tanımda özel kast aranmamaktadır. Daha önceki WADA düzenlemesi gibi, kast ile hile yapan sporcular ifade edilmemektedir. Neticede sporcunun iyi niyet beyanları, karakter analizleri, yarışma sonuçları, başarıları nesnel bir kanıt olamaz ve kastın varlığının tespitinde dikkate alınacak kriterler değildir. Aslında CAS kararında bu hususlar kabul edilmiştir. Ancak bu kriterler, çok düşük düzeydeki bilimsel verileri ispat kaldıracında üst tarafa taşıyacak bir ağırlık olarak kullanılmıştır. Yani, çok düşük düzeydeki bir bilimsel delil, sporcunun güvenilirliği süzgecinden geçirerek olasılık dengesinde %50+1 seviyesine getirilmiştir. Bu şekilde sporcunun ileri sürdüğü vakanın olasılık dengesi ile ispat edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Fakat ispat vasıtası olarak kabul edilmeyen bir unsur, başka bir ispat vasıtasının delil kalitesini arttıramaz.

dığında kasıtlılık veya ihmal tezi sadece vicdansızlığı değil aynı zamanda yüksek derecede bir bilinçsizce davranmayı da gerektiriyor. Sporcu için her ikisinin de mantıksızlığı söz konusudur. Bu nedenle sporcunun kişisel durumuna ilişkin kanaatler savunmasını destekler niteliktedir.Yukarıdaki açıklamalardan mevcut heyetin sanığın doğrulanmamış iddialarına ağırlık vermemesi bundan kaçınılması anlaşılmalıdır. Masumlar kadar suçluların da masumiyetleri yönünde çıkışları vardır. Bu ikisinin de ortak yönünü oluşturmaktadır. İnsanların kendini iyi ifade edememeleri suçlulukları yönünde bir düşünceye götürmemelidir. Öte yandan olayda sporcunun kendi adına yapmış olduğu açıklamalardan sporcunun kuralları konusunda bir olgunluk gösterdiği de açıktır. Tavsiye dilmeyen spor ahlakına aykırı girişimlerden uzak durabilecek bir kişilik sergilemektedir. Kariyerini bu davranışlar ile riske atmayacağı anlaşılmaktadır.leri düzeyde olan sporcuların çevresi söz konusu bireyin başarısıyla ilişkilendirilebilir. Aile üyeleri ve antrenörleri için de bu durum söylenilebilir. Çevresel faktörlerin değerlendirmeleri de bu şekilde önem kazanmaktadır.Bir önceki madde de açıklananlar sporcunun karakteri ile ilgili dayanaklara bakılmasını da beraberinde getirir. Ancak sporcu adına yapılan bu gözlemler sadece şüphelerle ele alınmalı ve yapılan muhakeme ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Sporcunun yarışma sonuçları ve başarıları nesnel kanıtlardır. Sporcunun yasaklı madde ile temasa nasıl geçtiği hiçbir zaman bilinemeyecektir. Ancak temasın masumiyet kapsamında olduğu varsayımında bulunmak, maddeyle kasıtlı teması olduğuna kanaat getirmekten daha öncelikli başvuru yolu olarak görünmektedir." Neticede kastın olmadığı belirtilerek 2 yıl hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır.

Bu durum, tek başına ispat gücü olmayan delillerin dolaylı deliller ile güçlendirilerek ispatın sağlanması ile ilgili de değildir.

4. Önemli Bir Kusur veya İhmalin Olmaması

WADA Kodu madde 10.6 gereği, önemli bir kusur veya ihmalin olmaması⁷⁰ halinde yaptırımda indirim öngörmüştür. Bu durumda sporcu veya diğer kişi, önemli bir kusur veya ihmalin olmadığını ispat ederse yaptırım 2 yılın da altına düşecektir. 0 ve 24 ay arası yaptırım belirlenirken sporcu veya diğer kişinin kusur derecesine göre yaptırım belirlenecektir.

Medeni hukukta ihmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.⁷¹ Yani, zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve koşulların gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesine ihmal denir.⁷² Kast başlığı altında belirtildiği gibi, fiili durumda yanlıgı, kastı bertaraf eder, ancak ihmali bertaraf etmez.

Kusurun ihmal derecesi de kendi içerisinde üçe ayrılmaktadır. Ağır, orta ve hafif ihmal olmak üzere üç ihmal derecesi vardır. Ağır ihmal, failin en temel dikkat kurallarını ihlal etmesi ve böylece aynı yerde ve aynı koşullar altında bulunan her makul kişinin fark edeceği hususları dikkate almaması durumudur.⁷³ Orta ihmalde ise fail, en temel, her makul kişinin riayet etmekle yükümlü olduğu özen yükümlülüğünü ihlal etmekle beraber, ihmalin alt sınırından az bir farkla değil, fazla aşmıştır. Yani, en temel dikkat kuralını ihlal etmemiştir ancak fail ile aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen

⁷⁰ “Önemli Bir Kusur veya İhmalin Olmaması” olarak başlık kullanmamızdaki amaç, Türk hukukundaki ağır ihmal veya ağır kusur kavramı ile karışıklığa sebebiyet vermemek içindir. Türkiye Dopingile Mücadele Talimatında “ağır” ifadesi kullanılmıştır. WADC’deki ifade ise “significant” tir.

⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 494; Oğuzman/Öz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 225, Eren, s. 576.

⁷² Tunçomağ, s. 442; Eren, s. 580; Oğuzman/Öz, s. 56; Kılıçoğlu, s. 415; Hatemi/Gökyayla, s. 147; Nomer, s. 153; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003/11-756 Esas, 2003/743 Karar, 10.12.2003 Tarih.

⁷³ Eren, s. 580.

özen ölçüsüne de riayet etmemiştir.⁷⁴ Hafif ihmal ise faille aynı şartlar altında bulunan herkesin değil, dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir.⁷⁵ Fail, dikkat ve özen göstermiş ancak kendisinden beklenen derecede dikkat ve özen göstermemiştir. Failin davranışı ile ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır. Küçük bir dikkatsizlikle hareket etmiştir. Uygulamada Yargıtay, ihmalin, ağır ihmal, orta ihmal ve hafif ihmal olmak üzere üçe ayrıldığını belirtmek suretiyle bu ihmal derecesini kabul etmektedir.⁷⁶

WADC'de "tanımlar" başlığı altında önemli kusur veya ihmalin olmaması sporcunun veya diğer kişinin mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alındığında, kendi kusur veya ihmalinin dopinge mücadele kural ihlali açısından ciddi boyutta olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Reşit olmayan bir kişinin durumu hariç olmak üzere, sporcu, madde 2.1'e yönelik bir ihlal için ayrıca yasaklı maddenin kendi vücuduna nasıl girmiş olduğunu da kanıtlamalıdır.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, sporcunun veya diğer kişinin önemli bir kusur veya ihmalinin olmadığını kanıtlaması için yasaklı maddenin kaynağını açıklamak zorundadır. Kaynağını açıklayamıyorsa, sporunun veya diğer kişinin önemli bir kusur veya ihmali olduğu kabul edilecektir.

Bir sporcunun önemli bir kusur veya ihmali olmaması kavramını daha iyi anlayabilmek için, WADC 2021 ve 2015 öncesi, 2009 Kurallarının uygulandığı dönemden başlayarak inceleme yapmak gerekir. WADC 2009 döneminde standart yaptırım 2 yıl olarak belirlenmiştir. Kusurun derecesine göre de indirim uygulanmakta ve CAS içtihatları ile de kusur dereceleri belirlenmiştir. Kusur derecesini belirleyen ve "Cilic" ilkeleri olarak da anılan CAS'ın 2013/A/3327 & 2013/A/3335 sayılı kararı ile kusurun derecesine ilişkin olarak daha önce verilen kararlar toplu olarak ele alınıp temel ilkeler belirlenmiştir.⁷⁷

⁷⁴ Nomer, s. 153; Eren, s. 580.

⁷⁵ Tandoğan, s. 55.

⁷⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2014/33535 Esas, 2016/10473 Karar, 26.4.2016 Tarih.

⁷⁷ Arbitration CAS 2013/A/3327 Marin Cilic v. ITF & CAS 2013/A/3335 ITF v. Marin Cilic, award of 11 April 2014 (operative part of 25 October 2013).

Sporcu Marin Cilic'in numunesinde "Nikethamidin" adlı tanımlanmış madde tespit edilmiş ve yasaklı maddenin sporcu sistemine nasıl girdiği ve performansını artırma niyeti olmadığı tespit edilmiştir. WADC 2019 Kodununun 10.4 maddesinin mevcut davada uygulanabileceği konusunda tarafların hemfikirdir olduğu tespit edildikten sonra kusura ilişkin ilkeler belirlenmiştir.

CAS, yaptırımın kapsamının 0-24 ay arası olduğunu belirttiikten sonra, madde 10.4 kapsamında hak mahrumiyeti süresinin belirleyici faktörünün kusur olduğunu belirtmiş ve üç adet kusur aralığı belirledikten sonra yaptırım aralığını belirtmiştir. Kararda, önemli derecede kusur için 16-24 ay arası yaptırım (standart yaptırım 20 ay); normal kusur derecesi için 8-16 ay yaptırım (standart yaptırım 12 ay); hafif kusur derecesi için 0-8 ay yaptırım (standart yaptırım 4 ay) belirlenmiştir.

Kusur derecelerini belirledikten sonra, davadaki vakanın hangi kusur kategorisine girebileceğini belirlemek için hem objektif hem de sübjektif kusur düzeyinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Objektif unsur, sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir dikkat ve özen yükümlülüğü standardının beklenebileceğini açıklarken, sübjektif unsurun kişisel kapasiteleri ışığında söz konusu sporcudan ne beklenebileceğini açıkladığı belirtilmiştir. CAS, belirli bir vakanın ilgili üç kategoriden hangisine gireceğinin belirlenmesinde objektif unsurun öncelikli olması gerektiğini ve sübjektif unsurun da daha sonra belirli bir sporcuyu o kategoride yukarı veya aşağı taşımak için kullanılabileceğini belirtmiştir. Bunu belirlerken, istisnai durumlarda, öznel unsurların önemli olduğunu ve sporcuyu yalnızca belirli bir kategorinin en uç noktasına değil, aynı zamanda tamamen farklı bir kategoriye de taşıyabileceğini belirtmiştir.

Kusur derecesinin objektif unsurunu belirlerken teorik olarak, yasaklı madde içeren bir ürünün alınmasıyla ilgili anti-doping kural ihlallerinin neredeyse tamamının önlenilebileceğini kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Sporcu, her zaman kullanılan ürünün etiketini okuyabilir (veya başka bir şekilde içeriğini tespit edebilir), etiketteki tüm içerikleri yasaklı maddeler listesiyle çapraz olarak kontrol edebilir, internette bir arama yapabilir, ürünün güvenilir bir şekilde tedarik edildiğinden emin olabilir ve bu konularda uygun uzmanlara danışabilir. Ancak, bir sporcunun yukarıdaki adımların tümünü her durum-

da takip etmesinin makul olarak beklenemez olduğunu belirtmiştir. Bunun yerine, bu adımların yalnızca belirli durumlarda makul kabul edilebilir olduğunu belirten CAS, ek olarak şu hususları belirtmiştir:

a. *Her zaman (hem müsabaka içinde hem de müsabaka dışında) yasaklanan maddeler için yukarıdaki adımlar uygundur. Çünkü bu ürünlerin rekabeti bozma olasılığı yüksektir. Bir sporcunun bu maddeleri yutmasını engellemek için tasarlanan özen yükümlülüğünün tam kapsamı uygulanmalıdır.*

b. *Yalnızca müsabaka sırasında yasaklanan maddeler için iki tür durum birbirinden ayrılmalıdır:*

1. *Yasaklanan maddenin sporcu tarafından müsabaka sırasında alınması. Böyle bir durumda yukarıda açıklanan özen standardının tamamı aynı şekilde uygulanmalıdır.*

2. *Yasaklanan madde sporcu tarafından müsabaka dışında alınır (ancak sporcunun müsabaka sırasında yapılan testi pozitif çıkar). Burada durum farklıdır. Yasaklı maddenin yarışma dışı alınması halindeki fark, maddenin alınmasının kendisinin anti-doping kural ihlali teşkil etmemesidir. İhlal (sporcunun hatalı olduğu) maddenin yutulması değil, maddenin kendisi (veya metabolitleri) hala sporcunun vücudundayken yarışmaya katılmasıdır. Dolayısıyla kural dışı davranış, sporcunun müsabakaya çok erken dönmesi veya sistemini temizlemesinden daha erken dönmesidir. Bu gibi durumlarda kusurun düzeyi başlangıçtan farklıdır. Bu gibi durumlarda bir sporcunun maddeyi hiçbir şekilde yutmamasını talep etmek, her zaman yasaklanan maddeler listesini müsabaka içi listede yer alan maddeleri de içerecek şekilde genişletmek anlamına gelecektir (CAS 2011/A/2495) Ancak, Kurul bu genel kurala iki istisna uygulayacaktır. İki istisnanın altında yatan prensip, bunların, maddenin alımı ile maruz kalınan riskler arasındaki bağlantıyı kolayca kurabilen bir sporcunun örneğidir. İki istisna şunlardır:*

(I) *“Performans artırıcı” olarak reklamı yapılan/satılan/dağıtılan ürün. Burada daha yüksek bir özen yükümlülüğü gerektiren özel bir tehlike ortaya çıkıyor. Belirleyici kriter, maddenin takviye olup olmadığı değildir, çünkü bu kelimenin bu bağlamda her-*

hangi bir yararlı anlamı yoktur. Bunun yerine belirleyici kriter, ürünün amacıdır (bu genellikle kutuda reklamının nasıl yapıldığı, internette nasıl tartışıldığı veya topluluk tarafından pratikte nasıl kullanıldığı dikkate alınarak belirlenir).

(II) Ürünün tedavi amaçlı tasarlanmış bir ilaç olması. Yine bu senaryoda, daha yüksek özen yükümlülüğü gerektiren özel bir tehlike ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni ilaçların içinde yasaklı maddeler olduğunun bilinmesidir. Ancak eczaneden satın alınan her şey burada kullanılan terimler çerçevesinde “ilaç” değildir (CAS 2011/A/2495). Örneğin, bir sporcunun uyanık kalmak veya yorgunluğun üstesinden gelmek için yarışma dışında aldığı (ve yarışma sırasında yasaklanmış bir maddeyi içeren) bir kafein hapı ilaç değildir (CAS 2011/A/2495; CAS 2013/A/3075).

Kusurun objektif unsurunu bu şekilde belirledikten sonra, kusur düzeyinin sübjektif unsurunu ele almıştır. Her dava kendi olgularına bağlı olmakla birlikte, sübjektif kusur düzeyinin belirlenmesinde dikkate alınabilecek hususlara ilişkin örnek CAS kararları belirtilmiştir.⁷⁸ Bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği, sporcunun karşılaştığı dil veya çevre sorunları, sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı (veya sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı) kusur düzeyinin belirlenmesinde esas alınabileceğini belirtmiştir. Ayrıca belirli bir ürünü uzun bir süre boyunca olaysız bir şekilde alan bir sporcunun durumu, daha önce ürünün içeriğini kontrol eden bir sporcu, bir sporcunun yüksek düzeyde strese maruz kalması, dikkatsiz ama anlaşılır bir hata nedeniyle farkındalık düzeyi azalmış bir sporcu örneklerini vererek kişisel hataların da kusur düzeyinin tespitinde ele alınabileceğini belirtmiştir.⁷⁹

⁷⁸ Ayrıca bakınız: Estelle De La Rochefoucauld, CAS, “Jurisprudence Related to the Elimination or Reduction of the Period of Ineligibility for Specified Substances”, CAS Bulletin, (2013), 18-27.

⁷⁹ CAS 2013/A/3327 & CAS 2013/A/3335 sayılı kararında, kusur derecesine ilişkin bu kararları ve ilkeleri belirledikten sonra somut olayı değerlendirmiştir. Sporcu, yalnızca müsabakalarda yasak olan bir maddeyi müsabaka dışında tüketmiştir. Buna göre, maddeyi aldığı sırada kendisi herhangi bir dopingle mücadele kuralını ihlal etmemiştir. Coramine Glucose performans artırıcı olarak satılan bir ürün değildi. Tedavi edici bir ilaç da değildi. Bu durumda sporcu bir glikoz ürünü satın almıştır. Glikoz her kesimden insanın satın aldığı bir üründür. Sportif yeteneği artırıcı olarak reklamı yapılmaz. Satın alınması için reçeteye gerek yoktur. Tedavi amaçlı tasarlanmamıştır. Bu durumda ürünün eczaneden satın alınmış olması

Neticede bu kararda, önemli, normal ve hafif ihmal olmak üzere üç adet kusur derecesi belirlenmiş ve ilke olarak bu kusur derecelerinin tespitinde objektif kriterlerin esas alınacağını belirtmiştir. Sübjektif kriterlerin ise kusur derecesinin kendi içerisindeki sonuç yaptırımını belirlemede uygulanacağını belirtmiştir.

a. Önemli İhmal ve Yaptırım Aralığı

WADC'de "tanımlar" başlığı altında önemli kusur veya ihmalin olmaması sporcunun veya diğer kişinin mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alındığında, kendi kusur veya ihmalinin dopinge mücadele kural ihlali açısından ciddi boyutta olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, sporcunun ihmali, anti-doping kural ihlali açısından ciddi boyutta ise önemli ihmalin varlığı kabul edilecektir. Bu durumda, önemli ihmal, kasta yakın bir kusur derecesidir. Sporcu, eyleminin anti-doping kural ihlali oluşturacağı yönündeki en temel dikkat kurallarını ihlal etmiş olacak ki önemli bir ihmalin varlığından bahsedilebilir. Sporcunun aynı yerde ve aynı koşullar altında bulu-

onun ilaç olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, CAS, sporcuya uygulanabilecek yaptırım aralığını kınama cezasından 16 aya kadar olduğunu belirtmiştir. Sporcuya, prensip olarak, önemli bir kusur atfedilmemiştir. Başka bir deyişle, sporcunun ya hafif dereceli ya da normal dereceli kusur kategorilerine girdiği belirtilmiştir. Kurul, anti-doping kural ihlalinin önlemek için yeterli olmasa da sporcunun bazı önlemler aldığını belirtmiştir. Sporcunun annesinden ürünü güvenli bir ortamdan, yani eczaneden satın almasını istemesi, sporcunun annesi eczacıdan Coramine Glucose'un sporcu için rekabetçi bir tenis oyuncusu olarak güvenli olup olmayacağını öğrenmeye çalışması, sporcunun ürün üzerindeki etikete bakması ve okuması, iki malzemeyi arayıp not etmesi, kutudaki haplardan yalnızca sınırlı sayıda alması ve müsabakadan birkaç gün önce ürünü almayı bırakması hususları dikkate alınarak sporcunun objektif kusur derecesinin hafif derece kategorisine (0 - 8 ay hak mahrumiyeti anlamına gelir) girdiği sonucuna varılmıştır. Bu objektif kusur düzeyini belirledikten sonra, yeterli Fransızca bilmediğini, "nicethamide"nin Fransızcada "nikotinamid" anlamına geldiğini düşünmesi, sözkonusu dönemde oldukça büyük bir stres altında olması, uzun bir süre boyunca olaysız bir şekilde glikoz alması ve bunun, onu alırken kendini güvende hissetmesine ve içerdiği tehlikelerin daha az farkına varmasına neden olması, sporcu içeriği okuduğunda, nicethamidin, sporcunun daha önce kontrol ettiği ve zararsız olduğunu keşfettiği bir madde olan nikotinamid olduğunu varsayması hallerini sübjektif kusur düzeyi içerisinde değerlendirmiştir. Sonuç olarak kararda, sporcunun dikkatsiz olduğu ancak çok da dikkatsiz olmadığı tespit edilmiştir.

nan her makul sporcunun fark edeceği hususları dikkate almaması önemli bir ihmaldir.⁸⁰

WADA 2009 Kodu değişmiş ve 2015 ve 2021’de getirilen düzenlemeler 2009 düzenlemelerinden farklıdır. Önemli ihmalin bulunması halinde standart yaptırım 2 yıl olarak belirlenmiştir. Bazı CAS kararlarında, “Cilic” ilkeleri dikkate alınmış ve üç kusur derecesi belirlendikten sonra 24 aylık yaptırım bu üç kusura dağıtılmıştır.⁸¹ Kodun lafzından da anlaşılacağı üzere, önemli bir kusur veya ihmal yoksa yaptırım azaltılacaktır. Bu durumda, 24 aylık yaptırım, normal/orta dereceli ihmal ile hafif ihmal arasında paylaşılacaktır.

“Cilic” ilkeleri 2009 WADA kodu düzenlemeleri ışında verilmiş bir karardır. 2015 ve sonrasındaki düzenlemelerde temel yaptırım 4 yıl olarak belirlenmiş ve kusur derecesine göre de yaptırımın azaltılması öngörülmüştür. Bu düzenlemenin orantılılık ilkesi ile de uyumlu olduğu belirtilmiştir. CAS kararlarında kusura ilişkin birtakım içtihatlar da düzenlemede yerini bulmuştur. Bu farklılıklar göz

⁸⁰ Arbitration CAS 2016/A/4416 FIFA v. Confederación Sudamericana de Fútbol & Brian Fernández, award of 7 November 2016 (operative part of 8 July 2016).

⁸¹ Arbitration CAS 2018/A/5739 Levi Cadogan v. National Anti-Doping Commission of Barbados, award of 20 February 2019 sayılı kararında, “Cilic” ilkelerini aynen uygulamıştır. Bu olayda, “Furosemid” adlı yasaklı madde bulunmuş ve bu madde, WADA Yasaklılar Listesi’nin 5. bölümünde yasaklı madde olarak listelenen bir idrar söktürücü ve maskeleyici ajan olup kullanımı her zaman yasaklı, tanımlanmış bir maddedir. Vakada, sporcunun anti-doping kural ihlaline ilişkin kasıtlı bir şekilde hareket ettiğine dair hiçbir kanıt sunulmadığını belirtilmiş ve dopingle mücadele kural ihlalinin kasıtlı olduğunun tespit edilmediğine karar verilmiştir. Ancak, sporcunun, yasaklı maddeyi parasetamol/panadol ile karıştırarak tüketmesinin çok dikkatli bir davranış teşkil etmediği belirtilerek kusur veya ihmalinin olmadığı kabul edilmemiştir. Bu nedenle sporcunun, bir dereceye kadar kusurlu olduğu ve yaptırımların tamamen ortadan kaldırılmasına hak kazanamayacağı belirtilmiştir. Madde 10.5.1 gereği, sporcunun veya diğer kişinin “Önemli Kusur veya İhmal”in olmadığını kanıtlayabilmesi durumunda, hak mahrumiyeti süresinin, kusurun derecesine bağlı olarak, asgari olarak kınama ve azami iki (2) yıl hak mahrumiyeti cezası olacağı belirtilmiştir. Bu tespitleri yaptıktan sonra, CAS’ın 2013/A/3327 sayılı kararını ele almış ve üç olası kusur aralığının bulunduğu kabul edilmiştir: 1) önemli derecede kusur, 2) normal (orta) derecede kusur ve 3) hafif derecede kusur. Bu çerçevede genel olarak uygulanan aralıkları önemli kusur için 16-24 ay, orta kusur için 8-16 ay, hafif kusur için ise 0-8 ay olarak belirtilmiştir. Bu açıklamalardan sonra objektif kusur aralığının önemli derecede kusur olduğu belirtilmiş ve kusurun sübjektif düzeyi belirlenerek 20 ay hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır.

önüne alındığında, “Cilic” ilkelerinin tamamının uygulanamayacağı ortaya çıkmaktadır.⁸² Bu yeni yaklaşımın önemli bir sonucu, yargıla-

⁸² Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. ITF & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018 sayılı kararına konu olayda, sporcunun numunesinde yasaklı madde olan “Letrozol” bulunmuş ve bu madde tanımlanmış maddedir. Olayda kastın olmadığı tespit yapıldıktan sonra önemli bir kusur veya ihmalin olmadığını, olasılık dengesine göre sporcunun ispat edeceği belirtilmiştir. İlk koşul olarak yasaklı maddenin kaynağının ispat edilmesi gerektiği belirtildikten sonra, sporcunun numunelerinde bulunan letrozol konsantrasyonu, bir veya daha az Femara hapına karşılık gelen letrozol miktarının tek seferde alınmasıyla uyumsuz olmadığını belirtmiş ve yemeğe Femara hapının karıştığı ve sporcunun bunu yediği kabul edilerek kaynağın ispat edildiği kabul edilmiştir. Bu aşamadan sonra kusur derecesinin tespitine geçilmiştir. Kusur ve derecesinin tespitini, özellikle Cilic kararında (CAS 2013/A/3327 & 3335) belirlenen yerleşik CAS içtihadına uygun olarak anlaşılması ve uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde, bir “objektif” bir de “sübjektif kusur düzeyi”nin dikkate alınması gerektiği ve objektif kusur düzeyinin “sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir özen standardının beklenebileceğine” işaret ettiği ve sübjektif düzeyin ise “kendi özel durumu ışığında o sporcudan ne beklenebileceğine” işaret ettiği belirtilmiştir.

WADA maddesinin 2015 versiyonu, önceki madde 10.4’ün yerini alan madde 10.5.1.1 ve bunu takip eden madde 10.5.1 (a), özelliklerin değerlendirilmesi açısından önceki şemadan önemli ölçüde farklı olduğunu ve bu nedenle Cilic doktrininin 2015 WADA Kodunun yaptırım sistemine uyarlanması gerektiği belirtilmiştir. O dönemde geçerli olan 10.4’e göre, 0 ile 2 yıl arasındaki hak mahrumiyeti sınırları dahilindeki indirim, kusur veya ihmalin derecesine bağlı olduğunu, bu nedenle panel, prensip olarak kusur derecelerini “önemli”, “normal” ve “hafif” olarak ayırdı ve bu kategorilerin her birine bir zaman aralığı tahsis ettiği belirtilmiştir. Ayrıca belirli bir vakanın hangi kusur kategorisine girebileceğini bulmak için heyet hem objektif hem de sübjektif kriterlerin dikkate alınması faydalı olacağını ve objektif unsurun, kusur kategorisini belirlemede “en önemli” olması gerektiğini belirtmiştir. Ancak 2015 WADA Kuralı uyarınca yaptırım rejiminin önemli ölçüde değiştirildiğini ve WADA Kurallarının hem 2009 hem de 2015 baskısı kapsamındaki hukuki durumların örtüştüğünü belirtmiştir. Ancak yaptırım rejimi, yaptırımın olası indirimi açısından farklılık gösterdiğini ve artık önemli kusur kategorisi için indirim yapılamayacağını; yalnızca normal veya hafif derecede kusur veya ihmal için indirim yapılabileceğini belirtmiştir. Halen mevcut olan 24 aylık zaman aralığı artık üç yerine yalnızca iki hata kategorisini kapsadığı ve normal kusur derecesi için 12 aydan fazla ve 24 aya kadar, standart derece ise 18 aylık hak mahrumiyeti süresine yol açacağı ve hafif kusur derecesi için 0 - 12 aya kadar, standart derece ise 6 aylık hak mahrumiyeti süresine yol açacağı belirtilmiştir. Bireysel bir olayda kusurun derecesinin belirlenmesi amacıyla Cilic kararında tanımlanan diğer yol gösterici ilkelerin de uygulanacağını belirtmiştir.

Bu açıklamalardan sonra somut olayı değerlendirmiş ve sporcunun sergilediği kusur veya ihmalin derecesini belirlemek amacıyla, sporcunun annesi tarafından pişirilen yemek aracılığıyla yanlışlıkla letrozol aldığı yönündeki açıklama-

ma kurumunun artık kasıtlı olduğu düşünülen ihlaller için temel bir yaptırım süresi belirleme esnekliğine sahip olmamasıdır: tüm kasıtlı ihlaller için 4 yıllık bir men cezası verilir.⁸³ Neticede önemli ihmalin varlığı halinde yaptırım süresi 2 yıl olacaktır.

sını kabul etmiş ve kusuru incelemiştir. Sporcunun sorumluluğu, antrenörleri, sağlık personeli vb. gibi çevresinin veya mevcut davada aynı evde yaşayan aile üyelerinin ve özellikle de annesinin davranışlarından sorumlu olmasını içerdiğini belirtmiş ve annesinin işlediği kusurun derecesinin sporcunun kendisine atfedileceğini belirtmiştir. Kendisini annesine emanet eden sporcunun, çevresini kontrol etme yükümlülüğü altında olduğunu, nasıl ki günlük antrenman programını, beslenmesini, aldığı takviyeleri, evden uzaktaki ortamını kontrol etmek zorundaysa, evindeki ortamı da kontrol etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Sporcular, restoran gibi dış mekanlarda olduğu gibi evlerinde de aile ortamında aynı özeni göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Sporcunun, dopinge mücadele konularında deneyimli bir sporcu olarak kişisel sorumluluğunu yerine getirebilmesi için mutfağı ve yemek pişirme olanaklarını kontrol etmesi gerektiğini belirtmiş ve eğer öyle yapsaydı Femara kutusunu kontrol edecek ve arkasındaki doping uyarısını göreceğini belirtmiştir. Yiyeceklerin kirlenmesi durumuna benzer şekilde, sporcu yemekleri hazırlama sorumluluğunu annesine devredemeyeceğini ve yemeklerin kirlenmemesini kendisi sağlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu değerlendirmelerden sonra kusurun sübjektif düzeyini incelemiş ve Cilic kararında belirlenen sübjektif unsurları dikkate aldığını ve bu unsurların çoğunun sporcu için geçerli olmadığını tespit etmiştir. Tecrübeli, dopinge mücadele eğitimi aldığını ve seyahat ederken yemeğine dikkat ettiğini, evde hiçbir dil veya başka kültürel engelle karşılaşmadığını, yüksek derecede stres altında olmadığını belirtmiştir. Ancak farkındalığının “dikkatsiz ama anlaşılır bir hatayla” azaldığını kabul etmiştir. Aile yemeğinin özel durumunu dikkate almış ve sporcunun yarıştığı Fed Cup’tan döndükten sonra annesi, çocukluğundan beri sevdiği en sevdiği yemeği hazırladığını, sporcunun annesinin kanser hastası olduğundan ve Femara kullandığından habersiz olduğunu ancak, annesinin eczacı olduğunu bildiğini ve annesi de kızının katı bir dopinge mücadele yükümlülüğü altında üst düzey bir tenis oyuncusu olduğunun farkındalık bilgisinde olduğunu belirtmiştir. CAS, sporcunun, annesi tarafından yasaklanmış maddelere ve gıda kirliliğine karşı korumak için her şeyi yapacağından emin olabileceği ve sporcunun kendisini güvende hissedebilecek bir konumda olduğunu kabul etmiştir. CAS, 13 ve/veya 14 Şubat 2017 tarihindeki aile yemeği vesilesiyle yapılan “dikkatsiz ama anlaşılır bir hata” şeklindeki sübjektif unsurun, kullanılan kusur veya ihmalin derecesini düşürdüğünü kabul etmiştir. Kurul, Sporcuya 10 aylık bir hak mahrumiyeti süresi uygulanmasına karar vermiştir. Aynı şekilde kusur oranlarını kabul eden bir diğer karar için bakınız: Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁸³ Rigozzi/Haas/Wisnosky/Viret, s. 9.

210 Yasaklı Bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru

b. Normal/Orta İhmal ve Yaptırım Aralığı

Normal/Orta ihmalde ise sporcu, her makul sporcunun uymakla yükümlü olduğu özen yükümlülüğünü ihlal etmekle beraber, sporcunun ihmalin alt sınırından az bir farkla değil, fazla uzaklaşmış olması halidir. Yani, en temel dikkat kuralını ihlal etmemiştir ancak sporcu ile aynı koşullar altında bulunan kişiden somut olarak beklenen özen ölçüsüne de riayet etmemiştir.

Sporcunun kusur derecesi normal/orta ihmal ise 12 aydan fazla ve 24 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 18 aylık hak mahrumiyetidir.⁸⁴

c. Hafif İhmal ve Yaptırım Aralığı

Hafif ihmal ise sporcu ile aynı şartlar altında bulunan herkesin değil, dikkatli bir sporcunun göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Sporcu, dikkat ve özen göstermiş ancak kendisinden beklenen derecede dikkat ve özen göstermemiştir. Sporcunun davranışı ile ortalama tipin örnek davranışı arasındaki fark azdır. Küçük bir dikkatsizlikle hareket edilmiştir.

Sporcunun kusur derecesi hafif ihmal ise 0 aydan fazla ve 12 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 6 aylık hak mahrumiyetidir.⁸⁵

WADA Kodu madde 10.6.2'ye göre, 10.6.1'in uygulanmadığı bireysel bir vakada sporcunun veya diğer kişinin önemli kusur veya ihmalinin olmadığını kanıtlaması durumunda, madde 10.7'ye göre yapılacak ilave indirimlere veya cezanın kaldırılmasına uygun olarak, aksi durumda uygulanması gereken hak mahrumiyeti yaptırımı, sporcunun veya diğer kişinin kusur derecesine bağlı olarak azaltılabilecektir, ancak azaltılan yaptırım süresi, aksi durumda uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırım süresinin yarısından daha az olamaz. Aksi durumda uygulanacak yaptırım ömür boyu hak mahrumiyeti cezası olması

⁸⁴ CAS 2017/A/5301 & CAS 2017/A/5302; Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁸⁵ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. ITF & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

durumunda, bu madde kapsamında yapılacak indirimle uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırım süresi 8 (sekiz) yıldan daha az olamaz.

WADA Kodu madde 10.6.1 düzenlemesinde, tanımlanmış madde veya yasaklı yöntemden veya bulaşık ürünlerden kaynaklı anti-doping kural ihlalleri ile himaye edilen kişiler veya rekreasyonel sporcular tarafından işlenen anti-doping kural ihlalleri yer almaktadır. Bu halde tanımlanmamış madde veya yöntemden kaynaklı anti-doping kural ihlallerinde önemli kusur veya ihmalin olmaması halinde uygulanacak sonuç yaptırım aksi durumda uygulanacak yaptırımın yarısından az olamaz. Yani, anti-doping kural ihlali tanımlanmamış madde ve yasaklı yöntemden kaynaklı olması halinde, sporcunun kusuru hafif derecede olsa da uygulanacak yaptırım 12 ay olacaktır.⁸⁶

d. Önemli, Normal/Orta, Hafif İhmalin Tespitinde Objektif Kriterler

WADA Kodu madde 2 gereği, sporcular veya diğer kişiler, nelerin dopingle mücadele kural ihlali teşkil edebileceği konusunda ve yasaklılar listesinde yer alan maddeler ve yöntemler hakkında bilgi sahibi olmakla yükümlüdür. Ayrıca, WADA Kodu madde 2.2.1 gereği, herhangi yasaklı bir maddenin kendi vücuduna girmesini ve yasaklı bir yöntemin kullanılmasını engellemek her sporcunun kendi sorumluluğundadır. Bu iki düzenleme, sporculardan beklenecek dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış noktasıdır.⁸⁷

WADC'deki tanıma göre, bir sporcunun önemli bir kusur veya ihmalinin bulunmadığının tespit edilebilmesi "mevcut koşulların tamamı ve kusur veya ihmal olmamasına ilişkin ölçütler göz önüne alınarak" değerlendirilmelidir. Bir sporcu "en üst düzeyde dikkatli ve özenli" davranmalıdır; yani vücuduna hiçbir yasaklı maddenin girmesi için akla gelebilecek her türlü çabayı göstermelidir.⁸⁸ WADC dü-

⁸⁶ Arbitration CAS 2019/A/6482 Gabriel da Silva Santos v. Fédération Internationale de Natation (FINA), award of 14 February 2020.

⁸⁷ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018.

⁸⁸ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018.

212 Yasaklı Bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru

zenlemesinde soyut ve ortalama bir tip davranış oluşturulmuş ve bu davranıştan sapma kusurun objektif unsurunu oluşturmuştur.

Sporcu, davranışının anti-doping kural ihlali oluşturacağını “ön-görüp bundan kaçınmadığı” için kusurludur. Yani, hem davranışın anti-doping kural ihlali olduğunu öngörmesi gerekir hem de bundan kaçınması gerekir. Öngördüğü halde kaçınmıyor ise zaten dolaylı kasıtı vardır. Bu sonuca varmak için alınması gereken kıstasın tespitinde ise objektif kriterler esas alınmıştır. Sporcunun göstermesi gereken özenin biçim ve derecesi, somut olay koşullarına bağlı olsa da sporcudan sporcuya değişen bir özen değeridir. Yani, kusur değerlendirilmesine esas alınan sporcu değil, soyut bir tip davranıştır. Aynı şartlar altında sporu icra eden makul, dürüst ve orta zekalı bir sporcunun davranışı esas alınacaktır ve bu davranıştan sapma sporcuyu kusurlu hale getirecektir. Nitekim herhangi bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde herkesin orta zekalı, makul bir kişinin sahip olduğu fiziksel ve zihinsel becerileri göstermesi gerekir. Neticede objektif kusur düzeyi, sporcunun durumundaki makul bir kişiden ne tür bir özen standardının beklenebileceğine işaret eder.⁸⁹

CAS içtihatlarına göre, önemli kusurun olmadığını tespit etme eşiği aşırı derecede yüksek ayarlanmamalıdır; aksi takdirde yargılama heyetinin çeşitli yaptırımlar kapsamında uygun bir hak mahrumiyeti süresi belirlemesi imkânsız olacaktır.⁹⁰ Sporcunun belirli koşullar altında herhangi bir insanın alabileceği açık ve bariz önlemleri alması durumunda önemli kusur veya ihmalin olmama eşiğinin karşılandığı belirtilmiştir.⁹¹ Önemli kusur veya ihmalin olmadığı iddiası, tanım gereği, bir dereceye kadar kusurun varlığını gerekli kılar ve sadece spor-

⁸⁹ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. ITF & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; CAS 2018/A/5739 Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

⁹⁰ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022; Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF, award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2005/A/847 Hans Knauss v. FIS, award of 20 July 2005.

⁹¹ Arbitration CAS 2016/A/4416 FIFA v. Confederación Sudamericana de Fútbol & Brian Fernández, award of 7 November 2016 (operative part of 8 July 2016); Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

cunun bazı “taşları çevrilmemiş” bırakması nedeniyle bu iddia dışlanamaz. En üst düzeyde dikkatli olma görevinden sapma, tek başına sporcunun ihmalinin “önemli” olduğu anlamına gelmez ve gerçekçi olmayan beklentiler içine girilmemelidir.⁹²

Sporcunun sorumluluğu, sadece kendi davranışlarını değil, antrenörleri, sağlık personeli, yükümlülüklerini devrettiği kişi vb. gibi çevresinin veya beraber yaşadığı ailesinin üyelerinin davranışlarını da kapsar. Bu sebeple ihmalinin belirlenmesinde bu kişilerin davranışları da esas alınır.

Örneğin, Sara Errani vakasında CAS, sporcunun sorumluluğunun mevcut davada aynı evde yaşayan aile üyelerinin ve özellikle de annesinin davranışlarından sorumlu olmasını da içerdiğini belirtmiştir.⁹³ Sporcunun çevresini kontrol etme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiş ve sporcu, nasıl günlük antrenman programını, beslenmesini, aldığı takviyeleri, evden uzaktaki ortamını kontrol etmek zorundaysa evindeki ortamı da kontrol etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Sporcunun dopingle mücadele konularında deneyimli bir sporcu olarak kişisel sorumluluğunu yerine getirebilmesi için mutfağı ve yemek pişirme olanaklarını kontrol etmesi gerektiğini, eğer öyle yapsaydı Femara kutusunu kontrol edecek ve arkasındaki doping uyarısını göreceğini, yiyeceklerin kirlenmesi durumuna benzer şekilde, sporcunun yemekleri hazırlama sorumluluğunu annesine devredemeyeceğini, yemeklerin kirlenmemesini kendisinin sağlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, dopingi yenme çabalarının sporcuların ortaya koymak zorunda olduğu gerçekçi olmayan ve uygulanamaz beklentilere yol açmaması gerekir. Sporcudan beklenecek özen ölçüsü de makul olmalıdır. Sporcunun bilemeyeceği bir durum dolayısı ile sorumluluğunun tesis edilmesi kabul edilemez.⁹⁴

⁹² Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF, award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022; Advisory opinion CAS 2005/C/976 & 986 FIFA & WADA, 21 April 2006; CAS 2015/A/4059; Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017.

⁹³ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. ITF & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018.

⁹⁴ Arbitration CAS 2019/A/6482 Gabriel da Silva Santos v. FINA, award of 14 February 2020.

Sporcunun dopingle mücadeleyle ilişkin bazı yükümlülüklerin bazı unsurlarını devretmesine engel bir durum yoktur.⁹⁵ Bununla birlikte, bir anti-doping kural ihlali yapılırsa üçüncü şahsın kabahatinin nesnel gerçeği sporcuya atfedilir. Ancak yaptırım, sporcunun söz konusu üçüncü şahsın seçimi ve gözetimindeki kişisel hatası veya alternatif olarak, yasaklı maddenin alımını kontrol etmemek veya kontrol etmemek konusundaki ihmali nedeniyle orantılı kalır.⁹⁶ Başka bir deyişle, değerlendirilecek hata, üçüncü kişinin yaptığı hata değil, sporcunun kendi seçimiyle yaptığı hatadır. Sporcu, üçüncü kişi olarak vasıfsız bir kişiyi seçerse, ona gerektiği gibi talimat veremezse veya konuyu açıklığa kavuşturmazsa, görevini yerine getirirken takip etmesi gereken açık prosedürler ve/veya görevin yerine getirilmesinde kendisi üzerinde denetim ve kontrol uygulamazsa hatalı kabul edilir.⁹⁷

⁹⁵ Arbitrations CAS 2014/A/3591 Sheikh Hazza Bin Sultan Bin Zayet Al Nahyan v. Fédération Equestre Internationale, award of 8 June 2015.

⁹⁶ Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF, award of 30 September 2016.

⁹⁷ Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF, award of 30 September 2016 sayılı kararında bu konu incelenmiştir. Karara konu olay şu şekildedir: Sporcu, anti-doping kural ve düzenlemelerine tatmin edici bir uyum gösteren uzun bir geçmişe dayalı olarak, anti-doping ile ilgili tüm konuların yerine getirilmesi için Bay Eisenbud ve işletmesine güvenmeyi seçmiştir. Bir maddenin Yasaklı Listeye göre kontrol edilmesi, özel bir anti-doping eğitiminin gerekli olduğu bir eylem olmadığı belirtilmiş ve kural olarak madde 3.1.2 uyarınca oyuncunun bizzat kendisi tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir. Sporcunun bu amaçla bilimsel veya tıbbi uzmanlığa sahip olmasına gerek olmadığı da belirtilmiştir. WADC’de veya başka bir standartta çıtayı bu kadar yükselten hiçbir standart olmadığı ve bu nedenle, sporcuya sunulan hizmetlerin öneminin bilincinde olan ve geçimi sporcunun atletik başarısına bağlı olan uzman bir spor menajeri olan Eisenbud’a bazı görevlerin bırakılmasında herhangi bir engel olmadığı belirtilmiştir. Sporcu, Yasaklılar Listesini kontrol etmek amacıyla yeterli niteliklere sahip bir kişiyi temsilci olarak seçmiştir. Ancak sporcu Eisenbud’a bu görevin nasıl yerine getirilmesi gerektiğine dair talimat vermemiştir. Sporcu, Eisenbud’a Mildronate’in yalnızca bir “marka adı” olup olmadığını veya ürünün içeriğini gösterip göstermediğini kontrol etmesini söylemedi (ve bu nedenle Eisenbud kontrol etmedi); Dr Skalny’nin gözetiminden ayrıldığı sırada onu Dr Skalny ile temasa geçirmede, sadece Eisenbud’a Skalny Ürünlerinin adlarını verdi; Eisenbud’a WADA, ITF veya WTA web sitesine başvurması, ITF’in yardım hattını araması, cüzdan kartı ile birlikte verilen flash sürücüyü açması ve hatta alınan e-postaları okuması, “bağlantıları açması” talimatını vermedi. Tamamen ona güvenerek tüm meseleyi Eisenbud’a bıraktı. Aynı şekilde, sporcu, Bay Eisenbud’un kendisinden yapması beklenen görevleri yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemleri denetlemek ve kontrol etmek için herhangi bir prosedür oluşturmamıştır. Bu sebeple CAS, bu

Sporcu antrenörünü seçerken de özenli davranacaktır. Antrenörünün davranışları dolayısı ile de sorumlu olacaktır.⁹⁸ Sadece antrenör değil, sporcunun sorumluluğu doktorunun davranışlarından da kaynaklı olabilir. Bu durumda da sporcu gerekli denetim ve araştırmayı yapmadığı için en azından ihmalkâr davranmış olacaktır.⁹⁹ Doktorum

tür durumların sporcunun bir dereceye kadar kusurunu gösterdiğini belirtmiştir. Kurul, sporcunun Mildronate kullanırken maruz kaldığı risk algısının azaldığını ve bu azalan risk algısının haklı olduğunu da tespit etmiştir. Sporcu, Mildronateyi 10 yıl boyunca herhangi bir anti-doping sorunu olmadan kullandı, sporcu, herhangi bir performans artırıcı ürün elde etmek amacıyla değil, tıbbi nedenlerden dolayı tedavi talebinde bulunmuştur. Dr Skalny'den ayrıldıktan sonra da Skalny Ürünlerini tıbbi reçete olmadan (yıllar önce alınanlar hariç) kullanmaya devam etmesi (her ne kadar Mildronate'i reçetesiz almak için doktor reçetesine gerek olmasa da) değişmeyecekti. İlgili kuruluşlar (WADA, ITF veya WTA) tarafından Meldonium'un (Mildronat'ın içeriği) statüsündeki değişiklik konusunda özel bir uyarı yayınlanmamıştır. Bu bağlamda Kurul, anti-doping kuruluşlarının, yasaklılar listesine, marka adları da dahil olmak üzere bir maddenin eklenmesi gibi önemli değişiklikleri sporculara bildirmek için makul adımlar atması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca kararda, olimpiik sporlarda önemli ölçüde duyurulan bir Meldonium pozitif vakası olmadığı ve teniste de daha önce hiçbir vaka olmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda sporcunun önemli bir kusur veya ihmalinin olmadığını kabul etmiştir. Cilic ilkelerini uygulayarak sporcunun dopinge mücadele yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olması için IMG'yi seçmesinin makul olduğunu ancak, sporcunun yetersiz kaldığı noktanın IMG'nin kendisine yardım etmeyi kabul ettiği anda sporcunun anti-doping yükümlülüklerini IMG'nin yerine getirip getirmediğini ve nasıl yerine getirdiğini herhangi bir şekilde izleme veya denetleme konusundaki başarısızlığı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenlerden dolayı, "sporcunun kusuru, önemli kusur veya ihmalin kapsamına giren minimum hata derecesinden daha büyüktür, ancak belirtildiği gibi önemli ihmalden daha azdır" tespitinde bulunulmuştur. Bu sebeple 15 ay hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır. Son olarak CAS şunu belirtmiştir: "Kurul, gördüğü davanın ve verdiği kararın hile yapan bir sporcuyla ilgili olmadığını belirtmek ister. Bu sadece bir oyuncuya atfedilebilecek kusurun derecesi ile ilgiliydi; uzun bir süre boyunca ve çoğu zaman bir doktorun tavsiyesine dayanarak, yasal olarak aldığı bir üründe bulunan maddenin mevcut olduğundan emin olamamasından dolayı ihlal gerçekleşmiştir."

⁹⁸ Arbitration CAS 2008/A/1744 Union Cycliste Internationale v. Monika Schachl & Österreichischer Radsport Verband, award of 27 July 2009.

⁹⁹ Arbitrations CAS 2017/A/5015 International Ski Federation v. Therese Johaug & Norwegian Olympic and Paralympic Committee and Confederation of Sports & CAS 2017/A/5110 Therese Johaug v. Norwegian Olympic and Paralympic Committee and Confederation of Sports, award of 21 August 2017 sayılı karara konu olayda, güneş çarpması nedeniyle dudağında ciddi bir kabarcık oluşan son derece başarılı ve deneyimli bir sporcunun davranışının değerlendirilmesi yapılmıştır. Sporcu, tedaviyi gerektiren tıbbi bir durumunun olduğunun farkındaydı.

ilaç verdi deyip sorumluluğu üzerinden atamaz. Bunun için ilacın yasaklı madde içerip içermediğini araştırması gerekir.¹⁰⁰ Nitekim bir sporcunun maddenin alımı ile ortaya çıkan riskler arasında kolayca bağlantı kurabildiği durumlarda (örneğin, ürünün tedavi amaçlı tasarlanmış bir ilaç olduğu durumlarda) dikkat ve özen yükümlülüğü artacaktır. Özellikle ilaçların içinde yasaklı maddeler bulunduğu bilindiğinden daha yüksek özen yükümlülüğü gerekecektir.¹⁰¹

Yanlış etiketleme ve/veya kontaminasyon riskleri artık genel olarak bilindiği veya en azından öngörülebilir olduğu için, tüm sporcular, bir besin takviyesinin yasaklanmış bir madde içermediğinden emin olmak için makul özeni göstermelidir.¹⁰² Sporcu, her zaman kullanılan ürünün etiketini okuyabilir (veya başka bir şekilde içeriğini tespit edebilir), etiketteki tüm içerikleri yasaklı maddeler listesiyle çapraz olarak kontrol edebilir, internette bir arama yapabilir, ürünün güvenilir bir şekilde tedarik edildiğinden emin olabilir ve bu konularda uygun uzmanlara danışabilir.¹⁰³ Sporcu bir ürünü tüketiyorsa, objektif olarak

Bu nedenle rahatlamayı sağlayacak bir ürün almak için takım doktoruna başvurdu. Sporcunun tıbbi ürünleri uygularken yüksek doping riski bulunduğu farkında olmasına rağmen, davadaki kurul haklı olarak sporcunun davranışını ihmalkâr kabul etmiştir. Sporcunun zihninde anti-doping kural ihlaline yakalanmanın somut riski mevcuttu ancak (tıbbi) ürünün kaynağı nedeniyle bu uzak bir riskti. İkincisi ona takım doktoru tarafından sağlandı. Bu nedenle kendisi, olası bir doping riskinin gerçekleşmeyeceğine inandırıcı bir şekilde güvendi ve sonuç olarak ihmalkâr davrandığı belirtilmiştir (doktorun tavsiyesine körü körüne güvendiği için). Bu sebeple sporcu kusurlu bulunmuştur.

¹⁰⁰ Arbitrations CAS 2017/A/5015 International Ski Federation v. Therese Johaug & Norwegian Olympic and Paralympic Committee and Confederation of Sports & CAS 2017/A/5110 Therese Johaug v. Norwegian Olympic and Paralympic Committee and Confederation of Sports, award of 21 August 2017; Arbitration CAS 2018/A/5581 Filip Radojevic v. FINA, award of 10 July 2018; Arbitration CAS 2012/A/2959 WADA v. Ali Nilforushan & Fédédération Equestre Internationale, award of 30 April 2013.

¹⁰¹ Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017.

¹⁰² Arbitration CAS 2010/A/2107 Flavia Oliveira v. United States Anti-Doping Agency, award of 6 December 2010.

¹⁰³ Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF, award of 30 September 2016; Arbitration CAS 2013/A/3327 Marin Cilic v. ITF & CAS 2013/A/3335 ITF v. Marin Cilic, award of 11 April 2014 (operative part of 25 October 2013); Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022.

yeterli araştırma yapması gerekir.¹⁰⁴ Somut olayda, bu adımlar takip edilerek sporcunun kusurunun olup olmadığı belirlenecektir.

e. Kusur Derecesinin Yaptırım Aralığındaki Sonuç Yaptırımı Belirlemede Sübjektif Kriterler

Sübjektif kriter, “kendi özel durumu ışığında o sporcudan ne beklenebileceğine” işaret eder. Temelde, bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için kınamak, kusurun ve sorumluluğun ahlaki niteliğine aykırı olacaktır. Nitekim sorumluluk için kişinin davranışını yönlendirebilme olanağına sahip olması gerekir; bunun için de sadece ayırt etme gücü yetmez, davranışının da somut olarak bu kişiye yüklenmesi gerekir.

Sübjektif kriterlerde, soyut ve ortalama tip davranış değil, sporcunun bizatihi kendisi dikkate alınır. Yani, model davranış dikkate alınmaz. Bu durumda sporcunun mizacı, görev duygusu, ciddiyeti, yetenekleri, çalışkanlığı gibi hususlar önemlidir. Sporcunun o anda, stres gibi, özel bir yüke maruz kalması sübjektif hususlar arasında dikkate alınır. Her sporcunun kendi durumu dikkate alınarak göstermesi gereken özen ölçüsü esas alınacaktır. Neticede burada sporcunun kendi içinde bulunduğu fiziki ve psikolojik şartları ve kişisel özellikleri ile yetenekleri dikkate alınarak kusur tespit edilecektir.¹⁰⁵ Çeşitli CAS ka-

¹⁰⁴ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency, award of 23 May 2022 sayılı kararına konu olayda şu şekilde bir değerlendirme yapılmıştır: “Objektif olarak uyumsuzluk değerlendirildiğinde mesele, yaralanmış bir sporcu vakasıdır. Olayda, yarasının ciddiyetini ekibine açıklamamayı seçen, sonra herhangi bir danışmanlık almadan bir markete gidip ek bir gıda tüketimine giden sporcu vardır. Sporcu sadece küçük çaplı bir araştırma ile edindiği içeceği tüketmiştir. İçeceğin üzerinde ismi doğru yazılmamış olsa bile aynı yasaklı maddeyi ifade ettiği açıktır. Bu sporcu tarafından kolayca tespit edilebilecek bir durumdur. Bu nedenlerle bir sporcudan beklenilecek makul davranışın sporcu tarafından yerine getirilmediği, bunun da ihmalkârlık olduğu açıktır.”

¹⁰⁵ Arbitration CAS 2021/A/8056 Olga Pestova v. Russian Anti-Doping Agency award of 23 May 2022 sayılı kararında yaralanmış bir sporcunun kusur değerlendirilmesi yapılmıştır. 4 Ekim 2020 tarihinde sporcu yarışma içi doping kontrol testine tabi tutulmuş ve MHA adlı yasaklı madde tespit edilmiştir. Russian Anti-Doping Ajansı Anti-Doping Disiplin Kurulu 13 Mayıs 2021 tarih, 73/2021 sayılı kararı ile bir yıllık hak mahrumiyeti yaptırımı uygulamıştır. Sporcu maçtan ve numune alımından 1 hafta önce yaralanmış ve maçta kafa travması yaşaması aynı acıyı yaşamasına sebebiyet vermiştir. Ancak sporcu bu sağlık problemiyle ilgili herhangi

bir tıbbi tedavi görmemiştir. Maç sırasında ambulanstaki sağlık görevlileri yarayı temizlemiş ve dikmişlerdir. Herhangi bir hasarın olup olmadığının tespiti, olası beyin hasarı ve tedavinin yapılabilmesi için sporcunun hastaneye sevkine izin verilmiştir. Sporcunun nöroloğa gösterilmemiştir; birkaç soru sorup ona bir ağrı kesici vermiştir. Aynı günün akşamında sporcunun kendini yorgun ve halsiz hissetmiştir. Sporcunun görme yetisi bozulmuş ve kendisinde şiddetli bir baş ağrısı oluşmuştur. Bunun üzerine sporcunun ve takım arkadaşı Taganrog'da küçük yerel bir kliniğe gitmişler. Orada röntgen çekilmiştir. Takım, 4 Ekim 2020 tarihinde yapılması planlanan bir sonraki maç için Taganrog'da kalırken sporcunun baş ağrısı, mide bulantısı ve baş dönmesi gibi şikayetler yaşamaya devam etmiştir. Ancak yine de takımıyla birlikte antrenmanlarına devam etmiştir. Sporcunun yaşadığı problemleri korktuğu için kulüp yönetimine anlatmamıştır. Eğer söyleseydi sporcunun bir sonraki oyunun takım listesinden çıkarılırdı. 2 Ekim 2020 tarihinde bir akşam sporcunun ve takım arkadaşı Irina Krivetskaya ile birlikte bir spor beslenme mağazasına gitmişlerdir. Sporcunun marketteyken kendisini rahatlatmağa düşündüğü için satıcıdan kafeinli bir içecek isteyince satıcı o anda kafeinli içeceğin olmadığını ancak aynı etkiyi doğurabileceğini söyleyerek sporcuya bir içki vermiştir. Oyuncunun içeceği almış ve takım arkadaşı içinin parasını kendi kartıyla ödemiştir. Sporcunun otel odasına döndüğünde şişenin içerisinde yasaklı maddenin olup olmadığını kontrol ederken yazılar İngilizce yazıldığından içeriği bire bir kontrol etmesi gerektiğini düşünerek WADA ve Russian Anti-Doping Agency web sitelerine bakarak yasaklı maddenin içeceğin içinde olmadığını kanaatine varmıştır. Daha sonrasında sporcunun içeceğini 2 Ekim 2020 akşamında içmiştir. Eğer rahatsızlığıyla ilgili bir durum hissettirirse oyuna katılmasını engelleyeceğini düşündüğünden sporcunun konuyla ilgili etrafına, doktoruna danışmamıştır. Sporcunun doping kontrol formunda melior isimli içeceği içtiğini belirtmemiştir. Yargılamada, yasaklı maddenin kaynağının Melior içeceği olduğu kabul edilmiştir. Numune alma saatinden yaklaşık 48 saat önce tüketilmiştir. Melior içeceğinin 90 miligram MHA içerdiği ve buna karşılık bulgularda da bu sonucun çıkması orantılı olarak kabul edilmiştir. Kararda, sporcunun aldığı ürünün ambalajını dikkatli okuması, içeriğini kıyaslayarak kontrol etmesi ve emin değilse kullanmaması gerektiği belirtilmiş ve objektif olarak uyuşmazlık değerlendirildiğinde meselenin yaralanmış bir sporcunun vakası olduğunu tespit etmiştir. Olayda yarasının ciddiyetini ekibine açıklamamayı seçen ve sonra herhangi bir danışmanlık almadan bir markete gidip ek bir gıda tüketimine giden sporcunun vardır. Sporcunun sadece küçük çaplı bir araştırma ile edindiği içeceği tükettiği ve içeceğin üzerinde ismi doğru yazılmamış olsa bile aynı yasaklı maddeyi ifade ettiğinin açık olduğu kararda belirtilmiştir. Bu sporcunun tarafından kolayca tespit edilebilecek bir durumdur. Bu nedenlerle bir sporcunun beklenilecek makul davranışın sporcunun tarafından yerine getirilmediği bunun da ihmalkârlık olduğu belirtilmiştir. Bu değerlendirilmeden sonra, subjektif değerlendirme yapılmış ve sporcunun içinde bulunduğu durumların sporcunun yaptırımını hafifleteceği belirtilmiştir. Sporcunun travması onun makul kararlar vermesini etkilediği kabul edilmiştir. Eğer böyle bir kafa travması yaşamıyorsa anti-doping kural ihlalinde bulunmayacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan yargılama sırasında olayla ilgili görüşleri alınan doktor raporlarında sporcunun beyin sarsıntısından kaynaklanan potansiyel bilişsel bozukluklarının birkaç gün sürebileceği belirtilmiştir. Bu rapor

rarlarında sübjektif kusur düzeyinin tespitinde bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği, sporcunun karşılaştığı dil veya çevre sorunları, sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı (veya sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı) kişisel hataların dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği sübjektif kriter olarak dikkate alınacaktır.¹⁰⁶ Profesyonel bir sporcu ile amatör sporcunun dikkat ve özen yükümlülüğünde farklı değerlendirmeler olacaktır.¹⁰⁷ Ahlaki yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde de bir değerlendirme yapılamaz. Sadece o anki koşullarda nasıl davranması gerektiğinin tespitinde ve somut olay özelinde değerlendirmeler yapılmalıdır.¹⁰⁸

doğrultusunda CAS, sporcunun kusurlu davranışlarının bu olaydan kaynaklanabileceğini, sporcunun bundan muzdarip olabileceğini kabul etmiştir. Sporcunun algılamasındaki aksaklıkların yaralanmadan kaynaklı olduğu ve bu nedenle sporcunun mevcut durumda daha makul davranış sergileyemeyeceği tespit edilmiştir. Drozdova'nın olayla ilgili raporunu dikkate alarak sporcunun düşünme ve hareket etme konusunda önemli ölçüde azalmaların meydana gelebileceği kabul edilmiştir. Yaşadığı olayın kendisini etkileyebileceği kabul edilmiştir. Ancak, rastgele bir yerden bir içecek alarak sınırlı bir araştırma ile bu içeceği kontrol edip tüketmesi makul görülmemiştir. Sporcunun hafif kusurlu sayılması için yeterli şartların oluşmadığı belirtilerek bir yıllık hak mahrumiyeti yaptırımı onaylanmıştır.

¹⁰⁶ Arbitration CAS 2010/A/2293 Saeid Ali-Hosseini v. International Weightlifting Federation, award of 24 August 2011; Arbitration CAS 2011/A/2493 Anti-doping Switzerland v. Cheytres, award of 29 November 2011; Arbitration CAS 2010/A/2107 Flavia Oliveira v. United States Anti-Doping Agency, award of 6 December 2010.

¹⁰⁷ Arbitration CAS 2019/A/6249 Roman Balandin v. Association Russian Anti-Doping Agency, award of 13 September 2019.

¹⁰⁸ Arbitration CAS 2016/A/4840 International Skating Union v. Alexandra Malkova, Russian Skating Union & Russian Anti-Doping Agency, award of 6 November 2017 kararına konu olayda, 18 Mart 2016 tarihinde, o zamanlar on sekiz yaşında olan Bayan Malkova, Rusya'nın Sterlitamak kentinde düzenlenen Rusya Ulusal Kısa Pist Şampiyonasında doping testine tabi tutulmuş ve müsabaka içi yasaklı olan Tuaminoheptan maddesi tespit edilmiştir. Malkova'nın Tuaminoheptan içeren bir ürünü rekabet dışı almasına izin veriliyordu. Ancak onun hatası, yarıştığı sırada Tuaminoheptane'nin sisteminden çıkmamasını sağlamak için gerekli adımları atmamasıydı. Bayan Malkova ne aldığını biliyordu ancak yanlışlıkla bunun yarışma sırasında artık sisteminde olmadığını düşünmüştü. Malkova lehine olan hususlar kararda şu şekilde sıralanmıştır: "En azından, aldığı ilacın yasaklı bir madde içerdiğinin farkındaydı, her ne kadar reşit olmayan bir yetişkin olmasa da, kurallar çerçevesinde yetişkinlik eşiğini henüz yeni aşmıştı, Rinofluimucil'i performans artırıcı amaçlarla değil tedavi amaçlı aldı, tıbbi geçmişi dikkate alındığında, başvurmuş olsaydı TAKİ'den faydalanabilirdi, daha önce Rinofluimucil

Gençlik veya deneyim, iyi niyet çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁰⁹

Çocuklar veya gençler, kendi yaş grubundaki çocuklarla kıyaslanmak üzere kusur değerlendirilmesine tabi tutulmalıdır. Olgun veya erişkinlerde önemli ihmal teşkil eden bir durum genç veya çocuklarda farklı şekilde değerlendirilebilir. Ancak genç, dürüst bir insan olmak ve yalnızca adil ve kabul edilmiş antrenman yöntemlerini kullanarak üstün performans sonuçları geliştirmek, sporcunun anti-doping kuralları kapsamında vücuduna hiçbir yasaklı maddenin girmemesini sağlama görevini ortadan kaldırmaz veya azaltmaz; ayrıca yasaklı maddenin kaynağını açıklama görevini ortadan kaldırmaz.¹¹⁰ Yasaklı madde veya yöntemin bilinmemesi de bir sporcunun genç olması ile açıklanamaz ve mazeret olarak kabul edilemez.¹¹¹ Sporcunun gençliği sadece davranışının ihmalkâr olup olmadığının tespitinde dikkate alınabilir.

Sporcunun karşılaştığı dil veya çevre sorunları da sübjektif kriterler arasında değerlendirilebilir.¹¹² Somut olay koşulları çerçevesinde, dil veya çevresel etmenler ihmalin değerlendirmesinde esas alınacaktır. Ancak bu durum, her şartta dil bilmeme bahanesine sığınacak bir seviyede olmamalıdır. Örneğin, aldığı ürünün bir başka dilde içeriğinin açıklanması, sporcunun bu ürün içeriğindeki araştırmaya yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. En azından makul ve beklenebilir bir araştırma yapması gerekir. Salt yabancı bir dil olması kusurda hafifletici etki yaratmaz.

kullanmıştı ve daha önce hiç pozitif test sonucu çıkmamıştı, milli takım patencilerine verilen anti-doping eğitimini almış olma ihtimalinin düşük olduğu rahatlıkla varsayılabilir, en azından temel konuyu dikkate aldı, yani yarışmadan önce Rinofluimucil'i ne kadar süreyle güvenli bir şekilde kullanabileceğini dikkate aldı, yarışmadan önce güvenli olduğuna karar verdiği Rinofluimucil kullanımından uzak durma süresi açıkça saçma değildi." Sonuç olarak 20 ay hak mahrumiyeti yaptırımı uygulanmıştır.

¹⁰⁹ Arbitration CAS ad hoc Division (OG London) 12/007 International Canoe Federation v. Jan Sterba, award of 6 August 2012.

¹¹⁰ Arbitration CAS anti-doping Division (OG Rio) AD 16/005 IOC v. Xinyi Chen, award of 18 August 2016.

¹¹¹ Arbitration CAS (Oceania Registry) A2/2015 Australian Sports Anti-Doping Authority, on behalf of Cycling Australia v. Jeone Park, award of 17 March 2016.

¹¹² Arbitration CAS 2012/A/2924 Union Cycliste Internationale v. Monica Bascio & United States Anti-Doping Agency, award of 14 June 2013.

Sporcunun aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı da subjektif kriterler içerisinde ele alınacak hususlardan biridir. Ancak bu değerlendirme yapılırken sporcunun aldığı eğitimin kapsamının yanında, sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı da dikkate alınacaktır.¹¹³ Salt kendisine eğitim verilmediğini ileri süremez. Sporcu, eğitime ulaşabildiği halde bu eğitimi almakta ihmalkâr davranmış ise eğitim almaması kusurun hafifletilmesinde dikkate alınmaz.

Basit ve düşüncesiz hareketler de subjektif kriterler arasında değerlendirilebilir. Sorumluluk hukukunda da ihmalin, mutlak manada spor kurallarına riayet edilmesi şeklinde anlaşılmasının adil olmayan sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.¹¹⁴ Belirli şartlarda ve müsaade edilebilir bir alanda, sporcunun kişisel hatalarının da kusurun hafifletilmesinde subjektif kriterler arasında olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, belirli bir ürünü uzun bir süre boyunca olaysız bir şekilde alan bir sporcunun durumu buna örnek gösterilebilir.¹¹⁵ Veya bir sporcunun yüksek düzeyde strese maruz kalması da örnek olarak gösterilebilir.¹¹⁶ Dikkatsiz ama anlaşılır bir hata nedeniyle farkındalık düzeyi azalmış

¹¹³ Arbitration CAS 2012/A/2822 Erkan Qerimaj v. International Weightlifting Federation, award of 12 September 2012.

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Alparslan Şimşek, "Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda

Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (2015)121, 381-402.

¹¹⁵ Arbitration CAS 2011/A/2515 FINA v. Fabiola Molina & Confederação Brasileira de Desportos Aquaticos, award of 10 April 2012 (operative part of 20 December 2011); Arbitration CAS 2016/A/4643 Maria Sharapova v. ITF, award of 30 September 2016.

¹¹⁶ Arbitration CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation, award of 21 September 2012; AAA'nın No. 01-16-0000-6096 sayılı kararında, büyükannesinden boyun ve adet ağrısını dindirecek bir şey isteyen bir sporcunun davranışı değerlendirilmiştir. Büyükanne, sporcuya tanıdık gelen bir hap, yani daha önce kullandığı ve tamamen yasal olan bir ürün (ibuprofen) verdi. Sporcunun hapla ilgili herhangi bir soruşturma yapmaması nedeniyle özen yükümlülüğünü ihlal ettiği açıktır. Ancak heyetin görüşüne göre sporcunun hapı alırken kasıtlı değil, ihmalkâr davranmıştır. Bu sonuca varırken kurul, diğerlerinin yanı sıra, sporcunun ilgili zamanda bir tür istisnai durumda olduğunu dikkate almış ve sporcunun hapı alırken net bir şekilde düşünemediğini, çünkü şiddetli ağrı ve stres yaşadığını tespit etmiştir. Yalnızca çektiği acıyı dindirmek istediğini ve başka hiçbir ikincil hedefi kabul etmediğini belirtmiştir.

222 Yasaklı Bir Madde veya Yasaklı Bir Yöntemin Tespit Edilmesi, Kullanılması veya Kullanılmaya Teşebbüs Edilmesi veya Bulundurulması Anti-Doping Kural İhlallerinde Yaptırımın Belirlenmesinde Kusur Unsuru

bir sporcunun durumunu da kusurun hafifletilmesinde sübjektif bir unsur olarak ele alınabilecektir.¹¹⁷

5. Kusur veya İhmal Olmaması

WADC “Tanımlar” başlığı altında Kusur veya İhmal Olmaması, sporcunun veya diğer kişinin yasaklı bir maddeyi kullandığını veya yasaklı bir yöntemin kendisine uygulandığını bilmediğini veya bir dopingle mücadele kuralını diğer şekillerde ihlal etmiş olduğunu bilmediğini veya bu durumdan şüphelenmediğini ve son derece dikkatli davranmasına rağmen bunu bilmesinin veya bundan şüphelenmesinin makul olarak mümkün olmadığını kanıtlaması olarak tanımlanmıştır.¹¹⁸ Yine aynı tanımda, reşit olmayan bir kişinin durumu hariç

¹¹⁷ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. ITF & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (NADO) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018; Arbitration CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation, award of 21 September 2012; Arbitration CAS 2013/A/3327 Marin Cilic v. ITF & CAS 2013/A/3335 ITF v. Marin Cilic, award of 11 April 2014 (operative part of 25 October 2013).

¹¹⁸ Arbitration CAS 2009/A/1926 ITF v. Richard Gasquet & CAS 2009/A/1930 WADA v. ITF & Richard Gasquet, award of 17 December 2009 vakasında, sporcu restoranda iken yabancı biri tarafından öpüldüğü ve kurul, vücuduna giren kokainin kaynağının bu kadın olduğunu tespit etmiş ve kusur veya ihmali olmadığı sonucuna varmıştır.; Arbitration CAS 2019/A/6482 Gabriel da Silva Santos v. FINA, award of 14 February 2020 sayılı kararına konu olayda, 20 Mayıs 2019’da Santos, yarışma dışı testte idrar örneği vermiş ve numunesinde Clostebol adlı tanımlanmamış yasaklı madde tespit edilmiştir. Clostebol’un Santos’un vücudundaki varlığının kasıtlı olmayan bir davranışın sonucu olduğu taraflarca kabul edilmiştir. Kusuru veya İhmali Olmayan bir sporcunun iddiasıyla karşı karşıya kalan heyet, “(i) Sporcunun ne bildiğini veya şüphelendiğini ve (ii) en üst düzeyde dikkatli olmasına rağmen makul olarak bildiği veya şüphelendiği şey” soruları ile analize başlamış ve sporcu tarafından algılanması gereken riskin derecesini ve sporcunun nelere maruz kalması gerektiğine ilişkin olarak gösterdiği özen ve soruşturma düzeyini dikkate almıştır. Bu hususları dikkate alan CAS, Santos’un bu koşullar altında hatalı veya ihmalkâr olmadığını belirtmiştir. Bu sonuca şu değerlendirmeler ile varmıştır: “Bay Santos, büyükbabası için yapılan ve erkek kardeşinin de kaldığı annesinin evinde bir gecelik konaklamayı da içeren bir kutlamaya katılıyordu. Bay Santos’un, erkek kardeşinin Clostebol içeren Novaderm kremine kullandığına veya kardeşinin bu ilacı kullanmayı gerektiren bir rahatsızlığı olduğuna dair hiçbir bilgisi yoktu. Profesyonel bir sporcunun bilinen ve güvenli bir ortamda yiyecek ve içecekler veya halka açık yerlerde tabak veya bardak paylaşımına yüksek düzeyde özen göstermesi veya hatta bu tür unsurlara ilişkin olarak daha düşük düzeyde özen göstermesi beklenirken, Panel, Bay Santos’un, çok kısa bir süreliğine

olmak üzere, sporcu, madde 2.1'e yönelik bir ihlal için ayrıca yasaklı maddenin kendi vücuduna nasıl girmiş olduğunu da kanıtlaması gerektiği belirtilmiştir.

WADA Kodu madde 10.5. gereği, bir sporcunun veya diğer kişinin bir vakada kusur veya ihmalinin olmadığını kanıtlanması durumunda hak mahrumiyeti cezası uygulanmaz. Yine burada ispat külfeti sporcuda olacaktır ve olasılık dengesi ile ispat yükünü boşaltabilecektir.

SONUÇ

WADC, yaptırımın belirlenmesinde, anti-doping kural ihlalinin kasıtlı olup olmamasına göre sınıflandırma yapmış ve kasıtlı ihlaller kategorisine giren bir ihlal, esnek olmayan 4 yıllık bir hak mahrumiyeti dönemine tabi kılınırken kasıtlı olmayan ihlaller daha esnek bir yaptırıma tabi tutmuştur. Kasıtlı olmayan ihlaller daha fazla indirim olasılığı ile birlikte, maksimum 2 yıllık bir hak mahrumiyeti yaptırımı süresine tabidir.

Sporcu numunesinde yasaklı madde veya metabolitleri veya belirteçleri tespit edildiğinde sonuçlar iptal edilir ve müsabakadan diskalifiye edilir. Sporcunun kusurlu olmasına gerek yoktur. Her olaya özgü şartlar ayrı olmak üzere, müsabaka dışı testler neticesinde tespit edilen bir aykırı analitik bulgu varsa, adalet ilkesi çerçevesinde sonuçların

ne ziyaret ettiği annesinin evinde, aile üyelerinin tıbbi durumları veya tedavileri veya yiyecek ve içecekler dışında herhangi bir yasaklı maddenin varlığı hakkında soruşturma yapmak için hiçbir nedeni olmadığı konusunda tatmin olmuştur. Kardeşinin, genital bölgesindeki bir cilt rahatsızlığının tedavisi için Clostebol kullandığı göz önüne alındığında, bu konunun çok özel doğası göz önüne alındığında, hiçbir zaman konuşmada gündeme gelmemesi tamamen muhtemeldi. Bay Santos, dopinge mücadele yükümlülüklerinin hiçbirini annesine veya erkek kardeşine devretmedi, ancak bunların tüm sorumluluğunu üstlendi. Bay Santos'un kaldığı çevrede ya da Clostebol'la nasıl temasa geçtiğinde şüpheli, hatta uzaktan bile tehlikeli hiçbir şey yoktu. Tam tersine Bay Santos annesinin evinin güvenli ortamındaydı. Bay Santos'a Clostebol'un banyodaki bir havludan ya da kardeşiyle paylaştığı yastıktan bulaşacağı hiç kimse için açık değildi". Burada, en üst düzeyde dikkatli olursa bile, Bay Santos'un, erkek kardeşinin yasaklı bir madde içeren bir cilt rahatsızlığı nedeniyle reçetesiz bir tedavi aldığını veya bu yasaklı maddenin kardeşinin kullanımından aktarılabilceğini keşfetmesi pek olası olmadığı belirtilmiştir. Bir sporcuyu, kısa süreliğine evlerinde ziyaret ederken, aile üyelerinin rahatsızlıklarını ve aile üyelerinin çeşitli madde kullanımını araştırmaya zorlamak mantıksız ve uygulanamaz bir beklenti olduğu belirtilmiştir.

iptaline gidilir. Bunun için de bir sporcunun kusur derecesi, etkilenen spor sonuçları, sonuçların diskalifiye edilmesinin önemli sonuçları, bir sporcunun biyolojik pasaportu, özel sorunlar, ikinci bir aşamada ek hak mahrumiyeti süresi, sonuçların yönetimindeki gecikmeler değerlendirilmeye alınmalıdır.

Sporcuya uygulanacak hak mahrumiyeti yaptırımının tespitinde sporcunun kusur düzeyi dikkate alınacaktır. Bir yükümlülüğe riayet edilmemesi veya belirli bir durum için gereken özenin gösterilmemesi halinde sporcuyu kusurlu kabul edilecektir.

Kastın varlığı halinde 4 yıllık hak mahrumiyeti yaptırımını uygulayacaktır. Kastın olmadığına ispatı sporcunun üzerine düştüğünde, sporcunun, yasaklı maddenin kaynağını ispat etmek zorunda olmayacaktır. Sporcunun kastının olmadığına belirlenmesinde sporcunun göreceli deneyim düzeyi (spor ve anti-doping kural ihlali ile ilgili), sporcunun genel anti-doping eğitimi (veya eksikliği), sporcunun önceki yasaklı madde vakalarına ilişkin farkındalık düzeyi, sporcunun yasaklı madde tüketme motivasyonu, olayı çevreleyen koşullar ve çeşitli katılımcıların ve tanıkların ifadeleri, sporcunun açıklamalarının sisteminde bulunan yasaklı madde seviyeleriyle tutarlılığı gibi hususlar dikkate alınacaktır. Ancak bu hususlar sınırlı sayıda olmayıp her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.

Sporcunun önemli bir kusur veya ihmalinin olmaması halinde yaptırım 2 yılın da altına inecektir. Bu durumda sporcunun kusur derecesine göre yaptırım belirlenecektir. Sporcunun önemli bir kusur veya ihmali varsa yaptırım 2 olacaktır. Normal/orta dereceli ihmali varsa 12 aydan fazla ve 24 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 18 aylık hak mahrumiyetidir. Sporcunun kusur derecesi hafif ihmal ise 0 aydan fazla ve 12 aya kadar bir yaptırım aralığında yaptırım uygulanacaktır ve orta/normal derecede standart yaptırım 6 aylık hak mahrumiyetidir. Ancak anti-doping kural ihlali tanımlanmamış bir madde veya yöntemden kaynaklı ise, kusur derecesi hafif olsa dahi, yaptırım bir yılın altında olmayacaktır.

Kural olarak, kusur derecesinin önemli, normal/orta veya hafif olup olmadığının tespitinde objektif kriterler esas alınacaktır. Makul ve ortalama zekaya sahip bir sporcunun göstermesi gereken davra-

nış esas alınacak ve her olay kendi içerisinde değerlendirilerek sonuca gidilecektir. Bu kusur dereceleri içerisinde, sonuç yaptırımı tespit ederken sporcunun kendi özel durumu ışığında o sporcudan ne beklenebileceğine ilişkin sübjektif kriterler esas alınacaktır. Bir sporcunun gençliği ve/veya deneyimsizliği, karşılaştığı dil veya çevre sorunları, aldığı anti-doping eğitiminin kapsamı (veya sporcunun makul olarak erişebildiği anti-doping eğitiminin kapsamı), kişisel hatalar gibi unsurlar sübjektif kriterler arasında yer almaktadır. Ancak bunlar sınırlı sayıda olmayıp her olay ölçeğinde, olayın gerçekliği ile ilgili olarak değerlendirmeler yapılmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (8. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Hatemi Hüseyin ve Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- İmre Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes'uliyet Halleri, İstanbul 1949.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara 2005.
- Koçhisaroğlu Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990.
- Nomer Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (10. Baskı), Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Oğuzman M. Kemal/ÖzmTurgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Tandoğan Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Tekinay S. Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, (7. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

Makaleler

- Connolly Ryan "Balancing the Justices in Anti-Doping Law: The Need to Ensure Fair Athletic Competition Through Effective Anti-Doping Programs vs. the Protection of Rights of Accused Athletes", *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, (2006)5/2, 41-80.
- De La Rochefoucauld Estelle, "CAS, Jurisprudence Related to the Elimination or Reduction of the Period of Ineligibility for Specified Substances", *CAS Bulletin*, (2013), 18-27.
- Kaneti Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (s. 29-66), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Mannien Markus/Nowicki Brent J., "Unless Fairness Requires Otherwise" A Review of Exceptions to Retroactive Disqualification of Competitive Results for Doping Offenses", *CAS Bulletin*, (2017) 2, 7-18.
- Mclaren Richard, "Exceptional Circumstances: Is it Strict?", *International Sports Law Review*, (2005)2, 32-37.
- Oschunz Frank, "Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration: The Case Law of the Court of Arbitration for Sport", *Marguette Sports Law Review*, (2002)12/2, 675- 702.
- Özsunay Ergun, "Türk Hukukunda İşleten'in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından "Kusur"un Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 Ankara, (67-128), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul 1980.
- Rigozzi Antonio/Haas Ulrich /Wisnosky Emily/Viret Marjolaine, "Breaking down the process for determining a basic sanction under the 2015 World Anti-Doping Code", *International Sports Law Journal*, (2015)15, 3-48.
- Soek Janwillem, "The Legal Nature of Doping Law", *International Sports Law Journal*, (2002)2, 2-7.
- Şimşek Alparslan, "Dopingle Mücadele Kural İhlali Halinde Kusursuz Sorumluluk ve İspat Külfeti", (2015)117 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)117, 363-378.
- Şimşek Alparslan, "Spor Müsabakalarında Meydana Gelen Bedensel Zararlarda Sporcunun Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2015)121, 381-402.
- Vender Christopher, "The IAAF Heritage Two Decades of Arbitration in Doping Related Disputes", *International Sports Law Journal*, (2015)3/4, 17-18.
- Vieweg Klaus, "The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence (Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position", *Marguette Sports Law Review*, (2004)15-1, 37-48.
- Viweg Klaus/Paul Christian, "The Definition Of Doping and the Proof of a Doping Offence", *The International Sports Law Journal*, (2002)1, 2-6.

AUGUSTUS DÖNEMİNE VE AUGUSTUS KANUNLARINA GENEL BİR BAKIŞ

AN OVERVIEW OF THE AUGUSTUS PERIOD AND THE AUGUSTUS LAWS

Ümit Vefa ÖZBAY*

Özet: Augustus, M.Ö. 27 – M.S. 14 yılları arasında hüküm sürmüş ve Roma tarihinde önemli iz bırakmış bir kişidir. Başarıyla çıktığı siyasi mücadelelerden sonra, kendisinden önceki cumhuriyet döneminde hiçbir consul'un sahip olmadığı bir gücü ele geçirerek hukuki düzenlemeleri yönlendirmiş ve Roma Hukukunu ve Roma halkını şekillendirmeye çalışmıştır. Onun bu faaliyetleri Roma Hukuku için büyük bir değişimdir. Çünkü 500 yıla yakın sürmüş cumhuriyet dönemi boyunca mümkün olmayan bir şey gerçekleşmiş; kanunlar ve kanunlarda yapılan değişiklikler büyük ölçüde tek kişinin amaçları ve politikaları doğrultusunda şekillenmiştir. İşte bu nedenle Augustus'un sistem değişikliği hukuk üzerinde derin bir etkiye sahip olmuştur. Sistem değişikliğinin yanı sıra Augustus pek çok hukuki düzenleme ile toplumsal müdahalelerde de bulunmuştur. Çalışmada Augustus'un kanunlara yön verecek kadar siyasi gücü ne şekilde elde ettiği kısaca özetlenmiş, ardından Augustus dönemi düzenlemeleri tek tek ele alınarak bu düzenlemeler ışığında klasik hukuk dönemi Roma Hukukunun ilk yıllarına bakış atılmış ve Augustus'un hukuki anlayışı, neleri değiştirmeye çalıştığı ve yaptıklarının Roma Hukukuna etkileri değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, Klasik Hukuk Dönemi, Aile Hukuku, Augustus

Abstract: Augustus ruled between 27 BC- 14 AD and left important traces in Roman history. After winning hard-fought political battles, he made legal arrangements by seizing a power that no consul had ever had in the Republican period before him. With these regulations, he tried to shape Roman Law and the Roman people. These activities of his are a great change for Roman Law. Because something that was not possible during the nearly 500 years of the Republican period was realized; the laws and the changes made in the laws were largely shaped in line with the aims and policies

* Dr. Öğretim Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, uvozbay@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1391-869X, Makalenin Gönderim Tarihi: 29.03.2024, Kabul Tarihi: 17.05.2024

of a single person. This is why Augustus' change of system had a profound impact on the law. In addition to the system change, Augustus also made social interventions with many legal regulations. This study briefly summarizes how Augustus gained enough political power to shape the laws, and then discusses the regulations of the Augustan period one by one. In this way, the first years of Roman Law in the classical law period are analyzed and Augustus' legal understanding is observed and the effects of his actions on Roman Law are evaluated.

Keywords: Roman Law, Classical Law Period, Family Law, Augustus

GİRİŞ

Lisans eğitimi sırasında Roma Hukuku dersi anlatılırken öğrencilerin söz konusu hukuki sistemini daha iyi anlayabilmeleri için Roma tarihinden, özellikle de Roma'nın siyasi dönemlerinden bahsedilir. Bu yöntem Roma Kamu Hukuku hakkında bilgi verdiği gibi aynı zamanda öğrencilerin günümüz Kıta Avrupası'nın temeli olan hukuk sisteminin hangi siyasi organlar aracılığıyla, hangi dönemlerde ve hangi şekilde ortaya çıktığı konusunda da fikir sahibi olmasında yardımcı olur. Bu açıklamalar yapılırken öğrencinin derse olan ilgisini arttırmak amacıyla da Roma tarihinden çeşitli olayların aktarılması ve Roma tarihinde iz bırakmış çeşitli kişilerin tanıtılması oldukça faydalıdır. Bu yöntem içerisinde; öğrencilerin her zaman ilgisini en çok çeken *Caesar*, kötü yöneticiliğine rağmen önemli emirnameleri¹ ile Roma Hukuku anlatılarında hep kendine yer bulan *Caracalla*, felsefik yönleriyle *Marcus Aurelius* ve hepsinden önemlisi Roma Hukukunun günümüz Kıta Avrupası'nın temeli olmasında büyük rolü olan *Iustinianus* en çok zikredilen isimlerdir. Çalışmamızın konusu olacak olan *Gaius Octavius* (*Augustus*²) ise gerek bu anlatılarda gerekse de farklı tarih anlatıla-

¹ En önemli örneği Roma topraklarındaki bütün imparatorluk uyruklarına yurttaşlık tanınmasıdır. Bknz. Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016, s. 150-151.

² Augustus; Gaius Octavius olarak doğduktan sonra Iulius Caesar'ın ismini alarak Gaius Iulius Caesar oldu. Ailesinin ismini belirtecek Octavianus ismini ise kendisi tercih etmezken düşmanları kullandılar. M.Ö. 27 yılında ise kendisine senatus tarafından Augustus unvanı verildi. Günümüzdeki eğilim ona M.Ö. 27 yılına kadar Octavius, bu tarihten sonra ise Augustus olarak hitap etmektir. Bknz. Adrian Goldsworthy, *Augustus: Roma'nın İlk İmparatoru* (Çev: Samet Özgüler), Kronik Kitap, İstanbul 2020 s. 18. Çalışmamızda hukuk konusunda inceleme yaparken M.Ö. 27'den sonraki döneme odaklanacağımız için biz de metin içinde bu dönem sonrası açıklamalarımızda Augustus ismini kullanacağız.

rında, Roma'nın ilk imparatoru olarak anılmasına rağmen kendisine daha az yer bulur. Oysa *Augustus*'un Roma tarihindeki izi çok daha büyüktür. Goldsworthy'nin ifadesiyle³ "*Augustus* ve onun mirası ile karşılaşmadan Roma tarihi çalışamazsınız". *Augustus* cumhuriyeti örtülü bir monarşi ile değiştiren kişidir ve yaptığı değişiklik imparatorluğa 250 yıllık bir istikrar sağlamıştır.⁴ *Augustus* dolaylı olarak da olsa Roma Hukukunun güçlü bir hukuk sistemi haline gelmesine en çok katkı vermiş kişilerden birisidir. Roma Hukukunun en parlak dönemi olarak anılan klasik hukuk döneminin M.Ö. 27'de başladığı kabul edilir ve söz konusu tarih *senatus* ve Roma halkı tarafından kendisine *Augustus* isminin verildiği ve Roma devleti için *Augustus princeps*'liğinde *principatus* döneminin başladığı tarihtir. *Augustus*'un başlattığı bu dönem Roma tarihinin en zengin zamanı olarak bilindiği gibi *Pax Romana*'nın⁵ da başlangıcıdır. Bahsi geçen huzur ortamında da hukukun gelişimi güçlenmiş ve hızlanmıştır. Bu bakımdan *Augustus*'u, Roma Hukukunun klasik dönemdeki güçlü şeklini almasına vesile olmuş olan bir huzur dönemini Roma'ya yaşatan yönetici sıfatıyla Roma Hukukunun gizli kahramanlarından birisi olarak değerlendirmemizde büyük bir yanlışlık söz konusu olmayacaktır.

Çalışmamızda ise *Augustus*'un siyasi başarılarına odaklanmak ve Roma topraklarına getirdiği barış ile Roma Hukukuna dolaylı katkısını açıklamak yerine, bu başarılı siyaset adamının hukuk anlayışına odaklanacağız ve *Augustus*'un *Princeps* olduğu dönemde yapılan hukuki düzenlemeleri incelemeye çalışacağız. Amacımız "klasik hukuk dönemini başlatan adam" diyebileceğimiz *Augustus*'un örtülü bir monarşi yönetimine geçirdiği Roma'da ne amaçla, neleri değiştirmeye ça-

³ Goldsworthy, s.13.

⁴ Goldsworthy, s.13.

⁵ Roma barışı anlamına gelen bu deyiş ile *Augustus* zamanından başlayarak iki asra yakın süren barış ve sükûnet devri kastedilir. Bu dönemde geniş imparatorluğun içinde hiçbir karışıklık çıkmamış ve diğer dönemlere nazaran bir huzur atmosferi hüküm sürmüştür. Bknz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1983, s. 154. Bu dönemin barış dönemi olarak isimlendirilmesi zaman zaman yanlış anlaşılmalara mahal vermektedir. Barış ile kastedilen Roma'nın iç barışıdır. Yoksa Roma'nın dışı karşı yayılmacı politikası devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz; Esengül Akıncı Öztürk, "*Augustus*'un Yayılmacı Politikasının Doğası Üzerine", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C.37, S. 63, 2018.

lıştığını gözlemlemektir. Bunun için ise konudan sapmadan ilk önce kısaca *Augustus*'un yaşamı hakkında bilgi vereceğiz ve ardından, istikrarlı kurumlar oluşturarak bahsi geçen yeni yönetim biçimini ayakta tutmaya çalışan *Augustus*'un ne gibi kanunlar çıkartarak bu saikini elde etmeye çalıştığını inceleyeceğiz.

I- AUGUSTUS - “HER ŞEYİ BİR İSME BORÇLU OLAN BİR OĞLAN”

Gelecekte *Augustus* olarak anılacak olan adamın ailesi Roma'nın yaklaşık 3 kilometre güneydoğusundaki *Velitrae* kasabasından gelmekteydi. Babası *Gaius Octavianus* atlı sınıfından bir şövalye idi. Zaman içinde *senatus*'a da dâhil olarak geleceği parlak bir senatör haline geldi, ancak bu parlak geleceği göremeyerek, oğlu (*Octavius*) 4 yaşındayken öldü. Aslında sade bir kökenden gelmekteydi ancak hayattayken kurduğu önemli bir bağ hem oğlunu hem de Roma tarihini fazlasıyla etkiledi. Söz konusu bağ, *Gaius Octavianus*'un, *Iulius Caesar*'ın yeğeni *Atia* ile evlenmesi ile kuruldu. Bu evliliğin doğrudan Roma siyasi tarihini ve önsözde açıklandığı üzere dolaylı olarak da Roma Hukukunu ne kadar etkilediği bilinen bir gerçektir. Bahsi geçen evlilik sonucu M.Ö. 23 Eylül 63 yılında dünyaya gelen *Octavius*, ileride Roma'nın en güçlü kişisi haline gelecek olan *Caesar*'ın mirasçısı haline gelmişti. *Marcus Antonius*'un *Octavius*'u küçümsemek için kullandığı “her şeyi bir isme borçlu olan oğlan”⁶ ifadesi de bu evliliğe dayanır. *Caesar* tarafından evlat edinilen, onun baş mirasçısı haline gelen ve mirasının dörtte üçüne sahip olan *Octavius*; bu şansını zekâsı ve siyasi becerileri ile birleştirerek cumhuriyet dönemi sonundaki Roma'nın siyasi yapısındaki değişikliklerin başrol oyuncusu⁷ olacaktır.⁸

⁶ Goldsworthy, s. 19.

⁷ Suetonius'a göre Augustus (*Octavius*) ölmeden önce hayat denilen bu oyunda rolünü iyi oynayıp oynamadığını sormuş ve eğer oyun hoşunuza gittiyse oyunu alkışlayın ve bizi alkışlarla yollayın” demiştir. Bknz. *Gaius Suetonius Tranquillus, Oniki Caesar'ın Yaşamöyküsü* (Çev: Güngör Varınlıoğlu), Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2017, s. 64; Fik Meijer, *İmparatorlar Yataklarında Ölmez* (Çev: Gürkan Ergin), Homer Kitapevi, 2006 İstanbul, s. 29.

⁸ Suetonius, s. 64; Werner Eck, *Augustus Dönemi* (Çev: Deniz Berk Tokbudak), Doruk Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 24-25; Mary Boatright/Daniel Gargola/Richard Talbert/Noel Lenski, *Romalıların Kısa Tarihi* (Çev: İrem Kısacık), Alfa Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 178.

Dünya tarihindeki en ünlü suikast⁹ gerçekleştiği sırada 18 yaşında olan *Octavius*, dayısı *Caesar*'ın öldürüldüğü haberini alır almaz eğitim gördüğü Apollonia'dan ayrılmış, İtalya'ya yelken açmıştı. Yurduna döndükten sonra *Caesar*'ın mirasçısı olmayı kabul etmiş ve *Caesar*'ın servetinin ve siyasi gücünün varisi olmuş ayrıca ismini taşımaya hak kazanarak *Gaius Iulius Caesar* olmuştur. Bu noktadan sonra neler başardığı ve ne şekilde *Augustus* ünvanını hak ettiği apayrı bir yazı konusu olur.¹⁰ Hukuka odaklanmak adına bu konuya girmiyoruz. Ancak Rüstow'un deyişiyle özetlersek; *Augustus*'un imkânsız olanı mümkün kıldığını, *Octavius* iken gücü ele geçirmek için olması gereken "fena insan" olabildiğini, *Augustus* olarak ise elde ettiği gücü devletin yararına kullanabilmesi için olması gereken iyi insan olduğunu söyleyebiliriz.¹¹ Gerçekten de önceleri, katledilen *Caesar*'ın evlatlığı ve öç alıcısı sıfatıyla tipik eli kanlı bir savaş beyi iken, bir *princeps* olarak sorumluluk sahibi, bilgelik ve merhamet örneği olarak tarih sahnesinde yer almıştır. *Principatus* dönemi başlangıcında *Augustus* bir *edictum*'unu şöyle bitirmiştir; "Devleti sağlam ve tamam olarak kendi temeli üzerine yerleştirmek ve bunun için gaye bildiğim mükâfatı almak bana nâsip ola: En iyi nizamın yaratıcısı diye anılmak ve öldüğümde, devletin, benim tarafımdan atılan temellerinin sarsılmadan yerinde kalacağı ümidini beraberimde götürebilmek¹²..." Bunu başaramadığını söyleyemeyiz. *Octavius* (ya da M.Ö. 27'de resmen tanındığı şekliyle *Augustus*¹³) MS 14'deki ölümüne kadar Roma siyasi yaşamına hükmederek tarihe geçmiştir. Bunu yaparken de Roma siyasetini, ordu yapısını adeta baştan yaratmış ve Roma kültürünün önemli ölçüde değişme-

⁹ Üzerinden 2000'den fazla yıl geçmesine rağmen hala üzerine konuşulduğu, tartışıldığı, film ve dizilerin çekildiği gerçeklerine dayanarak bu kaniya varılmıştır.

¹⁰ Bu konuda detaylı bilgi için Werner Eck'in "Augustus dönemi" ve Adrian Goldsworthy'nin "Augustus" isimli eserleri incelenebilir.

¹¹ Alexander Rüstow, "Roma İhtilâli ve İmperator Augustus", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 5, S. 1-4, s. 337.

¹² Rüstow, s. 338.

¹³ Augustus kendisine ilk önce Romulus ismini almak istemişti. Böylece Roma'nın kurucusunun ismini taşıyacaktı. Ancak kısa süre içinde bu düşüncesinden vazgeçti, devlet kurmak için kardeşini öldüren birisinin ismini almak iyi bir fikir olmayabilirdi. Simon Baker, *Eski Roma: Bir İmparatorluğun Yükselişi ve Çöküşü* (Çev: Ekin Duru), Say Yayınları, İstanbul 2017, s. 165. İsmi kökeni "kutsal işaretler" anlamına gelen auguri kelimesinden gelmektedir. Özlem Söğütlü Erişgin, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.177, Baker, s. 165.

sine sebep olmuştur.¹⁴ Yaptığı bu değişiklikler ise imparatorluğa 250 yıllık bir istikrar sağlamıştır. Kendisinin değişimiyle; “19 yaşında kendi girişimimle ve masraflarını kendim üstlenerek bir ordu kurdum ve bu orduyla bir hizbin hükümlüğü altında ezilmiş olan devletimizi yeniden özgürlüğe kavuşturdum.”¹⁵

II- PRİNCİPATUS SİSTEMİ VE AUGUSTUS TARAFINDAN UYGULANIŞI

Caesar'ın Roma idari yapısını yenileme projesi vardı ancak ömrü bu projeyi tamamlamaya yetmedi. Roma'nın yenilenmesi işini gerçek anlamda başaran ise *Augustus* olmuştur.¹⁶ Dayısı *Caesar* öldürüldüğünde o zamanlar *Octavius* olarak anılan *Augustus* güç kazanmak adına *Marcus Antonius* ile iş birliği yaparak *Caesar*'ın katillerini ortadan kaldırmış ve bu şekilde ciddi anlamda siyasi güç ve ün kazanmıştı. *Octavius* ve *Antonius* M.Ö. 36 yılına kadar *Lepidus* ile paylaşmış oldukları¹⁷ Roma Devleti'ni birlikte yönettiler. Ancak zaman içinde tarafların anlaşamaması *Actium* savaşına yol açtı ve bu savaştan başarı ile çıkan *Octavius* Roma'nın en güçlü kişisi haline geldi. Artık tek yapması gereken bu gücünü meşrulaştırmaktı.¹⁸ Bu amacı doğrultusunda *principatus* adı verilen yeni bir yönetim biçimi kurdu. Roma'da M.Ö. 27 yılında başlayan bu dönem gerçekte bir imparatorluk dönemidir. Hatta birçok kaynakta *Octavius*'tan (metnin bundan sonraki kısmında *Augustus* olarak anılacaktır) Roma'nın ilk imparatoru olarak bahsedilir. Ancak siyasi bakımdan M.S. 284'e kadar süren bu yönetim biçimi, bu tarihten sonraki yönetim biçiminden oldukça farklıdır. Bu bakımdan Roma'nın imparatorluk dönemini M.Ö. 27 itibarıyla başlatan tarihçiler bile bu tarih aralığını imparatorluktan ayırarak “ilk imparatorluk” olarak isimlendirirler.¹⁹

¹⁴ Mary Beard, SPQR – Antik Roma Tarihi (Çev: İrem Sağlamer), İstanbul 2018, s. 340.

¹⁵ Augustus, Ankara Anıtı (Çev: Çiğdem Dürüşken), Kabalıcı Yayınları, İstanbul 2009, s. 29.

¹⁶ Halide Gökçe Türkoğlu, “Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2009, s. 279.

¹⁷ Bu üç kişinin güçlerini birleşmesi ile kurulan birliğe Roma tarihinde II. Truimvirlik denir. İlk truimvirlik ise *Caesar*, *Crassus* ve *Pompeii*'den oluşmaktadır.

¹⁸ Akıncı Öztürk, s. 9; Nadi Günel/Mehmet Üçer, *Roma Hukuku Kavram ve Kurumları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 45.

¹⁹ Karadeniz Çelebican, s. 26.

Söz konusu sistemi *Augustus* Ankara Anıtı'nda (*Res Gestae Divi Augusti*²⁰) şöyle özetlemektedir; “Altıncı ve yedinci *consul*'lüklerim sırasında, iç savaşın alevlerini söndürdükten sonra, toplumun onayını alarak her konuda mutlak hâkimiyet elde ettiğim halde, devleti kendi iktidarımından *senatus*'a ve Roma Halkının özgür iradesine devrettim. (...) Bu tarihten itibaren yetki açısından herkesin üstündeydim ama sahip olduğum güç herhangi bir mevkiyi paylaştığım meslektaşımдан farklı değildi.²¹”

Augustus bu sistemi getirdiğinde beş yüz yıla yakın bir süredir cumhuriyet (M.Ö. 509 – M.Ö. 27) ile yönetilmekteydi. Roma Cumhuriyeti halk meclisi tarafından ve bir yıl boyunca devleti yönetmek üzere seçilen iki *consul*'ün²² iktidarı paylaştığı bir yönetim biçimiydi. İki *consul*'ün her şeye yetişememesi nedeni ile belli işler başka kişilere dağıtıldı ve bunlara *magistra* denildi. Bunlar dışında halk meclisleri ve *senatus* da bu sistemin çok önemli parçaları idi. Özellikle *senatus* hem halk meclislerinin kabul ettiği kanunların onaylanması görevini görüyor, hem de görüşleriyle devletin önemli işlerini yönlendiriyordu.²³

Augustus'un kurduğu bu yeni sistem ise, yüzeysel ve belki biraz da safça bakılır ise cumhuriyeti ve organlarını (halk meclisleri,²⁴ *senatus*, *consul*'ler²⁵ vs) korumayı hedefleyen, sadece istikrarı sağlamak adına bu yönetim biçiminin başında sürekli ama yetkileri kısıtlı bir

²⁰ Augustus'un yaptığı işler anlamına gelen ifade. Augustus'un hayatının son zamanlarında yazdığı ve kendi hayatından bahseden bu yazının genişçe bir özeti Ankara Anıtı üzerinde muhafaza edilmektedir. Umur, s. 181.

²¹ Augustus, s. 19.

²² Cumhuriyet döneminde *consul*'ler devlet iktidarını fiilen kullanma yetkisine sahip olan organdır ve halkın temsilcisi kabul edilirler. Devleti yönetme yetkisi yanında devletin askeri, kazai, idari, mülki ve icrai bütün yetkileri *consul*'e aitti. Söğütlü Erişgin, s. 61.

²³ Karadeniz Çelebican, s. 23.

²⁴ Augustus zamanında halk meclisleri *magistra*'ları seçmeye ve kanun tekliflerini değerlendirmeye devam ettiler. Augustus halk meclislerinin görevi gereği gibi yerine getirebilmesi için çeşitli kanunlar çıkartmış, uzaktaki vatandaşların da iradelerini yansıtabilmeleri için oyların yazılı olarak gönderilebileceği bir sistem oluşturmuştur. Söğütlü Erişgin, s. 197.

²⁵ Principatus döneminde de *consul*'lük makamı iki *consul* şeklinde varlığını sürdürdü. Ancak bu dönemde *consul*'ler cumhuriyet döneminde sahip oldukları askeri, idari ve icrai yetkileri princeps lehine kaybetmişlerdi. *Consul*'ler sadece yargı alanındaki yetkilerini korudular. Söğütlü Erişgin, s. 192.

yöneticinin durduğu bir sistemdi. Resmi yetkilerinin çoğu *Augustus'*a *senatus* tarafından verilmiş ve tamamen cumhuriyetçi bir formatla şekillendirilmişti.²⁶ *Principatus* sistemi esas itibariyle cumhuriyet dönemi kurumları ile monarşi kurallarının karıştırılması ve birleştirilmesi sonucu meydana gelmişti.²⁷ *Augustus* kendi isteğiyle kısıtladığı bu yetkiyi kullanırken bir saltanatı çağrıştıran unvan kullanmayı da istemedi. Bu sebeple *dominus* gibi unvanları kullanmayı reddetti. Tercih ettiği unvan *princeps*²⁸ oldu.²⁹ Ancak aşağıda açıklanacağı gibi; bütün bunlar monarşiyi gizlemeye yarayan incecik bir tül den ibaretti.

Princeps, *senatus* tarafından seçilmekteydi ve bu seçimin halk meclislerince onaylanması gerekiyordu. Yetkinin halk meclisi ve *senatus* tarafından verilmesi nedeniyle kısıtlı yetkileri olan bir organmış gibi görünse de aslında yetkileri çok genişti. Orduların komutanı, halk meclisi başkanı, eyaletlerin yöneticisi gibi sıfatları taşıyabilen *princeps* zaman içinde savaş ve barış ilan etmek, asker toplamak ve terhis etmek, din işlerini yönetmek, yurttaşlık hakkı tanımak gibi birçok yetkiyi kendi bünyesinde toplamıştı. Ülkenin her yerindeki ordular *Augustus'*u generalleri olarak kabul ediyorlardı. *Augustus*, *Pontifex Maximus* ünvanı ile antik Roma dininin tüm kontrolünü de elinde tutuyordu. Bütün bu yetkileri ömür boyunca taşımak üzere alması da kısa dönem devlet yöneticilerinin *Augustus* karşısında güçsüz kalmasına neden oldu.³⁰

Bunun yanında hukuk bakımından da yetkileri vardı. Kural olarak kanun koyma yetkisi yoktu ancak *senatus'*a kanun önerileri getirebilir-

²⁶ Beard, s. 356.

²⁷ Recai Galip Okandan, *Roma Amme Hukuku*, İstanbul 1944, s. 135.

²⁸ Kelime olarak *princeps*, *primus* (ilk) kökünden gelmektedir ve yurttaşların ilki, bir numaralısı anlamını taşımaktadır. Bknz. Karadeniz Çelebican, s. 27. Kuruluşunu orduya borçlu olan bu yönetim biçimini Augustus mülki bir esasa dayandırmak ve her türlü askeri çağrışımından uzak tutmak istemiştir. Bu bakımdan askeri unvanlar yerine yurttaşlardan birincisi anlamını taşıyan bir unvan taşınması amacına uygundur. Okandan, s. 137.

²⁹ Patricia Southern, *Augustus*, Routhledge, New York 2014, s. 183; Boatright/Gargola/Talbert/Lenski, s. 190; Peter Jones, *Geldim Gördüm Yendim - Romalılar Hakkında Bilmek İsteyeceğiniz Herşey* (Çev. Funda Sezer), Say Yayınları, İstanbul 2016 s. 211; Mandell Creighton, *Roma Tarihi*, (Çev. C. Güneş İspir) Dorlion Yayınları, Ankara, 2021, s. 102; Stearns Davis *Princeps* ünvanının imparator unvanı ile eş olduğunu farz etmiştir. Bknz. William Stearns Davis, *Roma İmparatorluğu Tarihi* (Çev. Elif Bulanalp) Ark Yayınları, İstanbul 2020, s. 45.

³⁰ Davis, s. 46.

di. Öte yandan *princeps* bir *magistra* olarak beyanname çıkartabilirdi. Zamanla bu beyannameler, anlaşmazlıkların çözümü için verdiği kararlar ve kendisine bağlı eyaletlere gönderdiği talimatlar kanun gücü kazandılar. Ayrıca hem özel hukuk hem de ceza davalarını isterse kendi atayacağı hukukçular isterse de doğrudan kendisi yönetebilmekteydi. Başka yargıçların verdiği kararlar bakımından da bir itiraz mercii olarak görev alıyordu.³¹

Princeps, tıpkı diğer vatandaşlar gibi kanunlara uymak ile yükümlüydü. Dolayısıyla kural olarak kanunların üzerinde bir makam değildi. Ancak bazı kanunlarda *princeps*'in bağlı olmayacağı kurallar ve kanunlar hakkında istisnalar mevcuttu. Zaman içerisinde bu istisnaların sayısı o kadar arttı ki sonunda "*princeps*'in kanunlarla bağlı olmayacağı" kuralı ortaya çıktı ve *princeps* kanun üzeri bir konum elde etmiş oldu.³²

Princeps'in bu geniş yetkileri ve kanun üstü konumu, dışarıdan baktığında mevcudiyetini sürdürdüğü ve yerinin korunduğu düşüncesi söz konusu olsa da cumhuriyet döneminin organlarını özellikle de *magistra*'ları epey zayıflatmaktaydı. Ancak görünürde bu mutlak hükümdarın asil rakibi *senatus* idi. *Augustus* güç sahibi olunca ilk olarak kanun tekliflerini onaylayan (*senatus consulta*) ve resmi davalarda yüksek mahkeme görevi gören *senatus* üyelerini, kendi çevresinden yeni senato üyeleri ile değiştirdi. Bu değişiklikle tüm önemli davalarda söz sahibi olmayı garantiledi.³³ Bunun yanında *senatus*'un da görevini azaltmak amacı ile *praefectus vigilum*,³⁴ *praefectus annonae*,³⁵ *praefectus urbi*³⁶ gibi temsilciler atayarak *senatus*'u iyice silik bir hale getirdi.³⁷

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde cumhuriyet sisteminin sözde devam ettiği gözlemlenebilir. *Augustus* bir monark olmadığını iddia ediyordu, cumhuriyeti yeniden kurduğunu söylüyordu. Ona göre *principatus* sistemi hukuki, meşru ve mevcut kanunlara ta-

³¹ Karadeniz Çelebican, s. 29, Söğütlü Erişgin, s. 185.

³² Söğütlü Erişgin, s. 185.

³³ Davis, s. 49.

³⁴ Roma şehrinin düzen ve asayışı ile ilgili görevli yüksek memur. Umur, s. 163-164.

³⁵ Besinler, yeme- içme (iaşe) ve buğday dağıtımı ile ilgili görevli. Umur, s. 163.

³⁶ Roma şehrinin inzibati ile görevli vali. Umur, s. 163.

³⁷ Türkoğlu, "idari yapı", s. 279.

mamen uygun şekilde kurulmuştu.³⁸ Augustus resmi olarak devletin kontrolünü *senatus*'a bıraktı. Ama *consul*'lük, başrahiplik gibi yetkileri elinde tuttu. (Bu durum *Cato* ve *Cicero*'nun karşı çıkacağı bir tutumdur) *Augustus* büyük bir başarı ile halkı cumhuriyet sisteminin devam ettiğine ikna etmiş ancak perde arkasında kendi yetkilerini arttırarak devletin kontrolünü eline almıştı. Onun uyguladığı "dost yüzlü bir monarşiydi."³⁹ Cumhuriyetin bir hiç olduğunu ve her sözünün bir kanun olacağını açıkça ve korkusuzca ifade eden dayısının (*Caesar*) aksine; *Augustus senatus*'un onur ve haysiyetinden ve kendisinin cumhuriyete olan saygısından söz edip durmaktaydı. Ancak gerçekte iktidarının özü ve biçimi birbirinden farklıydı, bütün hareket ve icraatlarının otoriter bir yönetim kurmaya yönelik olduğu da açıktı.⁴⁰ *Augustus* bir taraftan iktidarı kendi kişiliğinde toplamaya ve kendi arzu ve hırslarını gerçekleştirmeye çalışırken, bir taraftan da kurduğu sistemi kamu hukuku ilkelerine uygun hale getirmeye ve meşru bir görünüm kazandırmaya çalışmıştı.⁴¹ Cumhuriyetin kurumlarını kaldırmamış ancak içeriğini boşaltmış, bunu bir huzur ortamı içerisinde ve naziklikle başarmış; Montesquieu'nun deyişi ile Romalıları "yumuşaklıkla esarete sürüklemiştir."⁴²

Roma halkı ve *senatus* cumhuriyetin yavaş yavaş yerini tek adam yönetimine bırakmasını izledi. *Augustus* attığı her adım ile bu geçişin güvenli olduğuna halkı inandırmıştı, inanmayanları ise zorla ikna etti. Ve kendisini vazgeçilmez kıldı.⁴³ Her şeye karşın, *Augustus*'un yönetimi ve yaptığı zekice hamleleri hem Roma'nın o dönemki sıkıntılarını çözüm olmuş, hem de Roma egemenliğine girerek sömürülen ve yıpranan eyaletlerin yaralarını sarmış, bu halkların Roma'ya karşı oluşan memnuniyetsizliklerini ciddi anlamda ortadan kaldırmıştır.⁴⁴ Birkaç

³⁸ Okandan, s. 139.

³⁹ Barry Strauss, *Jül Sezar'ın Ölümü* (Çev. Ekin Duru), Say Yayınları, İstanbul 2015, s. 303 - 304; Neil Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu* (Çeviren: Çağdaş Sümer), Yordam Kitap, İstanbul, 2008, s. 205-206.

⁴⁰ Faulkner, s. 205-206.

⁴¹ Okandan, s. 147.

⁴² Montesquieu, *Romalıların Yükselişi ve Çöküşü* (Çeviren Ahmet Saki), Köprü Kitapları, İstanbul 2014, s. 100.

⁴³ Baker, s. 182.

⁴⁴ Ayşe Sönmez Yakut, "Augustus Dönemi Hellen Dünyasına ve Edebiyatına İlişkin Düşünceler", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 36/S. 62, 2017, s. 78.

adım geriye çekilip bakıldığında onun dönemi *Pax Romana*'nın başlangıcı ve Roma'nın en zengin ve huzurlu zamanlarıdır. Yine Roma Hukuku'nun en parlak dönemi kabul edilen klasik hukuk dönemi onunla başlar. (M.Ö. 27 – M.S. 250) Bir yandan hükümet ve devlet yönetimi alanlarında kapsamlı reformlar gerçekleştirdi, bir yandan devletin sınırlarını geliştirdi.⁴⁵

Güdüleri ne olursa olsun *Augustus* iyi bir yönetim dönemi geçirmiş ve Roma tarihine çoğunlukla iyi anılan bir yönetici olarak geçmiş, kendisinin çelişkilerini ortaya koyanlarca bile; gücü bir kez elde ettikten sonra halkın iyiliği için kullandığı ve sergilediği “pandomim”in övgüye değer olduğu söylenmiştir.⁴⁶

Kendisinden sonra gelen her *princeps* ise, *Augustus*'u az ya da çok taklit etmiştir. (Beard eserinde *Augustus* sonrası yöneticileri *Augustus*'un kurduğu otokrasi sisteminde etkinlik gösteren *Augustus* reenkarnasyonlarına benzetmiştir.⁴⁷) *Augustus* zamanında *princeps* makamına verilen yetkiler, ondan sonra gelen bütün *princeps*'lere de verilmiştir.⁴⁸ Ve *Augustus*'un halefleri onun siyasal yöntemlerine çoğunlukla bağlı kalmışlardır.⁴⁹ Bazı haleflerinin kötülükleri ve alçaklıkları uzun bir süre Roma'nın huzurunu bozmaya yetmemiş, oluşturduğu sistem iki yüz yıldan fazla ayakta kalmıştır.⁵⁰

III- AUGUSTUS DÖNEMİ HUKUK ANLAYIŞI

A. Genel Olarak Augustus Reformları

Kariyerinin ilk yıllarında *Augustus*'un kafasında büyük planlar, reformlar ve hukuki düzenlemeler olduğunu söylemek pek isabetli

⁴⁵ Giovanni Salmeri, “İmparatorluğun İlk İki Yüzyılı: Augustus'dan Commodus'a (M.Ö. 31- M.S. 192)” (Çeviren: Leyla Tonguç Basmacı), Antik Roma (Editör: Umberto Eco), Alfa Yayınları, İstanbul 2021, s. 134.

⁴⁶ Goldsworthy, s. 520- 523.

⁴⁷ Beard, s. 385.

⁴⁸ Söğütlü Erişgin, s. 187.

⁴⁹ Augustus'un siyasî fikirlerine en çok sadık kalmaya, onun icraatlarını korumaya çalışan, cumhuriyet devrinin organlarını az veya çok ayakta tutmaya çalışan princepsler Okandan tarafından şu şekilde saptanmıştır; Tiberius, Vespasianus, Nerva, Trajanus, Antoninus Pius ve Marcus Aurelius. Okandan, s. 156-157.

⁵⁰ Edward Gibbon, Roma İmparatorluğu'nun Gerileyiş ve Çöküş Tarihi (Çeviren Asım Baltacıgil), Indie Tarih, İstanbul 2019, Cilt: 1, s. 31; Beard, s.384.

olmayacaktır. Önceden açıklandığı gibi; *Augustus* ilk zamanlarda intikam peşinde koşan bir savaş beyidir ve gelecekte yapacağı reformları önceden tasarladığına dair hiçbir delil yoktur. Bu konudaki ilk deliller M.Ö. 30'lu yıllarda karşımıza çıkar. *Augustus* bu yıllar itibariyle devletin ve halkın –özellikle halkın- yapısına daha fazla ilgi göstermeye başlamıştır.⁵¹ Bir noktadan sonra *Augustus* devleti değiştirmek adına gıda ve su tedarikinden, yol sistemlerine; eyaletlerin idaresinden tapınakların durumlarına birçok konuya el atmış ve geleneksel yaklaşımlar ile yenilikçiliği birleştirerek ülkeyi bambaşka bir şekle sokmuştur. Hukuka dair *Augustus*'un neler yapmaya çalıştığını açıklamadan önce diğer önemli reformlarına kısaca göz atacağız.

Augustus'un reformları özellikle sosyal, dini ve askeri alanlarda göze çarpar. İlk reformu açıkça *senatus*'u hedef almıştır. M.Ö. 28 yılında binin üzerinde olan senatör sayısını zaman içerisinde altı yüze kadar indirmiş ve bu altı yüz kişinin de önemli kısmını daha genç (ve tercihen kendisine yakın fikirlere sahip) kişilerle değiştirerek kapsamlı bir toplumsal dönüşüm hareketi başlatmıştır.⁵² *Senatus* dışında, iç savaşlar ile gücünü kaybetmiş olan orduyu güçlendirmek için çeşitli reformlara girişmiş; asker alımını ortadan kaldırarak yerine profesyonel askerlerden oluşan daimi bir ordu kurulmasını planlamış ve bu şekilde ordunun -kendisi tarafından- kontrolünü de pekiştirmiştir.

Augustus'un yeniden şekillendirmek istediği bir konu da din konusu idi. Gençlerin tanrıları ihmal etmesinin sonucunun Roma'nın başına birçok felaket getireceği düşüncesini, kendisini destekleyen şair ve edebiyatçıların da desteğini alarak toplum içerisinde yaymaya çalıştı. Tapınakların onarılmasına da ciddi bütçe ayıran *Augustus*; krallarına tanrı gibi tapmayı alışkanlık haline getirmiş doğu halklarının da etkisiyle halkın gözünde tanrısal bir imparator haline geldi.⁵³

Eyaletler bakımından da önemli bir reforma yaparak eyaletleri imparator eyaletleri ve *senatus* eyaletleri olmak üzere ikiye ayırdı. Bu ayrımın özünde; kendisi için sorun teşkil etmeyecek, barışçıl eyaletleri *senatus*'a bırakmak; güvenliği açısından risk taşıyabilecek eyaletlerde

⁵¹ Goldsworthy, s. 519 – 520.

⁵² Salmeri, s. 154; Kevser Taşdöner, Anadolu'da Roma Eyaletleri- Augustus Dönemi, Bilge Kültür Sanat, İstanbul 2017, s. 39.

⁵³ Taşdöner, s 44.

ise kendisine bağlı valiler tarafından yönetilen lejyonları bulundurmamak yatıyordu.⁵⁴ Bütün bunların yanında bir de şehirleri yapısal olarak değiştirmeye karar vermiş, “tuğladan aldığı şehri mermerden bir şehir olarak bırakmakla⁵⁵” övünebilecek kadar yapısal değişikliklerde bulunmuştur.

Bunlar dışında, sık sık ortaya çıkan yangınlara karşı bir itfaiye birliği kurmak, orduyu siyasetin dışına çıkartıp imparatora bağlı hale getirmek, eyaletlerdeki vergilerin toplanmasını kendi uhdesine almak *Augustus*'un yaptığı diğer önemli işlerden bazılarıdır.⁵⁶

Çalışmamızın esas konusu olan hukuki reformlar konusunda ise *Augustus*'un daha muhafazakâr ve geleneklere uygun hareket etmeye çalıştığını ve Roma'nın eski geleneksellik taraftarı ruhunu canlandırmayı amaçladığını görüyoruz⁵⁷. Aile kavramının yozlaştığını ve bunun Roma'nın en önemli sorunlarından olduğunu düşünen *Augustus*'un yaptığı hukuki düzenlemelerin önemli bir kısmının aile ve cinsellik ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. Bu konu aşağıda daha detaylı açıklanacaktır.

B. *Augustus*'un Hukuk Alanındaki Düzenlemeleri

Augustus'un hukuk anlayışı ve bu konuda izlediği politika Roma halkının günlük yaşamında derinden etkili olmuştur. *Augustus* döneminde dek kanunların sıradan halk üzerindeki etkisinin ve kapsamının bu kadar büyük olduğu bir başka döneme rastlanmamıştır.⁵⁸ *Augustus* bu konudaki motivasyonunu *res gestae*'deki şu ifadeleri ile açıklıyor; “Yetkime dayanarak yeni yasalar çıkardım ve içinde bulunduğumuz çağda atalarımızın artık terk edilmiş birçok geleneğine yeni düzenlemeler getirerek bizzat kendim gelecek kuşakların öyküneceği birçok gelenek oluşturdum”.⁵⁹ *Augustus*'un bahsettiği bu geleneklerin ve düzenlemelerin birçoğu (ve en ünlüleri) aile ile ilgilidir. Bu düzenlemelerde açıkça gözlenen ilk amaç herkesi evlendirmek ve bu ailelerin hızlıca meşru çocuk sahibi olmasını sağlamaktır.

⁵⁴ Taşdöner, s 41; Salmeri, s. 154.

⁵⁵ Meijer, s. 27; Suetonius, s. 76.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütlü Erişgin, s. 180-181.

⁵⁷ Söğütlü Erişgin, s. 178.

⁵⁸ Eck, s. 118.

⁵⁹ Augustus, s. 43.

Roma geleneğinde evlenmek ve çocuk sahibi olmak önemli yer tutsa da evlilik resmi anlamda mecburi tutulmamaktaydı. Bir kimse evlenip evlenmeyeceğine karar verebiliyor, evlendi ise çocuk sahibi olma konusu kendi tasarrufuna bırakılıyordu. Ancak Roma'nın gelenekleri, varlığı ve gerek siyasi gerekse de askeri başarısı istikrarlı aile yapısına dayalıydı. Yine ordunun askersiz kalmaması ve nüfusunu koruyabilmesi bakımından çocuk yapılması önemliydi. Bütün bu Roma geleneklerinin, toplumun ahlakını şekillendirmek ile birlikte, *Augustus*'un aile ile ilgili düzenlemelerinin arka planını oluşturduğu açıktır.⁶⁰ *Augustus*, Romalıların; özellikle de toplumun üst sınıflarının evlilik ve toplumun devamının sağlanması için esaslı unsur olan çocuk yapma ve yetiştirme konusunda evliliğin oynadığı role yeteri kadar saygı göstermediğini düşünüyordu. *Augustus*'un penceresinden baktığında; çok fazla saygıdeğer erkeğin bekâr kalmaktan hoşlandığı, bazı erkeklerin de kendilerine uygun olmayan eşlerle evlendiği gerçekleri rahatsız ediciydi. Çocuk yapabilecek evli çiftlerin çocuk yapmıyor oluşu veya bu çiftlerin birbirlerini aldatmalarının eşler tarafından görmezden geliniyor oluşu da *Augustus* için büyük sorun teşkil ediyordu. Bunlara yönelik M.Ö. 18-17 yıllarında pek çok karmaşık düzenlemeye imza atmış ve sonraki zamanlarda da bunları yeniden elden geçirmiştir.⁶¹

Yeni düzenlemelere göre belirli yaş aralığındaki⁶² bütün Romalılar evlenmekle yükümlüydü. *Senatus* üyelerinin saygıdeğer görülmeyen birileriyle evlenmesinin yasaklanması, evli çiftlere çocuk sayısı arttıkça ödül verilmesi, karısının kendisini aldattığını fark eden bir adamın artık evliliğini sonlandırmak zorunda olması diğer dikkat çekici düzenlemelerdi.

Augustus'un bu düzenlemeleri yaparken ki çıkış noktası oldukça geleneklere bağlı görünse de kendisinin de ifade ettiği gibi zaman zaman bu geleneklerin bazılarını kendi amacına ters düştüğü oranda müdahale ediyordu. Özellikle evlenme yükümlülüğü bakımından ge-

⁶⁰ Genevieve Liveley/Rebecca Shaw, "Marriage plots: a new narratological approach to the Augustan marriage laws", *Law and Humanities*, C. 14, S. 2, 2020, s. 4-5; Eck, s. 119-120.

⁶¹ Boatright/Gargola/Talbert/Lenski, s. 192.

⁶² Erkekler 25-60, Kadınlar 20-50. Eck, s. 121.

len düzenleme eşini kaybedenleri de kapsamaktaydı. Bir kadının ilk ve tek eşine duyduğu sadakat Roma geleneksel düşüncesine uygun iken; toplumun geleneksel anlayışına tamamen zıt bir şekilde eşini kaybedeni evlenmek zorunda bırakıyordu. Bu durum *Augustus*'un gelenekçi yapısına rağmen yeri geldiğinde gelenekler ile ters düşebilmesinin açık bir örneğidir.

Augustus hukuka ayırdığı bütün zamanı elbette sadece aile hukuku çalışarak geçirmedi. Bunun yanı sıra miras hukukundan usul hukukuna, kölelerin durumundan rüşvete, seçimlerden vatan hainliğine birçok düzenleme yaparak Roma'yı tam anlamıyla değiştirmeye çalıştı. Aşağıda *Augustus*'un çıkardığı kanunların başlıcaları hakkında daha detaylı bilgi vermeye çalışacağız.

1. *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*

Augustus'un *Res Gestae*'deki "yeni yasalarla gelenekleri dirilttim" ifadesi daha çok seçkin sınıfı evliliğe zorlayan *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ve evliliğin ihlalini yasaklayan *Lex Iulia de Adulteris Coercendis* ile ilgilidir. Bu iki kanun M.Ö. 18 yılında yürürlüğe girmiştir.⁶³

Lex Iulia de Maritandis Ordinibus, *Lex Papia Poppea*⁶⁴ ismi ile anılan kanun ile M.S. 9 yılında yenilenmiş ve değişikliklere uğramıştır,⁶⁵ Aralarında 27 yıl olan, bahsi geçen bu iki kanun doktrinde genellikle birlikte *Lex Iulia Et Papia* olarak anılırlar.⁶⁶

Lex Iulia de Maritandis Ordinibus evliliği ciddi şekilde teşvik eden, bekârlığı da son derece caydırıcı bir durum haline getiren fazlasıyla zorlayıcı bir kanundu. Söz konusu kanun üremeyi arttırma hedefiyle aynı sosyal statüde bulunan insanlar arasında evliliği teşvik ediyordu.

⁶³ Eck, s. 119; Umur, s. 181; Taşdöner, s. 40; Paul Koschaker/Kudret Ayiter, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1993, s. 314.

⁶⁴ Kanunun ismi M.S. 9 yılının consülleri olan Marcus Pupius Mutilus ve Quintus Poppaeus Secundus'dan gelmektedir. Evlilik ile ilgili bu kanuna ismini veren ve bu kanunu düzenlemekle görevli olan bu iki kişinin de bekâr ve çocuksuz olması ilginçtir. Eck, s.121.

⁶⁵ Kaius Tuori, "Augustus, Legislative Power and the Power of Appereances" *Meditationes de iure et Historia – Essays in Honor of Laurens Winkel*, South Africa 2014, s. 942; Umur, s. 182.

⁶⁶ Elizabeth Claire Tilson, *Augustus and Law Making*, Edinburgh 1986, s. 44.

Farklı sınıflardan kişilerin evliliklerini ise cezalandırıyordu. Mesela Roma vatandaşları Roma vatandaşı olmayanlarla veya senatörler azat edilmiş kimseler ile evlenemezdi. Söz konusu kanun evliliği öyle bir ele alıyordu ki; evlilik kişilerin devlete karşı olan bir sorumluluğu haline gelmekteydi. Daha önce de bahsedildiği gibi bu kanuna göre belli yaş aralığındaki bütün Romalılar evlenmekle yükümlüydü. Bu yaş sınırları içerisinde dul kalmış ya da boşanmış tüm erkek ve kadınların derhal yeniden evlenmeleri bekleniyordu.⁶⁷ (Bu kişiler bu yükümlülüğünden 3 çocuk sahibi iseler kurtulabilmekteydi.⁶⁸)

Augustus'un bu kanun için öngördüğü yaptırımlar ise ceza hukuku ile ilgili değildi. Yaptırımlar daha çok kişinin toplum önünde küçük düşmesine ve daha da önemlisi miras haklarının ellerinden alınmasına hizmet ediyordu. Yapılan düzenlemeler ile evli olmayanların miras için hak iddia etmelerine izin verilmiyordu. Bu katı kurallar dul kadın ve erkekler için hafifletilse de bu kişiler tekrar evlenmedikleri durumda kendilerine kalan mirasın yarısından vazgeçmek zorunda kalıyorlardı. Kişinin toplum önünde küçük düşmesi ise evli olmayanların oyunlara veya festivallere kabul edilmemeleri ile sağlanıyordu.⁶⁹

Düzenlemelerin sadece kınamalara, cezalandırmalara yönelik olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır. Evliliği teşvik etmek ve üreme hızını arttırmak adına yapılan bu düzenlemeler devletin sözünü dinleyenleri ödüllendirmeye de yönelikti. Örneğin; Roma'da kamuda çalışmak adına kişinin belli bir yaşa uygun olması gerekiyordu. Ancak kamu görevine kabul yaşı, kişinin sahip olduğu çocuk sayısına bir yıl indiriyordu. (Beş çocuğu varsa beş yıl) Yine kamu görevlerinde daha çok çocuğu olan birinin istediği yere atanabilmesi bakımından şansı daha yüksekti.⁷⁰ Bu imtiyazlar daha çok seçkin sınıflar içindi. Ancak

⁶⁷ Nicholas Pryor, "Boundaries and Pleasure in Ovid's *Metamorphoses*: A Critique of Augustan Marriage Legislation", Honors Theses, Michigan 2021, s. 5; Erin Parish-Meyer, *The Role of the Augustan family Legislation in Establishing the Princesps*, Ohio 2008, s. 55; Kit Morrell, "Tutela mulierum and the Augustan marriage laws", *Eugesta, Varia* 2020, s. 90; Kristina Milnor, "Augustus, History and the Landscape of the Law", *Reshaping Rome: Space, Time, and Memory in the Augustan Transformation*, Arethusa, C. 40, S. 1, 2007, s. 9.

⁶⁸ Pryor, s. 5.

⁶⁹ Tilson, s. 19; Eck, s. 122,

⁷⁰ Southern, s. 247; Eck, s. 123.

kanun tamamen seçkin sınıflara yönelik de değildi. Örneğin; çocuk yetiştiren kadınlara, sınıflarına bakılmaksızın çeşitli iyileştirmeler yapılıyordu. Örneğin, önceden kadınlar erkekler aracılığı ile hukuki işlemde bulunabilirken, belli bir yaşa ulaşan ve üç çocuk doğuran evli kadınlar herhangi bir desteğe ihtiyaç duymaksızın hukuki işlem yapabiliyordu. Buna “*ius trium liberorum*” yani “üç çocuk hakkı” ayrıcalığı denilmekteydi.⁷¹

Augustus'un yapmaya çalıştığı bu düzenlemeler önemli direnişler ile karşılaştı.⁷² Özellikle düzenlenen gladyatör oyunlarında somutlaşan bu direniş ve eleştiriler *Augustus*'u birazcık da olsa geri adım atmaya zorladı. M.S. 9 yılında çıkmış olan ve *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*'u yeniden ele alan *Lex Papia Poppea*'da bu yumuşama gözlemlenebilir. *Lex Papia Poppea* ile evlenenlere ve çocuk sahip olanlara verilen ödül ve imtiyazlar atırlmış, eşin ölümü ardından sağ kalan eşin evlenme zorunluluğu da yumuşatılmıştır. Ancak *Augustus*'un her hamlesinde olduğu gibi bu yumuşamanın da bir taktik olduğu ve *princeps*'in hayatı boyunca bu kanun ile ulaşmaya çalıştığı amaçlarına sadık kaldığı bilinmektedir. Hayatının ilerleyen zamanlarında da *Augustus* zorla evlendirme ve çocuk yaptırma konularındaki baskısını sürdürmüştür.⁷³

Bütün bu düzenlemelerden önce, Roma tarihinde toplumun özel hayatına bu kadar müdahil olan, evlilik ve sonuçlarını bu kadar konu alan düzenlemeler yapılmamıştı. *Augustus* dönemi şairlerinden *Ovid*'in *Augustus*'a yaklaşımını saptamaya çalışan *Sharrock*'un da belirttiği gibi “*Augustus*'un Roma'sında aşk politik bir konuydu” ve “seks şakaya gelmezdi.”⁷⁴ *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*'un özü ve eleştirisi bu ifadeler ile özetlenebilir.

⁷¹ Tilson, s. 63.

⁷² Charles Reid Jr, “Law Reform in the Ancient World: Did the Emperor Augustus Succeed or Fail in His Morals Legislation”, *William and Mary Journal of Women and the Law*, C. 22, S. 2, 2016, s. 195; Milnor, s. 9.

⁷³ Reid Jr, s. 195; Milnor, s. 9.

⁷⁴ Sharrock, A. R. “Ovid and the Politics of Reading”, *Materiali e Discussioni per L'analisi Dei Testi Classici*, no. 33, 1994, s. 101, 108. Aynı saptamayı alıntıllayan ve yorumlayan başka bir çalışma için bkz; Pryor, s. 48.

2. Lex Iulia de Adulteriis Coercendis

*Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*⁷⁵ (M.Ö. 17-18), yukarıda incelediğimiz *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ile ahlaki düzeni sağlama konusunda benzer bir tutum ve yol izlemektedir.

M.Ö. 1. yüzyılda Roma'da bir nevi cinsel devrim yaşanmıştır. Dar görüşlü ve mutaassıp olarak değerlendirilen *Augustus* bu tarz bir davranış biçimini sosyal düzene karşı bir tehdit olarak algılamış ve bu nedenle zinanın kökünü kazımak üzere bir öze dönüş kampanyası başlatmıştır. İşte *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* bu düşünceyi yansıtır. Ancak kanunun düzenlemeleri zinadan ibaret değildir. Zina terimi Roma'da günümüzde olduğundan daha geniş bir anlamda kullanılmış, dar anlamda *adulterium* (zina) sayılmayan başka cinsel suçlar da bu kanun ile cezalandırılmıştır.⁷⁶ Bu kanunda *adulterium* ve *stuprum* olmak üzere iki farklı durum söz konusuydu. *Adulterium* evli bir kadının kocasından başka bir kişi ile ilişkiye girmesi hali iken *stuprum* evlenmemiş veya dul kalmış bir kadının ilişkisi ile ilgiliydi.⁷⁷

Amacı cinsel suçları yok etmek ve aile kurumunu düzenlemek olan bu kanun ile *Augustus* zinayı hem bir kanun ihlali hem de bir suç olarak düşündü. Söz konusu kanun ile o güne dek aile mahkemelerinin yetkisine bırakılmış olan cinsel suçlar kamu suçu haline getirilmiş ve cezalandırma yetkisi özel bir mahkemeye devredilmişti.⁷⁸ Böylece zina işleyene karşı sadece koca ve baba değil, başka üçüncü kişilerin de dava açabilmeleri kabul edilmiştir. Bir kocanın ya da babanın kendi başına dava açması için belli bir süre tanınmış ve daha sonra 25 yaşın üzerindeki herkes bunu bağımsız olarak yapabilmıştır. Bununla *Augustus*'un özel hayatlarında ahlak kurallarını ihlal eden insanları denetlemek istediğini, bunu da insanların birbirlerini gözleyerek ihbarda bulunması yoluyla başarmayı hedeflediğini görüyoruz.⁷⁹ Dolayısıyla kanun sadece Roma tarihinde ilk kez zinayı suç haline getiren kanun olmasıyla değil, zinayı yakalayanların nasıl davranaca-

⁷⁵ Söz konusu düzenlemeye dair ayrıntılı bilgi için bknz; Diler Tamer, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis*, Homer Kitapevi, İstanbul 2007.

⁷⁶ Tamer, "cinsel suçlar", s. 173.

⁷⁷ Reid Jr C.J, s. 187; Umur, s. 201.

⁷⁸ Tuori, s. 942; Tamer, "cinsel suçlar", s.18.

⁷⁹ Tamer, "cinsel suçlar", s. 19.

ğıyla ilgili kurallar içermesi ile de ilginçtir.⁸⁰ Eşi zina yapan koca ise hem eşini hem de eşinin sevgilisini yargılabilecek bir duruma geldi. Ancak bu düzenlemeler tek taraflıydı ve kural olarak zina kadının suçuydu, kadının sadakatsiz kocasının zinasını dava etmesi mümkün değildi.⁸¹ (Ancak sadakatsiz eşlerinin “diğer kadının” akrabaları tarafından cezalandırılmasını sağlamak için gizli faaliyetlere başvurmaları bakımından bir engel yoktu.) Haksızlığa uğrayan kocalar, eşlerinden boşanmak zorundaydı. Bu kocalar eşlerinin ilişkilerine göz yumabiliyordu, ancak bunu yaparlarsa kendileri de yargılanabilir, ahlaksız kazançla yaşayan erkeklerle aynı cezalara çarptırılabilirlerdi. Bu da onların toplumdaki seviyelerini fazlasıyla düşürmüştü olurdu.⁸²

Dışarıdan bakıldığında *Augustus*'un bir tür ahlak bekçiliği rolüne soyunduğu düşünülse de açıkladığımız kanunun düzeltmeyi amaçladığı en önemli konu ahlak değildi. *Augustus* evlilik dışı sekse savaşı açmamıştı. (Böyle olsaydı kendisi hakkında yapılan nahoş dedikodular doğrultusunda kendisine savaşı açması gerekebilirdi.) Önemli olan, doğacak çocuğun meşruiyetiydi. Bir erkeğin, karısının taşıdığı çocuğun kendisinden olduğundan emin olması gerekiyordu ve kocanın ve başka hiç kimsenin ona erişmemesini sağlamanın tek yolu, onu kilitlemek ve başka erkeklerle ilişkiye girmemesini sağlamaktı.⁸³ Cezalar ise oldukça ağır ve çoğunlukla utanç verici idi. Örneğin; zinanın cezalarından biri de suçlu kadının geleneksel fahişe kıyafeti olan bir tür toga ile dolaşması ve böylece ne tür bir kadın olduğunun yurttaşları tarafından bile açıkça görülmesiydi.⁸⁴

Augustus'un bu kanunu yine önemli eleştiriler almış, ayrıca *Augustus*'un başka kimselerin eşleri ile yaşadığı ilişkilere dair dedikodulardan kaynaklanan ünü kendisine pek yardımcı olmamıştır. Daha kanunun tartışma aşamasında olduğu zamanlarda bile iğnelemek amaçlı “*Augustus*'un bu konularda vasıflı olduğu” gibi dedikodular mevcuttu. Bütün bu iğnelemelere rağmen *Augustus* büyük sürpriz olarak görülen, iffetli açıklamalarını yapmaya devam etti. Yapılan alaylı

⁸⁰ Milnor, s. 9.

⁸¹ Tamer, “cinsel suçlar”, s. 164.

⁸² Southern, s. 248.

⁸³ Southern, s. 248.

⁸⁴ Milnor, s. 20.

yorumlar da aşırıya kaçmadıkça *Augustus*'u rahatsız etmedi. Özellikle senatörler bu kanun bakımından *Augustus*'u pek çok kez korkusuzca mahcup edebilmiş, *Augustus* ise *senatus*'un seçkin üyesinden başka bir şey olmadığına dair yarattığı görüntüyü korumak bakımından mantıklı davranarak senatörleri korkutacak herhangi bir davranış sergilememiştir.⁸⁵

Lee'nin "erkekleri meclis kanunlarıyla iyi yapma çabası" olarak açıkladığı,⁸⁶ *Augustus*'un kendi kızını da sürgüne gönderme pahasına sadık kalmaya çalıştığı *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*, Roma'nın ahlakını düzeltme bakımından ciddi başarılar elde etmemiş olsa da, olumlu sonuçları da mevcuttur. Örneğin, koca ve aile babasına gelenekler aracılığı ile tanınan kadını öldürme hakkı bu yasa ile sınırlandırılmış ve suçluların her şekilde yargılanması sağlanmaya çalışılmıştır. Yargılama sonucu verilen hükümlerde de yumuşama dikkat çekmektedir.⁸⁷ Bu gibi örneklerle rağmen kanunun asıl amacının ahlakı sağlamaktan çok devletin aile işlerine karışma noktasında güçlendirilmesi olduğu açıktır.

3. Lex Iulia Iudiciorum Privatorum et Publicorum

Lex Iulia iudiciorum publicorum ve *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* aslında iki ayrı kanun olsa da çoğunlukla kaynaklarda *lex Iuliae iudiciorum* ismiyle, tek bir kanun gibi anılırlar. Söz konusu kanunlarda yer verilen kurallar, kısmen *Iustinianus*'un *Digesta*'sındaki atıflardan kısmen de hukuki ve edebi kaynaklardan bilinmektedir. Yargı işleri ile ilgilenen *magistralıklar* ve *hâkimler*, bir davadaki taraflar ve avukatları, şahitlik ve benzeri konularda çeşitli meselelerle ilgili hükümler içermektedirler. Bir anlamda usul kanunu niteliğindedirler ve usul hukukunda çok önemli değişikliklere sebep olmuşlardır.⁸⁸

Roma'nın eski zamanlarında Roma usul hukukunda *legis actio* (kanuni dava şekilleri⁸⁹) denilen sistem hâkimdi. Bu sistem açılacak

⁸⁵ Goldsworthy, s. 363.

⁸⁶ Robert Warden Lee, M.Ö. 753'ten M.S. 1948'e kadar Roma Hukuku Tarihi bir Bakış, Filiz Kitapevi, İstanbul 2002, s. 18.

⁸⁷ Tamer, "cinsel suçlar", s. 232.

⁸⁸ Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Jersey 2004, s. 554.

⁸⁹ Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, Roma Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1997, s.15.

davalarda kullanılabilir usul ve biçimler şeklindeydi. Anlaşmazlığın tarafları bir dava açmak istediklerinde bahsi geçen usullerden birini seçmek durumundaydılar. Bu eski usul uygulamada en küçük bir şekil noksanlığından dolayı bile davanın kaybedilmesine sebep olabiliyor, *praetorların* ise hareketlerini kısıtlıyor, yenileyici geniş bir eylemde bulunmalarına engel oluyordu.⁹⁰ Roma devleti girdiği savaşlardan galip çıktıkça ve topraklarını genişlettikçe ülkedeki yabancı sayısı da bununla doğru orantılı olarak arttı. Bu artışın tetiklediği öğelerden biri de *legis actio* usul sistemine bir alternatif olarak doğan *formula* sistemi idi.⁹¹ *Formula* sistemi sağladığı kolaylıklar sayesinde kısa süre içerisinde Roma vatandaşlarının kendi aralarındaki anlaşmazlıklarında da uygulanmaya başladı. Bunun ilk adımı M.Ö. 110 civarlarında çıkmış olan *Lex Aebutia* idi. Bu kanun ile yabancılar *praetoru* tarafından uygulanmaya başlanmış olan *formula* usulü, tarafların isteği ile şehir *praetoru* tarafından da uygulanabilir hale gelmişti. Kanun *legis actio* yöntemini ortadan kaldırmamıştı ancak *formula* usulüne de *legis actio* ile aynı gücü verdiğinden *formula* sistemi yaygınlaşmaya başladı.⁹² Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru bu usul ortadan tamamen kalkmıştı ancak resmi olarak ortadan kaldırılması M.Ö. 17 yılında çıkarılan *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* ile gerçekleşti. Dolayısıyla *Augustus*'un bu düzenlemesi Roma usul hukukunda çok önemli bir değişiklik yaparak *legis actio* usulünü kaldırmış, *formula* usulünün yaygınlaşmasını öngörmüştür.⁹³ Bu devirden itibaren hukukun fiilen gelişmesini ve ilerlemesini sağlayan en önemli organ *praetor* olmuştur. Çünkü *formula* usulü⁹⁴ hukukun devamlı gelişmesine imkân tanıyor; *formula* verebilen

⁹⁰ Salvatore Di Marzo, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 6.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz; Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2005, s. 167-212.

⁹² Umur, s. 112.

⁹³ Umur, s. 118.

⁹⁴ *Formula* belli bir şekilde düzenlenmiş, hâkime hitap eden belge niteliği taşır. *Legis actio* sistemindeki sınırlı sayıda belirlenmiş usuller yerine, bu sistemde her bir dava için ayrı bir *formula* yapılır ve bu formulaya dava ile ilgili her öğe konulurdu. Taraflarca ve *praetor*ca hazırlanan *formula*; davacı ve davalının iddialarını kapsayan, *praetor* ağzından söylenmiş gibi düzenlenen, davayı karara bağlaması için hâkime emir ve yetki veren yazılı belge niteliğindedir. Tahiroğlu/Erdoğan s.25.

veya reddedebilen bir *praetor* ise her durumda hakkaniyetin gereklerini yerine getirebiliyordu.⁹⁵

Lex Iulia iudiciorum publicorum ise ceza usul hukukuna yönelik düzenlemeler içermekte, hangi mahkemenin hangi davalar ile uğraşacağını belirlemekteydi.

Özellikle *legis actio* sistemini ortadan kaldıran değişiklik çok önemli olsa da bunun çıkış noktasının *Augustus*'un aklı olduğunu söylemek çok doğru olmayacaktır. *legis actio* sistemi, *Augustus princeps* olduğunda zaten zayıflamış ve *Lex Aebutia*'dan beri önemini yitirmeye başlamıştı. Dolayısıyla bu değişimin hukukun gelişimin doğal sonucu olduğu söylenebilir.

4. Lex Iulia de Ambitu

Ambitus, bir seçimde oy toplayabilmek adına rüşvet verme suçu olarak ifade edilebilir. Ancak kavram daha geniş anlamıyla; rüşvet olarak bir şeylerin verilmesi (para, mal vs.) yanında seçime hile karıştırılması ya da seçimde rakibi ortadan kaldırmaya yönelik hareketleri de kapsar.⁹⁶ Umur'un ifadesi ile seçimlerde yapılan "dalavereler" dir.⁹⁷ İnsanlık tarihinde, demokratik şekilde seçimin yapılmaya çalışıldığı belki de her durumda; seçimlere hile karışması, hile şüphesi veya en azından hile yapıldığı dedikodusu mevcut olmuştur. Roma devleti de bu gibi dalaverelerden çok çekmiş, yozlaşmış seçim uygulamalarını düzenlemek ve seçimlerde hile yapılmasına engel olmak adına Roma tarihinde pek çok düzenleme yapılmıştır.⁹⁸ Bu düzenlemelerden, altın-*da Augustus*'un imzası olan; *Lex Iulia de Ambitu* ismini taşır.

Roma'da M.Ö. 27 – M.Ö. 23 yılları arasında *Augustus* her yıl güvenilir bir yandaşı ile birlikte *consul* olarak seçilmişti. *Augustus*'un bu seçim başarısının arkasında hile aramak çok da makul olmayabilir çünkü *Actium* zaferi, doğu istilasını tehdidine karşı geleneklere sarılma faaliyeti, zaferlerin arkasından gelen merhametli davranışlar ve

⁹⁵ Tilson, s. 7-8; Tahiroğlu/Erdoğan, s.25.

⁹⁶ Pervin Somer, "Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve Ambitus", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, s. 34.

⁹⁷ Umur, s. 118.

⁹⁸ Bu düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Somer, s. 49 vd.

cumhuriyet'in restorasyonu oldukça başarılı bir *Augustus* propagandasına yol açmıştı ve seçmenler fazlasıyla *Augustus*'u ve onun tarafından seçilmiş yandaşını seçmeye hevesliydi.⁹⁹

M.Ö. 23 yılının 1 Temmuz'unda ise *Augustus consul*'lük görevinden istifa etti. Bu istifa gücünü azaltmamıştı. Hala askeri güç bakımından tekeldi ve devleti yönetme yetkisi bakımından *proconsul imperium*'una kalıcı olarak sahipti. Bu tarihten itibaren yetkileri artık kişiseldi ve herhangi bir kamu görevi ile bağlantılı değildi. Bu kalıcı gücü *senatus* ve halk meclisinden almıştı ve bu açıdan hükümranlığı M.Ö. 23 yılı itibarıyla daha da belirgindi.¹⁰⁰

M.Ö. 22 - 19 dönemi önemli ise seçimler bakımından önemli karışıklıklara sahne olmuştu. Bu da *Augustus*'un istifasından sonraki seçimlerin çekişmeli geçtiğini göstermektedir. Çünkü *consul*'lük gibi onurlar hala peşinden koşmaya değer şeylerdi. Ancak seçimlerdeki karışıklıklar o kadar şiddetliydi ki, Jones'un ifadesiyle bu dönemki seçimlerin düzgün yönetildiğini kimse ifade edemez.¹⁰¹ Bunlar üzerine *Augustus* M.Ö. 18'de *Lex Iulia de Ambitu*'yu çıkardı. Söz konusu kanun, seçimlerin sonuçlarını etkilemek için rüşvet ve diğer yolsuzluk biçimlerini (tehdit vs.) kullanmaktan suçlu bulunanlar için cezalar öngöreyerek seçim usulsüzlüklerini hedef almıştı.

Bu tür kanunlar Roma tarihinde nadiren etkili olmuştu ancak *Augustus* bu kanunu sıkı bir şekilde uygulayabilmek adına önemli bir güce sahipti. Bu bakımdan seçimlere dair sorunlar tamamen ortadan kaldırılsa da şüphesiz istenmeyen olaylar azaltılmıştı.¹⁰² Yine de zaman zaman kontrolün kaybedildiği oluyordu. Örneğin M.Ö. 8 yılındaki *consul*'lük seçimlerine o kadar büyük rüşvet karışmıştı ki seçimi kazananlar da dâhil bütün adaylar suçlu bulundu. Hiç kimse cezalandırılmadı çünkü herkes suça karışmış haldeydi. *Augustus* bunun üzerine gelecek seçimlerde uygulanmak üzere; adaylar eğer yolsuzluk yaptıklarına dair suçlu bulunurlarsa ceza olarak seçime girmeden önce teminat vermeleri yönünde bir uygulama başlattı.¹⁰³

⁹⁹ Arnold Hugh Martin Jones, "The Elections Under Augustus", *The Journal of Roman Studies*, C. 45, 1955, s. 13.

¹⁰⁰ Goldsworthy, s. 306.

¹⁰¹ Jones, s. 13.

¹⁰² Goldsworthy, s 357.

¹⁰³ Jones, s. 13; Goldsworthy, s 421.

Aslında *Lex Iulia de Ambitu* çok da sert kurallar öngörmüyordu.¹⁰⁴ *Ambitus* suçunun cezası kural olarak sürgün iken *Augustus* döneminde bu suçtan mahkûm olanların beş yıl boyunca kamu hizmetinden mahrum edilmeleri ve seçimlerde aday olamamaları söz konusuydu.¹⁰⁵ Bu bakımdan *Augustus*'un *consul*'lük makamını bıraktıktan sonra seçimler üzerinde bir düzenleme ihtiyacı hissettiğini ancak -aile hukuku bakımından yaptıklarının aksine- sert bir kanun ile seçimler üzerinde güçlü bir baskı kurmayı istemediği söylenebilir. O dönemde seçilebilecek hiç kimsenin kendisinin üzerinde olamayacağı düşüncesi de *Augustus*'un bu tutumunu şekillendirmiş olabilir.

5. *Lex Iulia de Annona*

M.Ö. 18 yılında *Augustus* tarafından çıkarılan bir diğer kanun ise yiyecek maddelerinin fiyatları, satışları ve nakliyeleri ile ilgili olan *Lex Iulia de Annona* idi.¹⁰⁶ (*Annona* ifadesi burada “yıllık tahıl üretimi” ve “tahıl tedariki” anlamlarında kullanılmıştır.¹⁰⁷ Sözü edilen yasanın orijinal metni günümüze ulaşmamıştır ancak *Corpus Iuris Civilis*'in; klasik dönem eserlerinden parçalar içeren bölümü olan *Digesta*'da düzenlemeye yönelik bilgiler mevcuttur.¹⁰⁸) Söz konusu kanun ticari tekelleşmeye karşı verilen mücadeleye yönelik ilk girişimlerden birisi kabul edilebilir.¹⁰⁹

Augustus bu düzenlemeden dört yıl önce (M.Ö. 22) kamusal tahıl tedarikinin denetimini üstlenmiş ve bu denetimlerde karşılaştığı sıkıntıları gözlemleyerek *Lex Iulia de Annona* düzenlemesini yapmıştır. Tüketiciyi koruma politikasının ilk uygulamalarından olan kanun; sözleşmenin zayıf tarafı olan alıcıyı, satıcıdan korumak ve ticari tekellerin ve makul olmayan yüksek fiyatların önlenmesi amacını gütmekteydi.

¹⁰⁴ Andrew Lintott, “Electoral Bribery in the Roman Republic”, *The Journal of Roman Studies*, C. 80, 1990, s. 10.

¹⁰⁵ Lintott, s. 10; Somer, s. 52.

¹⁰⁶ Umur, s. 118.

¹⁰⁷ Marko Sukacic, “Consumer Protection In Ancient Rome- Lex Iulia de Annona And Edictum de Pretiis Rerum Venalium As Prohibitions Of Abuse Of Dominant Position?”, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development - The Legal Challenges of Modern World, 2017, s. 110.

¹⁰⁸ Sukacic, s. 110; Diler Tamer.: “Eski Roma’da Ürün Fiyatlarını Sınırlayan Düzenlemeler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2017, s. 324.

¹⁰⁹ Tamer, “Ürün Fiyatları”, s. 327.

Augustus bedava tahıl dağıtmanın popülerliğini arttırmak bakımından pek yararlı bir eylem olduğunu biliyordu. Ancak Roma'nın ekonomisi buna sonsuza kadar izin veremezdi. Bu bakımdan en azından satış işlemlerine dair kötü niyetli fiilleri azaltmak adına, *Lex Iulia De Annona* ile tahıl fiyatlarını düzenlemek için kurallar koydu. Ayrıca M.Ö. 22 yılı itibarıyla yaptığı denetim görevinde birçok kişinin, gemileri ya da denizcileri alıkoyarak ya da diğer kötü niyetli eylemlerle fiyatlar üzerinde vurgunculuk yaptığını fark etmişti. Buna yönelik, rakip bir tarafı ortadan kaldırmak amacıyla bir yük gemisini imha etmeye teşebbüs eden bir kişinin sorumlu tutulacağına, malların değerini önemli ölçüde artıracak şekilde eylemlerde bulunanlara karşı cezai kovuşturma başlatılacağına dair düzenlemeler yaptı.¹¹⁰

Söz konusu düzenlemeler iyiniyetli olsalar bile çok da ağır yaptırımlar içermediğinden, hedeflediği sonuçlara ulaşma konusundaki başarısı tartışmalıdır. Yine de *Augustus* döneminin kanunlarının daha çok siyasi kontrolü sağlamak, devletin gücünü hissettirmek ve sosyal düzeni korumak olduğu düşünüldüğünde *Lex Iulia De Annona* dönemin hukuki çerçevesi bakımından bir değişimdi. Etkisi de kendi dönemi ile sınırlı kalmayarak İmparator *Diocletianus*'un M.S. 301 tarihli *Edictum de Pretiis Rerum Venalium*'u gibi benzer amaçlar güden düzenlemeler için bir model teşkil etmiştir.

6. Lex Iulia de Vicesima Hereditatum

Mirası vergilendirme fikrinin *Augustus* çağındaki karşılığı *Lex Iulia de Vicesima Hereditatum* veya *Lex Iulia Vicesimaria*¹¹¹ düzenlemesiyle karşımıza çıkar. Mirası vergilendirmek, *Augustus*'un aile hukukuna dair düzenlemeleri gibi fazla tepki çeken işlerinden birisiydi. *Augustus* öncesi zamanlarda kural olarak Roma vatandaşları vergilerden muafı ve onlara düzenli vergi uygulanması konularının ihlali olarak görülüyordu. Ancak, *Augustus* ile birlikte miras vergisi de dâhil olmak üzere vatandaşlar için sabit vergiler ortaya çıktı.¹¹²

¹¹⁰ Sukacic, s. 111; Tilson, s. 14; Ayrıca bkz: (D. 48.12.2)

¹¹¹ Umur, s 119.

¹¹² Renata Świrgoń-Skok, "The Impact of Wars on Roman Legislation Regarding vicesima hereditatis and caducum", *Studia Iuridica Lublinensia* C. 28, S. 3, 2019, s. 106.

Augustus M.S. 6 yılında, ordunun ihtiyaçları için ayırdığı paralardan meydana gelen *aerarium militare*'yi (askeri hazine) oluşturmuştu ve gücü elinde tutmanın artan maliyetleri nedeniyle askeri hazineye istikrarlı gelir sağlanması gerekiyordu. *Lex Iulia de Vicesima Hereditatum* açıkça bu durum ile ilgilidir.¹¹³ Düzenleme yapılırken, bunun *Caesar*'ın (*Gaius Iulius Caesar*) notlarında bulunan bir önlem olarak sunulması gerekli görülmüştü. Belli ki düzenlemenin hoş karşılanması için halkın gözdesi müteveffa bir kişiliğin arkasına sığınmak gerekmişti.¹¹⁴

Düzenleme her Roma yurttaşına, kendisine kalan her miras üzerinden ödemek zorunda olduğu yüzde beşlik bir vergi sorumluluğu doğurmaktaydı. Ancak yüz bin *sestersten* az miktardaki miraslar bu vergi kapsamına girmiyordu. Ayrıca anne, baba, çocuklar bu vergiden muaflardı.¹¹⁵ Vergi muafiyetinin bu sayılanlar dışında, aynı zamanda erkek kardeş, kız kardeş, büyükbaba ve büyükannenin yanı sıra torunların da *Lex Iulia De Vicesima Hereditatum*'un dışında kaldığında bilinmektedir.¹¹⁶

Bu vergi sayesinde, *Augustus* ile başlayarak Roma devleti de vergi yoluyla miraslara katılmaya başlamıştı. Dolayısıyla *Augustus*'un birçok eyleminde olduğu gibi bu eyleminin de açık açık devleti güçlendirme amacı taşıdığı görülebilir.

7. *Lex Iulia Sumptuaria*

Lüksü azaltmak ve israfı sınırlamak amaçlı kanunlar Roma tarihinde sadece *Augustus* dönemine has bir özellik değildir. Ancak *Augustus*'da bu konuda payına düşeni yapmış ve *Lex Iulia Sumptuaria* ile kişilerin özel konaklarının büyüklüğüne, ziyafetlerin ve düğünlerin süresine ve masraflarına sınırlamalar getirilmiştir. Bu kanunun öncesinde *Augustus*'un bu ve benzeri konudaki düşünceleri tavsiye niteliğinde iken M.Ö. 22 yılı itibarıyla bu düşünceler kanunlaşmış ve özellikle halka açık ziyafetlere yasal sınırlamalar getirilmiştir. Yine

¹¹³ Tilson, s. 14; Jane McCarthy, "Speech and silence: Freedom of Speech and Processes of Censorship in Early Imperial Rome", Yayınlanmamış Doktora Tezi, King's College, London 2013, s. 199.

¹¹⁴ McCarthy, s. 199.

¹¹⁵ Świrgoń-Skok, 107; Umur, s. 119.

¹¹⁶ Świrgoń-Skok, 107.

Augustus'un evlilik ve zina düzenlemeleri ile bağılı olarak, kadınların kıyafetlerine yönelik uyarılarda da bulunmuştur ve bunların da *Lex Iulia Sumptuaria* bünyesinde yer aldığı düşünülmektedir.¹¹⁷ Hadley bu kanunun "yeni zenginlerin ve bu tür yollarla şöhret peşinde koşanların müsrif gösterilerine ve şımarıklıklarına karşı kamuoyunun somut bir ifadesini oluşturduğunu"¹¹⁸ söyler.

Augustus bu düzenlemesinde de aile işlerine karışmakta ve kendisini aile babası (*pater familias*) yerine koyarak Roma devletinin temel taşı olan ailelere paralarını nasıl harcamaları gerektiğini öğütlemektedir. *Augustus*'un; ahlakın denetlenmesi, kadınların moda anlayışı ve ailelerin giderlerinin nasıl olması gerektiği konularının kendi sorumluluk alanına girdiğini düşündüğüne şüphe yoktur.¹¹⁹ Dolayısıyla *Augustus* döneminin *sumptuaria* kanununun, *Augustus*'un tutucu, muhafazakâr ve gelenekleri ön planda tutan yapısına bir çentik daha attığını ve devletin halk üzerindeki kontrolünü güçlendirmeye yönelik bir başka kanıt olduğunu söyleyebiliriz.

8. Lex Fufia Caninia ve Lex Aelia Sentia

Augustus'un, kendi döneminde yapmak istediği şeylerden birisi de özgür bırakılan köle sayısını azaltmaktır. *Suetonius*'un da anlattığı gibi *Augustus* Roma soyunun temiz ve bozulmadan kalması için, halkın kanına yabancı ve köle kanı karışmamasına çok özen göstermiş ve bunu sağlamak adına kölelerin özgür bırakılma koşullarını belirlerken, bir yandan da özgür bırakılabilecek kölelerin sayısına sınırlar getirmiştir.¹²⁰ Bu amaç doğrultusunda iki ayrı kanun düzenlenmiştir; söz konusu kanunlar *Lex Fufia Caninia* ve *Lex Aelia Sentia* isimlerini taşır.

Lex Fufia Caninia, M.Ö. 2 yılında çıkartılmıştır ve daha çok vasiyetname ile yapılan azat etmeleri sınırlayarak, devleti nereden geldikleri belli olmayan azatlılarla doldurmamak amacını taşır.¹²¹ Düzenlemeye

¹¹⁷ Tilson, s. 13.

¹¹⁸ Herbert Spencer Hadley, *Rome and the World Today*, G.P. Putnam's Sons, New York 1923, s. 190. (aktaran; Anne Kathryn O'Keeffe, *Augustus as Paterfamilias*, The University of Georgia, Tez, s. 50)

¹¹⁹ O'Keeffe, s. 50.

¹²⁰ Suetonius, s 110-111.

¹²¹ Umur, s. 117.

göre bir efendi kölelerinin yalnızca belirli bir kısmını azat edebilirdi; bu oran sahip olduğu toplam köle sayısına bağlıydı. İki ile on arasında köleye sahipse yarısını, on ile otuz arasında üçte birini, otuz ile yüz arasında dörtte birini ve 100 ile 500 arasında beşte birini özgür bırakabilirdi.¹²² Çok fazla kölesi olanlar yüzden fazla köle özgür bırakamazlardı. Geçmiş dönemlerde özellikle üst sınıfa mensup kişilerin vasiyetlerinde yüzlerce köleyi özgürleştirildiği görülmüştü. Binlerce kölenin serbest bırakıldığı durumlar bile söz konusu olmuştu. Bu gibi durumlar *Augustus*'u etkilemiş ve yukarıda değinilen amaçlara ulaşmak adına bu konuda önlem alma güdüsünü oluşturmuştur.¹²³

M.S. 4 yılında çıkarılan *Lex Aelia Sentia* ise benzer amaçlar gütsede daha karmaşık düzenlemeler getirmekteydi. Kanun; 20 yaşından küçük bir efendinin kölesini yalnızca değnekle ve bir heyetin huzurunda serbest bırakabileceği, bu şekilde uymadan azat edilen kişilerin otuz yaşından önce Roma vatandaşlığı kazanamayacağı düzenlemesini haizdi. Küçük yaştaki efendinin ise köleyi serbest bırakmak için önemli bir nedeni olduğunu heyete ispatlamak zorunda idi. Bunun yanında kanunda, dürüst ahlaka sahip olmayan kölelerin azad edilmeleri halinde *peregrini dediticii*¹²⁴ durumuna düşeceği ve alacaklıları zarara sokmak adına yapılan azat işlemlerinin geçersiz olacağı gibi hükümler mevcuttu.¹²⁵ Görüleceği üzere *Augustus*; kölelerin azat edilmesine yönelik bir kontrol sağlamak istiyor ve bunun yanında Roma geleneklerine uymayan kişilerin Roma vatandaşı olmasını istemiyordu. Temel amacı ise kölelerin kontrolsüzce kitleler halinde azat edilip Roma vatandaşlığını kazanmasını engellemek idi.

Kanunların isimlendirilmesinde ise; *Augustus*'un aile adından gelen isimlendirme olan *Lex Iulia* kalıbının bırakılıp, dönemin *consül*lerinden isimlerini alan kanunlar çıkartıldığı dikkat çekmektedir.

¹²² Tilson, s. 259; Marzo, s. 47.

¹²³ Eck, s. 125.

¹²⁴ Roma topraklarında bulunsa da hukuki durumu tespit edilmemiş kimse. Kural olarak yalnızca *Ius Gentium*'dan faydalanabilirlerdi. Umur, s. 153.

¹²⁵ Marzo, s. 47; Tilson s. 226; Umur, s. 112-113; Selahattin Eren, "Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*- Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, s. 295.

9. Lex Iulia de Collegiis

Augustus'un bir diğer dikkat çeken düzenlemesi ise dernekler ile ilgilidir. *Augustus, Lex Iulia de Collegiis* ile dini amaçlar taşıyan ve çok eskiden beri varlığını sürdüren dernekler hariç, siyasi olarak çok yıkıcı olduğunu düşündüğü ve cumhuriyet'in son yüzyılında birçok düzenlemeye konu olan dernekleri kapattırması ve yenilerinin açılmasını ise çeşitli kısıtlamalara tabi tutmuştur.¹²⁶ Aslında bu kanunun *Augustus*'a değil, *Caesar*'a ait olduğu düşüncesi mevcut ise de doktrindeki genel görüş *Caesar*'ın bu düzenlemeyi yaptığı, *Augustus*'un da kendi döneminde bu düzenlemeyi yeniden canlandırdığıdır.¹²⁷

Augustus bu düzenleme ile dernekleri tamamen ortadan kaldırmak istememiş, bunun yerine mevcutları büyük çoğunluğu ile ortadan kaldırarak yerine kurulacakların devletin kontrolüne daha fazla tabi olmasını istemiştir. Derneklere getirdiği temel kuruluş şartı ise kamu yararı gütmeye olmuştur. Vergi toplama, altın madeni, gümüş madeni işletme gibi amaçları kamu yararına uygun kabul eden *Augustus* ayrıca dernek kurulması için *senatus*'dan izin alınmasını gerekli kılmıştır. Bir dernek bu izne sahip değil ise hukuken geçersiz sayılmıştır.¹²⁸

Augustus'un devletin izni olmaksızın dernek kurma özgürlüğünü kaldırdığı bu düzenleme Roma'da çok uzun süre geçerliliğini korumuş, Ortaçağ'a kadar söz konusu izin sistemi sarsılmadan ayakta kalmıştır.¹²⁹

Augustus'un derneklere dair bu tutumunun sebebi açıktır; *Augustus* neredeyse her adımında olduğu gibi devleti ve kendi iktidarını güçlendirmeye çalışmış ve devlete rakip olabilecek, devletin kontrolü dışında kurulmuş tüzel kişilikler ile uğraşmak istememiştir. *Augustus*'tan önce benzer düzenlemeyi yapmış *Caesar*'ın da motivasyonu belli ki bu yöndedir.

¹²⁶ Umur, s. 118, Tilson, s. 4-5.

¹²⁷ Umur, s. 118, Tilson, s. 4, Övünç Güvel, "Roma Hukukunda Tüzel Kişiler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 69, S. 2, 2020, s. 493.

¹²⁸ Eşref Küçük, *Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 89; Güvel, s. 493.

¹²⁹ Güvel, s. 494.

10. Tartışmalı düzenlemeler

Augustus'un hukuk bakımından en çok iz bırakan ve en çok konuşulan düzenlemeleri üzerine çalışacak bir kişi, yukarıda ismi sayılan ve *Augustus*'un dönemine ait olduğu konusunda pek tereddüt barındırmayan kanunların yanı sıra *Augustus* döneminde olduğu tartışmalı olan *Lex Iulia*'larla da karşılaşacaktır. Örneğin birçok kaynakta düzenlemenin *Augustus*'a mı yoksa *Caesar*'a mı ait olduğu konusunda tereddüt yaşanan¹³⁰ *lex Iulia de vi publica* ve *lex Iulia de vi privata* (veya tek bir kanun olarak *lex Iulia de vi publica et privata*) isimli kanunda durum böyledir. Şiddet içeren eylemlere yönelik düzenlemelere yer verilen kanunun *Augustus* döneminde olup olmadığı ve hatta tek bir kanun mu yoksa iki ayrı kanun mu olduğu ve ne bakımdan ayrıldıkları tartışmalıdır. Tilson ise düzenlemeleri kendinden emin bir şekilde M.Ö. 17-18 dönemine; yani *Augustus* çağına yakıştırmıştır.¹³¹ Suçla mücadele konusunda Romalıların ciddi sıkıntılar içerisinde olduğunu gözlemleyen *Augustus*'un kolluk kuvvetlerine dair birçok reform yaptığı bilinmektedir. (*Augustus* deneyimli askerlerden oluşan *preatoriani* olarak isimlendiren muhafızlar, şehir muhafızları ve *vigiles* denilen azat edilmiş kimselerden oluşan itfaiye birliği olmak üzere birbirinden ayrı üç bölümden oluşan bir sistem getirmiştir. Söz konusu sistem Roma Batı Avrupa'da var olduğu süreç uygulanmaya devam etmiştir.¹³²) Bu düzenlemelerin yanında suçla mücadeleye yönelik bir kanun üzerine de çalışmış olması uzak bir ihtimal değildir. Yine de kanunun tasarımı *Caesar*'a ait olduğunu, uygulamasını ise *Augustus* döneminde gerçekleştiğini savunmak daha makul bir yol olabilir.¹³³ Kanunun gerek içeriğine gerekse de zamanına yönelik aydınlatılması gereken pek çok nokta olduğu için söz konusu tartışmalar ayrı bir çalışma konusudur.

¹³⁰ Umur, s. 119; Elżbieta Loska, "The False Charge – A Form of Violence?", *Právněhistorické Studie*, Warsaw, C. 50, S. 1, 2020, s. 38; Nurcan İpek, "Roma Hukukunda Korkutma (Metus)" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, s. 116; Berger ise bu kanunların yazarının Augustus olması Caesar olmasından daha muhtemel demektedir. Berger, s. 554.

¹³¹ Tilson, s. 5.

¹³² Halide Gökçe Türkoğlu, "Roma Devletinde Suçla Mücadele ve Kamu Düzenini Sağlama", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1873.

¹³³ Loska, s. 38.

*Augustus'*a ait olduğu kesin olmasa da *Augustus'*a atfedilen başka kanunlar da vardır. Örneğin; *Lex Iulia Maiestatis* isimli Roma halkına ihanet suçları ile ilgili düzenlemenin birçok kaynaktan *Augustus* tarafından çıkartıldığı ifade edilmektedir¹³⁴. Ancak doktrinde; bu konuda kanıtların çok yetersiz olduğu ve *Augustus* döneminde böyle bir kanunun varlığını savunanların ne tarihi ne de içeriği konusunda hemfikir olmadığına değinilerek, bu fikre karşı çıkmıştır.¹³⁵ Biz de *Augustus* döneminde çıktığı net olmayan bu gibi düzenlemelere çalışmamızda yer vermedik.

SONUÇ

Augustus, Roma devletinin kargaşalardan ve sürekli yaşanan iç savaşlardan yıprandığı, yaşananlardan bıkmış Roma halkının halkın çaresizce barış ve huzur istediği bir dönemde tarih sahnesine çıkmış ve Roma'nın başına geçerek 45 yıl¹³⁶ hüküm sürmüştür. *Vergilius* gibi şairlerin eserlerinde kendisinden her zaman fazlasıyla olumlu bahsedilse de *Augustus'*un devletin kontrolünü ordusuyla sağlamış ve karışıklıkları en kanlı şekillerde bastırmış bir askeri diktatör¹³⁷ idi. Gücü ele geçirmek

¹³⁴ Umur, s. 119; Berger, s. 554; Efrumiye Ertekin, "Roma Çağında Cilicia'dan Yolsuzluk Örnekleri", OLBA C.16, 2008, s. 365.

¹³⁵ Jean Allison/John Duncan Cloud, "The lex Julia Maiestatis" Latomus, 1962, C. 21, S. 4, 1962, s. 731; Barbara M. Levick, "Poena Legis Maiestatis", Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte, C. 28, S. 3, 1979, s. 361; Tilson, s. 15.

¹³⁶ *Augustus'*un resmi olarak princeps olduğu tarih M.Ö. 27 olsa da *Augustus'*un gücü ele geçirdiği tarihi Actium savaşı (M.Ö. 31) sonunda elde ettiği zafer değerlendirirsek bu süreye ulaşırız. Eck, s. 183.

¹³⁷ Anakronizme yol açmamak adına burada kullanılan diktatör ifadesinin günümüzde kullanılan modern haliyle yer aldığını, negatif bir kavram olarak kişinin zalimlik ve baskı ile ilişkilendirilen yönünü vurgulamak için kullandığını belirtmekte yarar vardır. Söz konusu kavram Roma kökenli olsa da Eski Roma'da bu kavram farklı bir anlam taşırdı. Eski Roma döneminde dictator, Cumhuriyet döneminde öne çıkan bir magistratik makamı olarak gözümüze çarpar. Özellikle askeri zorunluluklar gerektirdiğinde (savaş, şehrin istilası vs) cumhuriyet döneminin iki consul'den oluşan yapısından vazgeçilerek yetkilerin tek bir kişiye toplanması söz konusuydu. Bu durum tamamen yasalı ve yetkilerin toplandığı kişi Roma'da dictator olarak anılmaktaydı. Söz konusu makam M.Ö. 202'de kaldırılmış, bu dönemden sonra dictator olarak anılanlar hukuki anlamda değil fiili anlamda dictator olmuşlardır. Söğütlü Erişgin, s. 62-64, Okandan, s. 38 - 39. *Augustus* Roma'daki kavram bakımından hukuki anlamda da fiili anlamda da dictator olmamış, bunun yerine principatus sisteminin doğmasını sağlamıştır.

adına “fena bir insan” olmuş ve binlerce kişinin ölümüne yol açacak emirler ile düzeni sağlamıştı. Kimsenin kendi gücüne ulaşamayacağı bir düzen yaratıp kendisine verilen onur ve unvanları kabul etmemek gibi pek çok çelişki ile dolu davranışı vardı. Bunlara rağmen, özellikle gücü eline geçirdikten sonraki daha olgun ve bağışlayıcı hareket tarzı ile tarihe -diktatör standartlarında- iyilikçi bir insan olarak yazıldı.¹³⁸

Augustus dönemi bazı kaynaklarda cumhuriyet döneminin devamı olarak anlatılırken, bazı kaynaklarda yarı-tanrı olarak değerlendirilen bir kişinin hâkimiyetinde bir monarşi olarak görünür. Bu durum *Augustus*'un siyasi olarak istediğini elde etme konusundaki başarısını gösterir. *Augustus* bir yandan halkı ve cumhuriyet yanlılarını cumhuriyet sisteminin devam ettiğine inandırmış, bir yandan da yasal yollarla kendisine benzersiz ve mutlak bir güç yaratarak devletin kontrolünü ele geçirmiştir.

Augustus'un Roma Hukuku üzerindeki etkisi de derin ve büyüktü. Ancak bu etki, yaptığı kanunlar ile günümüz düzenlemelerini etkilemekten çok, yarattığı yeni düzen ile bir barış ve huzur ortamı sağlaması ve hukukun gelişimine uygun ortam yaratması olarak karşımıza çıkar. Roma Hukukunda klasik dönem olarak adlandırılan ve en parlak dönem olarak kabul edilen dönemin başlangıcı *Augustus*'un *princeps* olduğu M.Ö. 27 olarak kabul edilmiştir.

Elbette *Augustus*'un Roma Hukuku üzerindeki etkisi iç savaşları sona erdirmekten kaynaklanan dolaylı etkiden ibaret değildir. *Augustus*'un yarattığı yeni sistem ve bu sistemde sahip olduğu benzersiz konum kendisine kapsamlı bir kanun yapma hareketi başlatma fırsatı tanımıştır. *Augustus*, cumhuriyet döneminde hiçbir *consul*'ün sahip olmadığı bir gücü ele geçirerek hukuki düzenlemeleri yönlendirmiş ve Roma Hukukunu ve Roma halkını şekillendirmeye çalışmıştır. Onun bu faaliyetleri Roma Hukuku için büyük bir değişimdir. Çünkü 500 yıla yakın sürmüş cumhuriyet dönemi boyunca mümkün olmayan bir şey gerçekleşmiş; kanunlar ve kanunlarda yapılan değişiklikler büyük ölçüde tek kişinin amaçları ve politikaları doğrultusunda şekillenmiştir. İşte bu nedenle sistem değişikliği hukuk üzerinde derin bir etkiye sahip olmuştur.

¹³⁸ Goldsworthy, s. 522.

Augustus döneminin kanunları, *Augustus*'un attığı neredeyse her adım için de söylenebileceği gibi perde arkasında farklı saiklere sahip olan düzenlemelerdir. *Augustus* döneminin en aklında kalıcı müdahaleleri olan, halkın ahlakını düzeltme maskeleri altındaki *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ve *Lex Iulia de Adulteris Coercendis* kanunlarının asıl amacının ahlaki sağlamaktan çok devletin aile işlerine karışma noktasında güçlendirilmesi olduğu açıktır. *Augustus* dönemi düzenlemelerinde devleti güçlendirme güdüsü çok önemli rol oynamış ve bu yapılırken de gelenekleri özgürlüklerin üzerine koyma düşüncesi ön plana çıkmıştır. Söz konusu düzenlemeler de gelenekçi ve muhafazakâr yapılarını *Augustus* politikalarına uygun düştüğü oranda korumuşlardır. Diğer *Augustus* düzenlemelerinde de özellikle "Roma geleneklerine uygunluk" vurgusu fazlasıyla göze çarpmaktadır. Başlığı ne olursa olsun *Augustus* döneminin kanunlarının çoğunlukla siyasi kontrolü sağlamak, devletin gücünü hissettirmek ve sosyal düzeni korumak ile ilgili olduğu görülebilir. Bu da; her ne kadar dışarıdan bakıldığında cumhuriyet sistemi ayaktaymış gibi görünse de, yepyeni bir sistemi kurma, güçlendirme ve bu sistem içerisinde kendi yerini sağlamlaştırma bakımından gösterilen çaba olarak yorumlanabilir. *Augustus* düzenlemeleri ayrı ayrı ele alındıklarında hedeflerine fazla ulaşamamış düzenlemeler olarak değerlendirilebilse de *Augustus*'un kendi ajandası başarılı olmuş, kurduğu sistem uzun süre ayakta kalmış ve gerek Roma'nın gerekse de Roma Hukuku'nun en parlak dönemlerinin yaşanmasına vesile olmuştur.

Kaynakça

Kitaplar

- Augustus, Ankara Anıtı (Çev: Çiğdem Dürüşken), Kabalcı Yayınları, İstanbul 2009
- Baker Simon, Eski Roma: Bir İmparatorluğun Yükselişi ve Çöküşü (Çev: Ekin Duru), Say Yayınları, İstanbul 2017
- Beard Mary, SPQR - Antik Roma Tarihi (Çev: İrem Sağlamer), İstanbul 2018
- Berger Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Jersey 2004
- Boatright Mary/Gargola Daniel/Talbert Richard/Lenski Noel, Romalıların Kısa Tarihi (Çev: İrem Kısacık), Alfa Yayıncılık, İstanbul 2022
- Creighton Mandell, Roma Tarihi, (Çev: C. Güneş İspir) Dorlion Yayınları, Ankara, 2021
- Davis William Stearns, Roma İmparatorluğu Tarihi (Çev: Elif Bulanalp) Ark Yayınları, İstanbul 2020

- Di Marzo Salvatore, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959
- Eck Werner, Augustus Dönemi (Çev:Deniz Berk Tokbudak), Doruk Yayıncılık, İstanbul 2020
- Faulkner Neil, Roma: Kartalların İmparatorluğu (Çeviren: Çağdaş Sümer), Yordam Kitap, İstanbul, 2008
- Gibbon Edward, Roma İmparatorluğu'nun Gerileyiş ve Çöküş Tarihi (Çeviren Asım Baltacıgil), Indie Tarih, İstanbul 2019, Cilt: 1
- Goldsworthy Adrian, Augustus: Roma'nın İlk İmparatoru (Çev: Samet Özgüler), Kronik Kitap, İstanbul 2020
- Günel Nadi/Üçer Mehmet, Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023
- Jones Peter, Geldim Gördüm Yendim - Romalılar Hakkında Bilmek İsteyeceğiniz Her şey (Çev. Funda Sezer), Say Yayınları, İstanbul 2016
- Karadeniz Çelebican Özcan, Roma Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2016
- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1993
- Küçük Eşref, Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2006
- Lee Robert Warden, M.Ö. 753'ten M.S. 1948'e kadar Roma Hukuku Tarihi bir Bakış, Filiz Kitapevi, İstanbul 2002
- Meijer Fik, İmparatorlar Yataklarında Ölmez (Çev: Gürkan Ergin), Homer Kitapevi, 2006
- Montesquieu, Romalıların Yükselişi ve Çöküşü (Çeviren Ahmet Saki), Köprü Kitapları, İstanbul 2014
- Okandan Recai Galip, Roma Amme Hukuku, İstanbul 1944
- Parish-Meyer Erin, The Role of the Augustan family Legislation in Establishing the Princeps, Ohio 2008
- Southern Patricia, Augustus, Routhledge, New York 2014
- Söğütlü Erişgin Özlem, Roma Kamu Hukukuna Giriş, Seçkin Yayınları, Ankara 2017
- Strauss Barry, Jül Sezar'ın Ölümü (Çev. Ekin Duru), Say Yayınları, İstanbul 2015
- Suetonius Gaius, Oniki Caesar'ın Yaşamöyküsü (Çev: Güngör Varınlıoğlu), Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2017
- Tahiroğlu Bülent/Erdoğan Belgin, Roma Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1997
- Tamer Diler, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, Homer Kitapevi, İstanbul 2007
- Taşdöner Kevser, Anadolu'da Roma Eyaletleri - Augustus Dönemi, Bilge Kültür Sanat, İstanbul 2017
- Tilson Elizabeth Claire, Augustus and Law Making, Edinburgh 1986
- Umur Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1983
- Yakut Ayşe Sönmez, "Augustus Dönemi Hellen Dünyasına ve Edebiyatına İlişkin Düşünceler", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. 36/S. 62, 2017

Kitap Bölümleri

Salmeri Giovanni, "İmparatorluğun İlk İki Yüzyılı: Augustus'dan Commodus'a (M.Ö. 31 - M.S. 192)" (Çeviren: Leyla Tonguç Basmacı), Antik Roma (Editör: Umberto Eco), Alfa Yayınları, İstanbul 2021

Makaleler

Allison Jean/Cloud John Duncan, "The lex Julia Maiestatis" *Latomus*, 1962, C. 21, S. 4, s. 711-731.

Eren Selahattin, "Roma Hukukunda Köle Mülkiyetinin Sınırları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*- Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, s. 283-322.

Ertekin Efrumiye, "Roma Çağında Cilicia'dan Yolsuzluk Örnekleri", *OLBA*, 2008, C. 16, s. 361 - 384.

Güvel Övünç, "Roma Hukukunda Tüzel Kişiler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 69, S.2, s. 483 - 489.

İpek Nurcan, "Roma Hukukunda Korkutma (Metus)" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, s. 97 - 184.

Jones Arnold Hugh Martin, "The Elections Under Augustus", *The Journal of Roman Studies*, 1955, C. 45, s. 9 - 21.

Levick Barbara M, "Poena Legis Maiestatis", *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 1979, C. 28, S. 3, s. 358- 379.

Lintott Andrew, "Electoral Bribery in the Roman Republic", *The Journal of Roman Studies*, 1990, C. 80, s. 1 - 16.

Liveley Genevieve /Shaw Rebecca, "Marriage plots: a new narratological approach to the Augustan marriage laws", *Law and Humanities*, 2020, C. 14, S. 2, s. 244 - 266.

Loska Elżbieta, "The False Charge - A Form of Violence?", *Právněhistorické Studie*, Warsaw, 2020, C. 50, S. 1, s. 37 - 46.

Milnor Kristina, "Augustus, History and the Landscape of the Law", *Reshaping Rome: Space, Time, and Memory in the Augustan Transformation*, Arethusa, 2007, C. 40, S. 1, s. 7-23.

Morrell Kit, "Tutela mulierum and the Augustan marriage laws", *Eugesta, Varia* 2020, s. 89 - 116.

Özdemir Gökçe Türkoğlu, "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 7, S. 1, s. 89 - 116.

Öztürk Esengül Akıncı, "Augustus'un Yayılmacı Politikasının Doğası Üzerine", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 37, S. 63, s. 1 - 16.

Reid Jr Charles, "Law Reform in the Ancient World: Did the Emperor Augustus Succeed or Fail in His Morals Legislation", *William and Mary Journal of Women and the Law*, 2016, C. 22, S. 2, s. 165- 202.

Rüstow Alexander, "Roma İhtilâli ve İmperator Augustus", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 1945, C. 5, S. 1-4, s. 329 - 354.

- Sharrock, Allison Ruth, "Ovid and the Politics of Reading." *Materiali e Discussioni per L'analisi Dei Testi Classici*, no. 33, 1994, pp. 97-122.
- Somer Pervin, "Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve Ambitus", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, s. 33 - 54.
- Sukacic Marko, "Consumer Protection In Ancient Rome- Lex Iulia de Annona And Edictum de Pretiis Rerum Venalium As Prohibitions Of Abuse Of Dominant Position?", 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development - The Legal Challenges of Modern World, 2017, s. 107 - 117.
- Świrgoń-Skok Renata, "The Impact of Wars on Roman Legislation Regarding vice-sima hereditatis and caducum", *Studia Iuridica Lublinensia*, 2019, C. 28, sy 3, s. 101 - 116.
- Tamer Diler, "Eski Roma'da Ürün Fiyatlarını Sınırlayan Düzenlemeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2017, s. 14 - 24.
- Tuori Kaius, "Augustus, Legislative Power and the Power of Appereances" *Meditationes de iure et Historia- Esseys in Honor of Laurens Winkel*, South Africa 2014, s. 938 - 945.
- Türkoğlu Halide Gökçe, "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, C. 11, S. 2, s. 251 - 289.
- Türkoğlu Halide Gökçe, "Roma Devletinde Suçla Mücadele ve Kamu Düzenini Sağlama", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Özel Sayı, 2017, C. 19, s. 1867 - 1899.

Diğer Kaynaklar

- McCarthy Jane, "Speech and silence: Freedom of Speech and Processes of Censorship in Early Imperial Rome", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, King's College, London 2013
- O'Keeffe Anne Kathryn, *Augustus as Paterfamilias*, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, The University of Georgia, Athens 2003
- Pryor Nicholas, "Boundaries and Pleasure in Ovid's Metamorphoses: A Critique of Augustan Marriage Legislation", *Lisans Tezi*, Michigan 2021

**ROMA HUKUKUNDA SOCIETAS
(ADİ ORTAKLIK)'TA ORTAKLARIN KAZANCA
VE ZARARA KATILMASI VE SOCIETAS
LEONINA (ASLAN PAYI ORTAKLIĞI)
ALLOCATION OF SHARES IN PROFITS AND LOSSES IN TERMS OF
SOCIETAS AND SOCIETAS LEONINA IN ROMAN LAW**

Setenay BAYTEMİR TARHAN*

Özet: *Societas* iki veya daha fazla kişinin ortak ve meşru bir amaca ulaşmak üzere mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettiği rızâ bir sözleşmedir. Ortaklar, ortaklığın kazancına ve zararına hangi paylarla katılacaklarını belirleyebilmektedir. Kazanca ve zarara katılım payının ortaklar tarafından belirlenmemesi veya bunlardan birinin belirlenmesiyle birlikte diğerinin belirlenmediği hallerde hangi prensibin geçerli olması gerektiği Roma hukukunun birincil kaynaklarında belirtilmiştir. Kazanca ve zarara katılım payının eşit olmaması ile payların hakem tarafından belirlenmesi hususu Romalı hukukçular tarafından ayrıca tartışılmıştır. Bundan başka, bir ortağın kazanca katılmadan sadece zararı üstlendiği ortaklık tipi olan *societas leonina* (aslan payı ortaklığı) hakkında prensipler belirlenmiştir. Çalışmada ilk önce Roma hukukunda *societas* kavramı ve *societas*'ın unsurları kısaca incelenmiştir. Daha sonra *societas*'ta ortakların kazanca ve zarara katılması hususunda Roma hukukunda geliştirilen prensipler ele alınmıştır. Çalışmada *societas leonina* kavramı ve kavramın tarihsel kökleri üzerinde ayrıca durulmuştur. Bu doğrultuda çalışmada Roma hukukunun birincil kaynakları olan *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* bölümündeki metinler, *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones* eserindeki metinler ile *Phaedrus*'un "İnek, Keçi, Koyun ve Aslan" isimli *fabula*'sı incelenmiş ve Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları arasındaki tartışmalara yer verilmiştir. *Societas* kurumu, çağdaş hukukumuzdaki adı ortaklığın kökenini oluşturmaktadır. Neticede çalışma, çağdaş hukukumuzun konuya bakış açısına benzeyen ve ondan farklılaşan yönlerinin tespit edilmesini hedeflemektedir.

* Arş. Gör. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, setenaybaytemir@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5324-8374, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.04.2024, Kabul Tarihi: 17.05.2024

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, *Societas*, *Societas Leonina*, Adi Ortaklık, *Affectio Societatis*

Abstract: *Societas* is a consensual contract in which two or more partners commit to pool their property and labor for a common and legitimate purpose. Partners can agree upon the allocation of profits and losses. If such agreement between partners regarding profits and losses has not been made, or only the profits or the losses have been determined while the other has not, the rule to be applied in this case is indicated in the primary sources of Roman law. Additionally, the issues of unequal shares in profits and losses between partners and the determination of shares by an arbitrator were also discussed by Roman jurists. Furthermore, the principles were established in Roman law regarding the *societas leonina* (lion's share), a type of partnership where a partner only assumes the losses without participating in profits. The concept of *societas* in Roman law and its elements are briefly examined in the study initially. Subsequently, the principles developed in Roman law regarding the participation of partners in profits and losses are discussed. The concept of *societas leonina* and its historical roots are also examined. Accordingly, texts from *Digesta*, *Gaius'* and Justinian's *Institutiones*, and the fable "Vacca et Capella, Ovis et Leo" by *Phaedrus* have been examined, including discussions among jurists of the Classical Period of Roman law. The institution of *societas* is the origin of the ordinary partnership in Turkish law. Consequently, the study aims to identify aspects that resemble and differ from the perspective of Turkish contemporary law on the subject.

Keywords: Roman Law, *Societas*, *Societas Leonina*, Partnership, *Affectio Societatis*

GİRİŞ

Roma hukukunda *societas* (adi ortaklık) iki veya daha fazla *socius* (ortak)'un ortak ve meşru bir amaca ulaşmak üzere mal veya emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri rızaî bir sözleşmedir. *Societas'*ta ortaklar, ortaklık faaliyetleri kapsamında elde edilen *lucrum* (kazanç)'a ve *damnum* (zarara)'a katılım paylarını belirleyebilmektedir. Çalışmada izah edileceği üzere çağdaş hukukumuz ile Roma hukukunun adi ortaklık sözleşmesine ilişkin prensipleri büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu bakımdan çağdaş hukukumuz adi ortaklıkta ortakların kazanca ve zarara katılımı hususunda Roma hukukunda kabul edilen birtakım ilkeleri takip etmektedir.

Çalışmada öncelikle *societas* kavramı ve *societas'*ın unsurları üzerinde durulacaktır. Daha sonra ortakların kazanca ve zarara katılması hususunda Romalı hukukçular tarafından geliştirilen ilkeler ve söz konusu ilkeler hakkında hukukçular arasındaki tartışmalar Roma hukukunun birincil kaynakları üzerinden ele alınacaktır.

I- ROMA HUKUKUNDA SOCIETAS KAVRAMI VE SOCIETAS'IN UNSURLARI

Roma Klasik Hukuk Dönemi'nde *societas* birden fazla kişinin meşru kazanç elde etmek amacıyla mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettiği¹, iyiniyet (*bona fides*)'e dayanan, rızai² bir sözleşmedir. Nitekim *societas*'ta ortaklar, ortak olma hususundaki iradelerini herhangi şekilde bağlı olmaksızın beyan edebilmektedirler. *Societas*, TBK m. 620 ve devamında düzenlenen adi ortaklık sözleşmesinin kökenidir ve TBK'da düzenlenen adi ortaklık sözleşmesi gibi *societas*'ın da tüzel kişiliği bulunmamaktadır.³

¹ Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 110; Salvatore di Marzo, Roma Hukuku, çev.: Ziya Umur, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 446; Richard Honig, Roma Hukuku Dersleri, çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası, 1935, s. 133; Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, Beta Yayın, 1990, s. 370; Paul Koschaker/Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 241; Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2023, s. 239; Özlem Söğütlü, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021, s. 516; Belgin Erdoğmuş, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 96; Şakir Berki, Roma Hukuku, Ankara, 1949, s. 291; Fulya İlçin Gönenc, Roma Hukukunda Şirket Akti, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 1; Şahin Akıncı, "Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan), 1996, C. 5, S. 1-2, s. 137; Oruç Hami Şener, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Yayına Hazırlayan: Abuzer Kendigelen, C. 1, İstanbul, Beta, 2002, s. 706; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, Juta and Co, 1992, s. 451; William Warwick Buckland, A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, s. 506-507; Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, s. 708; George Mousourakis, Roman Law and the Origins of the Civil Law, Cham, Springer, 2015, s. 139; Max Kaser, Roman Private Law, çev.: Rolf Dannenbring, Pretoria, Gutenberg Book Printers, 1984, s. 225.

² Koschaker/Ayiter, Modern Özel Hukuk, s. 241; Doktrinde hâkim görüşe göre, M.Ö. 2. yüzyıl civarında *societas*'ın tam iki taraflı, rızai bir sözleşme olduğu kabul edilmiştir. Talya Şans Uçaryılmaz, Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 214.

³ Tahiroğlu, Borçlar, s. 238; Mousourakis, Roman Law, s. 140. Uçaryılmaz, Bona Fides, s. 214. Doktrinde genellikle kabul edildiği üzere Roma hukukunda *societas*'ın kökeninde, aileye ait malvarlığının bölünmeksizin korunabilmesi ve malların idaresinin sağlanması amacıyla *pater familias*'ın ölmesiyle *sui iuris* hale gelen *sui*

M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren Romalıların yabancılarla ticari ilişkilerinin gelişmesi, kazanç elde etme amaçlı farklı türlerde *societas*'ların kurulmasına ve *societas* kavramının gelişimine vesile olmuştur.⁴ Bahsi geçen dönemde savaşlar, Roma ekonomisinin itici gücü haline gelmiştir. Savaşlarla yeni toprakların elde edilmesi, iş ve yatırım imkânı sağlamıştır. Benzer şekilde fethedilen yerlerdeki halklar köleleştirilmiş *böylelikle ucuz köle emeği elde edilmiştir. Eyaletlerden elde edilen vergiler ile savaş ganimetlerinden Roma büyük kazanç sağlamıştır.* Kartaca ile Roma arasında yapılan savaşlara kadar ekonomik yapı, kendine yetebilen bir karakter gösterirken, büyüyen başkent ve ihtiyaçları sürekli artan ordu karşısında Devlet yeterli olmamaya başlamıştır. Ticari amaçlı ortaklıkları ifade eden *societas* kurumu da böylelikle Kartaca ile yapılan savaşlara bağlı olarak Roma ordusunun ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gelişmeye başlamıştır. Ticaretin gelişmesi, önceki dönemlerde servetin tek kaynağı olan toprak zenginliğinin giderek zayıflamasına neden olmuştur.⁵

Roma hukukunda *societas*'ın üç unsuru kabul edilmektedir:

Öncelikle *societas*'ın ortaklarının ortak olma hususunda niyet ve iradelerinin mevcut olması ve bu hususta rızalarının uyuşması gerekmektedir. *Affectio societatis* olarak adlandırılan bu unsurun ortaklık devam ettiği sürece mevcut olması gerekmektedir.⁶ *Affectio societatis*'in

heredes'in oluşturduğu consortium adı verilen miras ortaklığı bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Alan Watson, "Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae", RIDA, 1962, C. 9, S. 3, s. 431; Carl Wium Westrup, Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family, III. Patria Potestas, Copenhagen, Oxford University Press, 1939, s. 270; György Diószdi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970, s. 44; Carlo Alberto Maschi, Disertiones, Ricerche Intorno alla Divisibilità del Consortium nel Diritto Romano Antico, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1935, s. 57; Paolo Frezza, "L'istituzione della Collegialità in Diritto Romano", Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario, Napoli, Eugenio Jovene, 1948, s. 529-530; Vincenzo Arangio-Ruiz, La Società in Diritto Romano, Napoli 1950, s. 7; Mario Bretone, "Consortium e Communio", LABEO, 1960, C. 6, s. 175.

⁴ Maschi, Disertiones, s. 58; Gönenç, Societas, s. 14-15.

⁵ Bülent Tahiroğlu, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", İÜHFİM, 1981, C. 45, S. 1-4, s. 680-681.

⁶ Gai. Inst. 3.151

ortaklardan biri için ortadan kalkması durumunda *societas'*ın varlığından söz edilemez.⁷

Ayrıca *societas'*ta ortakların katılım payı olarak mal veya emeklerini bir araya getirmesi gerekmektedir.⁸ Bu noktada ortaklığa getirilen mallar bakımından ortak tarafından malın türüne göre, başka bir anlatımla *res mancipi*⁹ veya *res nec mancipi*¹⁰ niteliğine göre,¹¹ uygun devir işleminin yapılması gerekmektedir.¹²

Son olarak *societas'*ın meşru bir kazanç elde etmek amacıyla kurulmuş olması gerekmektedir.¹³ Kaçakçılık veya kalpazanlık yapmak

⁷ Rado, Borçlar, s. 110; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Erdoğan, Borçlar, s. 97. *Affectio societatis'*i ele alan *Digesta* metinleriyle ilgili interpolatio şüphesi mevcuttur. Di Marzo, Roma, s. 446; Uçaryılmaz, Bona Fides, s. 216. Roma hukukunun birincil kaynaklarında, özellikle *Digesta'*da *societas'*a ilişkin metinlerin çoğunda iki kişilik ortaklıklardan söz edildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ikiden fazla ortak bir araya gelmesiyle oluşan ortaklıklardan bahseden metinler de mevcuttur. Bu hususta bkz. D. 17.2.63.10, D. 17.2.65.6, D. 17.2.65.9, D. 17.2.65.10. Gönenç, Societas, s. 30.

⁸ Kaser, Roman Private Law, s. 226; Mousourakis, Roman Law, s. 139; Buckland, Text-Book, s. 506-507; Rado, Borçlar, s. 110; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Umur, Ders Notları, s. 371; Erdoğan, Borçlar, s. 97; Gönenç, Societas, s. 32-33.

⁹ İtalya arazisi (*fundus Italicus*) veya İtalya toprağı (*solum Italicus*), İtalya arazisi üzerinde tesis edilen tarımsal irtifak hakları (*servitutes praediorum rusticorum*), köleler (*servi*) ile yük ve çeki hayvanları Roma hukuku kuralları gereği *res mancipi* olarak adlandırılan mal sınıfını oluşturmaktadır. Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 45; Belgin Erdoğan, Roma Eşya Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2022, s. 6.

¹⁰ *Res mancipi* sınıfına dahil mallar dışında kalan Roma egemenliğinde bulunan araziler; eyalet arazileri, köleler, yük ve çeki hayvanları dışında kalan taşınır mallar *res nec mancipi* sınıfını oluşturmaktadır. Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 45; Erdoğan, Eşya, s. 7.

¹¹ Hukuk sistemleri değer yargılarına göre malları farklı şekilde sınıflandırabilmektedir. Roma ekonomisinin tarıma ve hayvancılığa bağlı geliştiği dönem açısından gerek toplumsal hayat gerek üretim ilişkileri bakımından daha değerli olduğu kabul edilen mallar *res mancipi* sınıfını oluşturmaktaydı. *Res mancipi'*ler sadece *mancipatio* ve *in iure cessio* olarak adlandırılan devir işlemleriyle devredilebilmekteydi. Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 45-46. *Ius civile* kuralları gereği, bahsi geçen devir işlemlerini yabancılar gerçekleştiremediği için ekonomik açıdan daha değerli olduğu düşünülen malların Roma vatandaşı olmayanların eline geçmesi önlenmekteydi. Erdoğan, Eşya, s. 7.

¹² Rado, Borçlar, s. 111; Gönenç, Societas, s. 34.

¹³ Buckland, Text-Book, s. 508; Honig, Roma, s. 133; Gönenç, Societas, s. 41; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Söğütlü, Roma Özel Hukuku, s. 518.

gibi amaçlarla kurulmuş ortaklıklar, Roma hukuk düzeni tarafından geçersiz kabul edilmektedir.¹⁴

II- SOCIETAS'TA ORTAKLARIN KAZANCA VE ZARARA KATILMASI

A. Genel Olarak

Societas'ta her bir ortağın ortaklığa katılım paylarının birbirlerinden farklı olması mümkündür. Gerçekten bir ortağın ortaklığa katılım payı olarak mal getirdiği yerde diğer ortak emeğini getirebilmekteydi.¹⁵ Ortakların getirdikleri payların değerleri de birbirinden farklı olabilmekteydi. Zira birinin getirdiği malın değeri, diğerinin getirdiği emeğin değerinden daha düşük olabilmekteydi. Bütün bu durumlar birlikte değerlendirilerek sözleşmede ortakların kazanca (*lucrum*) ve zarara (*damnum*) hangi oranlarda katılacağı belirlenmekteydi.¹⁶ Söz konusu katılımın belirlendiği hallerde taraf iradelerine üstünlük tanınmaktaydı. Bununla birlikte, sözleşmede katılım payının ortaklar tarafından belirlenmemesi ihtimali vardı. Ayrıca bazı hallerde ortaklar kazanca katılım payını belirlemekle birlikte, zarara katılım payını belirlememekteydi veya bazı durumlarda zarara katılım payı belirlenmekle birlikte kazanca katılım payı belirlenmemekteydi. İşte bu gibi hallerde hangi ilkelerin gözetileceği Roma hukukunun birincil kaynaklarında ele alınmaktaydı. Yine kaynaklarda kazanca ve zarara katılım payının eşit olmaması hususu Romalı hukukçular tarafından ayrıca ele alınmış ve tartışılmıştı. Bundan başka, söz konusu payın hakem tarafından belirlenmesi ile bir ortağın kazanca katılmadan sadece zararı üstlendiği ortaklık tipi olan *societas leonina* hakkında da kaynaklarda birtakım ilkeler belirlenmişti.

¹⁴ Gönenç, *Societas*, s. 41; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 243; Erdoğan, *Borçlar*, s. 97; Söğüt-
lü, *Roma Özel Hukuku*, s. 518; Umur, *Ders Notları*, s. 371.

¹⁵ Peter Birks, *The Collected Papers of Peter Birks The Roman Law of Obligations*,
der. Eric Descheemaeker, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 111.

¹⁶ Söğüt-
lü, *Roma Özel Hukuku*, s. 518.

B. Kazanca ve Zarara Katılım Payının Belirlenmemesi

Roma hukuku kurallarına göre sözleşmede kazanca ve zarara katılım payının ortaklarca kararlaştırılmadığı hallerde söz konusu payın ortaklar açısından eşit olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

Bu hususta farklı metinleri değerlendirmek gerekirse:

D. 17.2.29. pr. (Ulpianus libro 30 ad Sabinum)

“Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. (...)”

Eğer ortaklıkta (kazanca ve zarara) katılım payı belirlenmemişse, bunların eşit olduğu kabul edilir. (...)

Gai. Inst. 3.150

“Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos conuenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse (...)”

Ve şu kesin ki kazanç ve zarar payı konusunda aralarında bir anlaşma yoksa, kazanç ve zarar ortaktır.

Iust. Inst. 3.25.1

“Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim conuenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. (...)”

Gerçekten de kazanç ve zarar paylaşımı konusunda bir anlaşma yoksa, hem kazançta hem zararda payların eşit olduğu kabul edilir. (...)

Metinlerden de anlaşıldığı üzere sözleşmede kazanca ve zarara katılım payının belirtilmediği hallerde ortakların bu hususta eşitliği amaçladıkları kabul edilmektedir.¹⁸

¹⁷ Di Marzo, Roma, s. 447-448; Honig, Roma, s. 135; Rado, Borçlar, s. 114; Tahiroğlu, Borçlar, s. 243; Erdoğan, Borçlar, s. 97; Gönenc, Societas, s. 59; Mousourakis, Roman Law, s. 139; Buckland, Text-Book, s. 508; Birks, Obligations, s. 112; Koschaker/Ayiter, Modern Özel Hukuk s. 242; Söğütü, Roma Özel Hukuku, s. 518; Şener, “Ortaklık”, s. 724; Pia Starace, “Partes Lucri et Damni tra Societas Leonina e Societas Donationis Causa: Questioni di Nullità”, Teoria e Storia del Diritto Privato Rivista Internazionale Online, 2020, S. 13, s. 7; Zimmermann, Obligation, s. 458; Veronica Forlani, “Se il Leone Concede Qualcosa: Brevi Note in Tema di Societas Leonina”, Tesseræ Iuris, 2021, C. II, S. 1, s. 147.

¹⁸ Birks, Obligations, s. 112; Şener, “Ortaklık”, s. 724.

Roma hukuku kaynaklarında ele alınan bu prensibin çağdaş hukukumuzda da yansıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim TBK m. 623/I hükümünce sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her ortağın gerek kazanç gerek zarardaki payının, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit olduğu kabul edilmektedir.

C. Kazanca veya Zarara Katılım Paylarından Birinin Belirlenmesi

Societas kapsamında sadece kazanca katılım payları belirlendiyse fakat zarara katılım payı belirlenmediyse, kazanca katılım payının zarara katılım payı için de geçerli olacağı prensibi Roma hukukunda kabul edilmekteydi. Tam tersi, sözleşmede sadece zarara katılım payı belirlendiyse fakat kazanca katılım payı belirlenmediyse, zarara katılım payının, kazanca katılım payı ile aynı olduğu kabul edilmekteydi.¹⁹ Böylelikle paylar birbirini takip etmekteydi.

Bu husus *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ele alınmaktadır:

Gai. Inst. 3.150

“(…) *sed si in altero partes expressae fuerint, uelut in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*”

(…) Fakat paylar birinde, örneğin kazançta, belirtilmiş ancak diğerinde [zararda] göz ardı edilmişse, belirtilmeyen [göz ardı edilen] kısımda da aynı pay geçerli olur.

Iust. Inst. 3.25.3

“*Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera uero omissa: in eo quoque quod praetermissum est eandem partem seruari.*”

Pay açıkça tek durumda, örneğin yalnızca kazanç veya yalnızca zarar durumunda, belirtilmişse ve diğeri için göz ardı edilmişse, göz ardı edilen için de aynı payın geçerli olduğu açıktır.

¹⁹ Birks, *Obligations*, s. 112; Starace, *Lucri et Damni*, s. 7; Gönenç, *Societas*, s. 60; Sener, “Ortaklık”, s. 724.

Societas henüz kurulduğunda ortakların faaliyetlerinden zarar elde etme ihtimalini göz önünde bulundurmamaları nedeniyle genellikle kazancın paylaşılması hususunda anlaştıkları, bu sebeple zarara katılım payını belirlemeyi ihmal ettikleri bilinmektedir. Böylelikle kazanca ilişkin belirlenen payın, zarar için de geçerli olduğu prensibi kabul edilmektedir.²⁰

Roma hukukundaki bu prensibin çağdaş hukukumuzda yansıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim TBK m. 623/II hükmünce sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından birinin belirlenmemesi durumunda, bunun diğerindeki payı da ifade edeceği kuralı kabul edilmektedir.

D. Kazanca ve Zarara Katılımın Eşit Olmaması

Societas' ta kazanca ve zarara katılımın eşit olmaması ile anlatılmak istenen ortaklardan birinin kazanca daha çok katılıp zarara daha az katılması durumudur. Romalı hukukçular arasında bu durum tartışmalıydı ve bunu *societas'* in doğasına aykırı bulanlar olduğu gibi kabul edenler de vardı.

İlgili metinleri incelemek gerekirse:

D. 17.2.29. pr. (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*)

“ (...) *Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*”

Bir ortağın iki ya da üç, diğerinin bir paya sahip olması kararlaştırılmışsa bu geçerli midir? İlkinin ortaklığa para, hizmet veya herhangi bir konuda önemli bir katkıda bulunması koşuluyla geçerli kabul edilir.

Iust. Inst. 3.25.1

“ (...) *quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad aliam tertia.*”

²⁰ Gönenç, *Societas*, s. 60.

Ancak paylar açıkça belirlenmişse bu anlaşmaya uyulmalıdır. Zira iki ortak arasında zararın ve kazancın üçte ikisinin birine, kalan üçte birinin ise diğerine ait olacağı yönünde bir anlaşmanın geçerli olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Ele alınan ilk metinde bir ortağın diğer ortağına göre kazançtan daha fazla pay almasının, söz konusu ortağın ortaklık için önemli bir katkıda bulunması şartıyla mümkün olduğu belirtilmektedir. İlk metin *Digesta'* dan alıntılanmaktadır ve metnin *interpolatio*²¹ yoluyla değiştirildiğine dair ciddi şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle metnin Klasik Hukuk Dönemi'ndeki (M.Ö. 27 - M.S. 250) anlayışı büyük ölçüde yansıttığını söylemek yanlış olmaz.

İkinci metin *Iustinianus'* un *Institutiones'* inden alıntılanmaktadır. Söz konusu metinden hareketle, *Iustinianus* Dönemi'nde (M.S. 527 - M.S. 565) paylaşım konusunda taraflar arasındaki anlaşmanın üstünlüğünün vurgulanması önemlidir. Kazanca ve zarara katılım payı hususunda *societas'* ta taraf iradelerine öncelik verildiği metinden anlaşılmaktadır.²² Bu metinde bir önceki metinden farklı olarak, bir ortağın diğer ortağına göre kazanca daha fazla katılmasının koşulsuz kabul edildiği görülmektedir.

İki metinde de tek ortak bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, söz konusu ortağın gerek kazanca gerek zarara katılma pa-

²¹ 530 yılında Iustinianus, *Digesta'* nın hazırlanması için hukukçu Tribonianus'u görevlendirmiştir. Tribonianus başkanlığında oluşturulan kurul, Klasik Hukuk Dönemi hukukçularına ait eserleri incelemekle görevlendirilmiştir. Kurulun görevi söz konusu eserlerden zamanın hukuki sorunları için kullanılacakları derlemek, uygun bulunmayanları *Digesta'* nın kapsamına almamak, metinler arasında çelişkiler bulunması durumunda bu çelişkileri ortadan kaldırmak ve uygulamadan kalkan kavramlar üzerinde değişiklik yapmaktır. Klasik Hukuk Dönemi'ne ait eslere ilişkin metinleri derledikleri için kurul üyeleri *compilatores* (derleyiciler) olarak anılmıştır. *Compilatores*, bahsi geçen metinleri elden geçirirken metinlerde *interpolatio* olarak adlandırılan değişiklikler yapmıştır. Belgin Erdoğan, Roma Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 75-76; Havva Karagöz, "Digesta'nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul, Der Yayınları 2011, s. 137. *Compilatores'* in amacı Roma hukukunu dönemin adalet anlayışına uyarlamaktır. *Interpolatio'* lar üzerine yapılan araştırmalar göstermiştir ki *Digesta'* nın yarısı *interpolatio* yoluyla değiştirilmiştir. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975, s. 93-94.

²² Zimmermann, *Obligation*, s. 458.

yının eşit olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, iki metinde de bir ortağın diğer ortağına göre kazançtan daha fazla pay aldığı, bununla birlikte zarara daha fazla katıldığı olasılık ele alınmaktadır. Diğer ortak bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, söz konusu ortağın kazançta daha az katılmakla birlikte zarardan da daha az etkilendiği anlaşılmaktadır. Bu durum *Iustinianus* Dönemi'nde koşulsuz kabul edilirken, Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaklığa önemli katkıda bulunan ortak bakımından kazançtan daha fazla pay alması ilkesinin kabul edildiği metinlerden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ilk metin bakımından ortakların ortaklığa katkılarının eşit olmaması durumunda kazançta ve zarara katılmalarının da eşit olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktayken; ikinci metinde bu şarttan bahsedilmemektedir.

Bundan başka ortaklardan birinin kazançtan daha fazla pay almasına rağmen ortaklığa ait zararlara daha az payla katıldığı olasılık Romalı hukukçuları ilgilendiren ve tartışmalı olan esas meseledir.

Tartışmaya ışık tutan *Gaius*'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inden ilgili metinleri incelemek gerekirse:

Gai. Inst. 3.149

“Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse censuit. sed Servius Sulpicius, cuius etiam praeualuit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet.”

Ortaklardan birinin kazançta daha fazla, zararda ise daha az pay aldığı bir ortaklığın geçerliliği konusunda büyük bir tartışma vardı. *Quintus Mucius* bunun ortaklığın doğasına aykırı olduğu görüşündeydi. Ancak görüşü üstün gelen *Servius Sulpicius*, bir ortağın hiçbir zararı üstlenmeden sadece kazançtan pay aldığı ortaklıkların geçerli olduğunu düşünmekteydi ve bir ortağın hizmetinin [emeğinin] değeri bu tür bir düzenlemeyi haklı kılar, zararda payı olmadan sadece kazançta pay

sahibi olduğu ortaklıkların kurulabileceği görüşündeydi. Zira bir ortağın hizmeti [emeği] çoğu zaman para kadar değerlidir.

Iust. Inst. 3.25.2

“De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore conditione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnus allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intellegatur lucri esse.”

Titius ve *Seius*, *Titius*'un kazancın üçte ikisine ve zararın üçte birine; *Seius*'un ise kazancın üçte birine ve zararın üçte ikisine katılacağı hususunda anlaşılarsa böyle bir anlaşma geçerli midir? *Quintus Mucius* bu tür bir anlaşmanın ortaklığın doğasına aykırı olduğunu, bu nedenle anlaşmanın geçerli sayılmaması gerektiğini düşünmekteydi. *Servius Sulpicius*'un görüşü ise aksi yöndeydi, zira çoğu zaman bir ortaklıkta bazı ortakların emeği o kadar değerlidir ki bu kişilerin ortaklığa en uygun koşullarda kabul edilmeleri adildir; nitekim taraflardan birinin para getirip diğerinin getirmediği, yine de kazancın aralarında paylaşıldığı türden ortaklık kurulabileğine ilişkin şüphe bulunmamaktadır; zira bir kimsenin emeği çoğu zaman para kadar değerlidir. *Quintus Mucius*'un görüşüne karşı gelen görüş öylesine hâkim görüş haline gelmiştir ki *Servius*'un görüşüyle tutarlı olarak, ortaklardan birinin kazancın bir kısmını almasına ve zarara katılmamasına bile izin verilmiştir. Ancak bu noktada, herhangi bir işlem sonucunda kazanç, başka iş-

lemde zarar elde edilmişse, bunlar birbirine mahsup edildikten sonra geriye kalanın kazanç olduğu anlaşılmalıdır.

İki metinde de *Quintus Mucius*²³ ile *Servius Sulpicius*²⁴ arasında Geç Cumhuriyet Dönemi'ndeki bir tartışma ele alınmaktadır.²⁵ *Quintus Mucius* açısından bir ortağın diğer ortağa göre kazançtan daha fazla pay alması, ortaklığın doğasına aykırıdır. Dolayısıyla *Quintus Mucius*'a göre böyle bir ortaklık geçerli değildir.²⁶

Gaius'a ait metinde *Servius Sulpicius*'un *Quintus Mucius*'a göre yenilikçi olan bakış açısının vurgulandığı anlaşılmaktadır. Nitekim *Servius Sulpicius*'un ortakların kazanca ve zarara katılma hususundaki anlaşmasına ve özellikle bir ortağın *opera* (hizmet, emek, işgücü)'sına önem verdiği *Gaius* tarafından aktarılmaktadır. *Quintus Mucius*'un ise emeğin değerini vurgulamadığı; zira mal veya para ile emeği eş değerde bulmadığı tahmin edilmektedir.²⁷

Servius Sulpicius, ayrıca bir ortağın zarara katılmaksızın sadece kazançtan pay almasının mümkün olduğunu da ifade etmektedir.²⁸

Iustinianus'a ait metinde bahsi geçen hukukçular arasındaki tartışmanın tekrar ele alındığı anlaşılmaktadır. *Gaius*'a ve *Iustinianus*'a ait metinler bu bakımdan birbirini tamamlar niteliktedir. *Quia saepe opera alicuius pro pecunia valet* (zira birinin emeği, çoğu zaman para kadar değerlidir) cümlesinden hareketle, değeri *pecunia*²⁹ (para, sermaye) ile

²³ Quintus Mucius Scaevola, M.Ö. 95 yılında consul olmuş Romalı hukukçudur. Pontifex maximus olarak görev yapmıştır. Berger, Dictionary, s. 588.

²⁴ Servius Sulpicius Rufus, M.Ö. 51 yılında consul olmuş Romalı hatip ve hukukçudur. Hukuki anlaşmazlıkların çözümünde aequitas (hakkaniyet) uygulamasını geliştirmiştir. Berger, Dictionary, s. 704.

²⁵ Gaius'un, Quintus Mucius ve Servius Sulpicius arasındaki tartışmayı ele alması, tartışmaları hatırlatmak istemesinden ibaret değildir. Nitekim tartışmayı magnus (büyük) olarak nitelendirmesi, Gaius'un zamanında çoktan çözülmüş olması beklenen tartışmanın hala devam ettiğini göstermektedir. Starace, *Lucri et Damni*, s. 4.

²⁶ Forlani, "il Leone", s. 147.

²⁷ Starace, *Lucri et Damni*, s. 6.

²⁸ Forlani, "il Leone", s. 147.

²⁹ Pecunia sözcüğü para anlamına gelmektedir ve kavramın pecus (küçükbaş hayvan) sözcüğünden türetildiği düşünülmektedir. Özcan Karadeniz, "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C: 25, No: 3-4, 1968, s. 179; Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Hukukunda Actio de Peculio", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 7, No: 2, 2005, s. 109.

orantılı olan emeğin katılım payı olarak getirilmesi durumunda, *opera*³⁰ (emek)'nin bu özel *pretiositas* (değer, kıymet)'ı, bir ortağın *damnum* (zarar)'dan muaf tutulmasını haklı kılabilmektedir.³¹

Iustinianus'a ait metnin son kısmında *Servius Sulpicius*'un görüşünün hâkim olduğu vurgulanmıştır ve ortaklardan birinin zarara katılmadan sadece kazanca katılabileceğine dair ilkenin kabul edildiği ifade edilmiştir.³²

Ayrıca *societas*'ta her türlü işlemde elde edilen kazancın ve zararın birbirine mahsup edildikten sonra kazancın hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.³³

Sonuç olarak bir ortağın ortaklığa ait zarardan tamamen hariç tutulabileceğine hükmedilmekteydi ki bu durumda bir *donatio* (bağışlama) kabul edilmemekteydi. Nitekim bir ortağın emeği taraflar arasında bu yönde bir anlaşmayı geçerli kılabilmekteydi. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere, bir ortağın kazançtan tamamen hariç tutulması düşünülemezdi. Zira bu durumda *societas leonina* söz konusu idi.³⁴

Societas'ın bir iyiniyet sözleşmesi³⁵ olması, taraflar arasındaki ka-

³⁰ Roma hukuku kaynaklarında iş görme faaliyetinin karşılığı olarak *opera* kavramının kullanıldığı anlaşılmaktadır. *Opera* aynı zamanda hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan insan faaliyeti anlamına gelmektedir. Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s. 37.

³¹ Starace, *Lucri et Damni*, s. 10; Di Marzo, *Roma*, s. 447; Koschaker ve Ayiter, *Modern Özel Hukuk* s. 242; Umur, *Ders Notları*, s. 372.

³² Zimmermann, *Obligation*, s. 458.

³³ Starace, *Lucri et Damni*, s. 10; Buckland, *Text-Book*, s. 508.

³⁴ Buckland, *Text-Book*, s. 508.

³⁵ *Societas* gibi rızâî sözleşmelerde tarafların sorumluluğuna ilişkin esası *bona fides* (iyiniyet) oluşturmaktadır. Bu tür sözleşmelerde *fides*'in gereği olarak tarafların sadakat, dürüstlük, söze bağlılık gereğince sorumlu tutulması söz konusudur. *Bona fides* ilkesinin hukuka yansımaları praetor faaliyetleri sonucunda tanınan ve *iudicia bona fidei* olarak adlandırılan iyiniyet davalarıyla mümkün olmuştur. Bu durum esasen usul hukuku açısından önem arz etmektedir. İyiniyet sözleşmelerinde tarafların edimlerini ifa etmemesi durumunda *bona fides*'in gereği olarak somut olayın tüm özellikleri geniş takdir yetkisi ile değerlendirilmektedir. Böylece sözleşmeden kaynaklanan taleplerin yalnızca tarafların anlaşığı hususlar kapsamında değil, bunların yerel kullanımına, ticari örf ve adete göre belirlenmesi sağlanmaktadır. Bu sebeplerdir ki *societas* gibi ticaret hayatı açısından önemli olan borç ilişkilerinden doğan davalar bu niteliği taşımaktadır. Rado, *Borçlar*, 36; Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, s. 70-73. Bkz. *Iust. Inst.* 4.6.28: "Actionum autem qua-

zanca ve zarara katılma payları hususundaki anlaşmanın makul ve adil olması anlamına gelmemektedir. Benzer şekilde, *societas*'ın geçerliliği, *societas*'a sunulan katkı ile *societas*'tan elde edilen kazancın eş değerde olması şartına bağlı değildir. Sözleşmenin iyiniyet kurallarına tâbi olması, taraflar arasındaki paylar hususundaki anlaşmanın üstünlüğünü ifade etmekteydi. Bu nedenle taraflar arasında kazancın ve zararın paylaşılması hususunda anlaşma mevcut değilse, söz konusu paylaşımın eşit olması gerektiği fikri kabul görmüştü. Benzer şekilde, taraflar bir ortağın kazancın üçte ikisine, diğerinin üçte birine katılacağını kararlaştırabilirdi. Aynı gerekçeyle bir ortağın zarara katılmadan sadece kazançtan pay alabilmesi kabul edilmekteydi.³⁶

Roma hukukunda bir ortağın zarara katılmadan yalnızca kazanca katılabileceği yönündeki ilke, çağdaş hukukumuzda ortaklığa yalnızca emeğini getirmiş ortak açısından geçerlidir. Gerçekten, TBK m. 623/III hükmünce, bir ortağın zarara katılmaksızın sadece kazanca katılacağına ilişkin anlaşmanın, ancak katılma payı olarak emeğini getiren ortak bakımından geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan çağdaş hukukumuzda *Servius Sulpicius*'un görüşünün bir ölçüde kabul gördüğünü söylemek yanlış olmaz.

E. Kazanca ve Zarara Katılımın Hakem Tarafından Belirlenmesi

Societas'ta kazanca ve zarara katılım payının hakem tarafından belirlenebilmesi taraflarca kararlaştırılabilmektedir.³⁷ Bu hususta *Proculus*'a ait metni incelemek gerekirse:

edam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. (...)” Bundan başka, bazı davalar iyiniyet (bona fides) ve bazıları dar hukuk (strictum ius) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: satış, locatio conductio, vekâletsiz iş görme, vekâlet, saklama, societas, vesayet, kullanım ödücüsü, rehin, tereke paylaşımı, ortak mal paylaşımı, mirasa ilişkin istihkak davaları ile aestimatum'dan ve mal değişiminden doğan praescriptis verbis davası. (...).

³⁶ Zimmermann, *Obligation*, s. 457-458.

³⁷ Stein, Peter, “Roman Arbitration: An English Perspective”, *Israel Law Review*, C: 29, No: 1-2, 1995, s. 215-227; Buckland, *Text-Book*, s. 508; Gönenç, *Societas*, s. 65-66; İpek Sevdâ Söğüt, *Roma Hukukunda Tahkim*, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 29.

D. 17.2.76 (Proculus libro quinto epistularum)

“Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat.”

Ortak arkadaşımız Nerva'nın ortaklıktaki paylarımızı belirlemesi şartıyla benimle bir ortaklık kurdunuz. Nerva sizin üçte bir, benim üçte iki oranında ortak olmamız yönünde karar verdi. Ortaklık kuralları açısından bunun geçerli olup olmadığını veya eşit paylarla ortak olup olmadığını soruyorsunuz. Kanaatimce, onun belirlediği paylara göre mi yoksa iyi bir insan (*bonus vir*) tarafından belirlenmesi gereken paylar için mi ortak olabileceğimizi sormanız daha isabetli olurdu. Esasen iki tür hakem vardır. İlki, karar hakkaniyete uygun olsun ya da olmasın uymamız gereken (tarafların anlaşmasıyla hakeme başvurduklarında gözlemlenen) durumdur. Diğeri ise, kararı verecek kişi açıkça belirlenmiş olsa bile, iyi bir kimsenin takdirine uygun olması gereken durumdur.

Metinden anlaşıldığı üzere ortaklar, kendileri dışında üçüncü bir kişinin, Nerva'nın, kazanca ve zarara katılım paylarını belirlenmesi hususunda anlaşmaktadırlar. Roma hukukunda *societas*'ta bu noktada ortaya çıkabilecek ihtilafların çözümünün *bonus vir* tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği kabul edilmektedir.³⁸

Metinde *arbiter* (hakem) kavramı iki farklı işlevi yerine getirmek üzere seçilen kişileri tanımlamak için kullanılmaktadır. *Societas* gibi taraflar arasında sıkı bir ilişkinin mevcut olduğu sözleşmelerde kazancın ve zararın ortaklar arasında paylaştırılması gibi önemli bir mese-

³⁸ Sögüt, Tahkim, s. 28.

leyi taraflar *arbiter* olarak tayin ettikleri kişinin çözmesini kararlaştırabilmekteydi.

Proculus'a ait metinde, hakem *Nerva*'nın kararı doğrultusunda, bir ortağın *societas*'a ait kazançtan, hak ettiğinden daha düşük pay aldığı iddiasında olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda *Proculus*, genellikle iki tür hakem olduğunu ve ortakların tayin ettikleri hakemin türüne göre kararına karşı çıkılabileceğini izah etmektedir.

Metinde ifade edildiği üzere tarafların aralarında anlaşarak hakem tayin ettikleri ilk durumda hakemin kararı kesin kabul edilmektedir ve taraflar bu karara uymakla yükümlüdür. İkinci durumda ise yalnızca *bonus vir*³⁹ sınırları dahilinde bir karar verilebilir ve bu kararın iyiniyet kurallarına uygun olmadığı ispat edilirse, kararın düzeltilmesi sağlanabilmektedir.⁴⁰

Bu doğrultuda *Proculus*'un bahsettiği ilk durumda *ex*⁴¹ *compromisso* tahkim söz konusudur. Bu yolla Romalılar hukuki uyuşmazlığı hakem yargılamasına havale etmek hususunda anlaşmaktadırlar. Böylelikle taraflar belirledikleri bir hakemin (*arbiter ex compromisso*) aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesine rıza göstermektedirler ve hakemin vereceği karara (*sententia*) uyacaklarına dair anlaşmaktadırlar.⁴²

Proculus'un bahsettiği ikinci durumda ise *bonus vir* tarafından gerçekleştirilen tahkim söz konusudur. Roma hukukunda bu tahkimin basit, genel, şekilsiz ve resmi olmayan bir tahkim türü olduğu kabul edilmektedir. Bu yolla taraflar, aralarında çözemedikleri ihtilafları, güvendikleri üçüncü kişiye, *bonus vir*'e, çözmesi için bırakmaktadırlar. İhtilaflı durumlarda *bonus vir*'in, hakkaniyete, dürüstlük kuralına, iyi bir kimseden beklenen davranışa ve yasalara uygun olacak şekilde karar vermesi beklenmektedir. Geçerli olabilmesi için verilen kararın bahsi geçen sınırlar dahilinde gerekli nitelikleri taşıması gerekmektedir.

³⁹ Bonur vir, dürüst, namuslu ve güvenilir Roma vatandaşını ifade etmekteydi. Bonus vir, özellikle bona fides (iyiniyet)'e dayanan sözleşmelerde tarafların edimlerine ilişkin uyuşmazlıklarda güvenilir üçüncü kişi olarak karar verebilmekteydi. Berger, Dictionary, s. 767.

⁴⁰ Stein, Arbitration, s. 225-226.

⁴¹ Ex ekinin buradaki kullanımının "nedeni ile", "gerekçesi ile", "-e uygun olarak" gibi anlamları karşıladığı belirtilmektedir. Söğüt, Tahkim, s. 73.

⁴² Söğüt, Tahkim, s. 73-74.

dir. Aksi durumda *bonus vir*'e açılmak üzere taraflara dava imkânı tanınmaktadır.⁴³

Proculus'a ait metne dönmek gerekirse metinde *Proculus* ilk durumda *ex compromisso* tahkime, ikinci durumda ise *bonus vir* tarafından gerçekleştirilen tahkime atıfta bulunmaktadır.⁴⁴

Proculus'a ait devam eden iki metinde sorun çözüme kavuşmaktadır:

D. 17.2.78 (*Proculus libro quinto epistularum*)

“In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.”

Söz konusu olayda, iyi bir kimsenin kararına uyulması gerektiği kanaatindeyim, zira ortaklık davası iyiniyet davasıdır.

D. 17.2.79 (*Paulus libro quarto quaestionum*)

“Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.”

Bu nedenle, *Nerva* tarafından verilen karar isabetsizse ve kararın açıkça adaletsiz olduğu anlaşılıyorsa, bu karar bir iyiniyet davası yoluyla düzeltilebilir.

Proculus'a ait üç metin birlikte değerlendirildiğinde, *societas*'ta ortakların kazanca ve zarara katılma hususunu hakeme bırakmalarının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. *Proculus*'un da vurguladığı gibi Roma hukuku kuralları gereği *societas* bir iyiniyet sözleşmesidir ve iyiniyet davaları ile korunmaktadır.⁴⁵ Taraflar belirledikleri hakemin kazancı ve zararı paylaşmaya ilişkin kararının adil olmadığı düşünüyorsa, *Proculus*, burada tarafların *bonus vir* tahkim usulünü tercih ettiklerini kabul etmektedir. Böylelikle taraflardan biri hakemin açıkça hakkaniyete uygun paylaşım yapmadığını düşünüyorsa hakeme karşı bir iyiniyet davası açabilmektedir. Zira *bonus vir* tahkimde hakemin iyi ve güvenilir bir vatandaşın takdir sınırlarında karar verme-

⁴³ Söğüt, Tahkim, s. 22, 31-32.

⁴⁴ Stein, Arbitration, s. 225-226.

⁴⁵ Rado, Borçlar, 114.

si beklenmektedir.⁴⁶ Burada dikkat edileceği üzere hakemin kararına itiraz edilmemektedir. Nitekim söz konusu tahkim türünde hakemin kararına itiraz usûlü öngörülmemektedir. Bunun yerine hakeme dava açılabilmesi söz konusudur.

III- SOCIETAS LEONINA (ASLAN PAYI ORTAKLIĞI)

Roma hukukunda *societas*'ta ortaklardan birinin kazanca katılmaksızın sadece zarara katlanacağı yönündeki anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir.⁴⁷ Bu tür *societas*'lar Roma hukukunda *societas leonina* (aslan payı ortaklığı) olarak isimlendirilmektedir.

Societas leonina kavramına ilişkin kural, *Digesta*'da tek metinde ele alınmaktadır:

D. 17.2.29.2 (*Ulpianus libro 30 ad Sabinum*)

“Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem Leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.”

Aristo, Cassius'un kazancın bir ortağa, zararın ise diğerine ait olduğu bir ortaklığın kurulamayacağı görüşünde olduğunu ve bu tür ortaklığı aslan payı ortaklığı olarak adlandırdığını aktarmaktadır. Biz de ortaklardan birinin kazancı aldığı, diğerinin hiçbir kazanç elde etmediği, yalnızca zararı üstlendiği bu tür ortaklığın geçersiz olduğu düşüncesindeyiz. Zira ortaklardan birinin zarara katlandığı ancak ortaklıktan kazanç sağlamadığı bu ortaklık, son derece adaletsizdir.

Daha önce izah edildiği üzere *societas*'ta bir ortağın zarara katılmaksızın sadece kazanca katılıp katılamayacağı hususu Romalı hukukçular arasında tartışmalı bir meseleydi. Tartışmalar sonucunda

⁴⁶ Stein, *Arbitration*, s. 226; Buckland, *Text-Book*, s. 508.

⁴⁷ Di Marzo, *Roma*, s. 448; Honig, *Roma*, s. 135; Rado, *Borçlar*, s. 114; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 243; Umur, *Ders Notları*, s. 372; Erdoğan, *Borçlar*, s. 97; Gönenc, *Societas*, s. 67; Akıncı, *“Societas”*, s. 141; Şener, *“Ortaklık”*, s. 724; Birks, *Obligations*, s. 111.

bu türden anlaşmaların geçerli olduğu baskın olarak kabul edilmişti. Bununla birlikte, bir ortağın sadece zarara katlanacağı fakat kazanca katılmayacağı yönündeki anlaşmalar *Ulpianus'*a ait metinden de anlaşıldığı üzere Roma hukukunda geçersiz (*nullum est*) kabul edilmişti.

Roma hukuku kurallarına göre *societas'* ta her bir ortak en azından bir miktar kazanç elde etmelidir. Aksi durumda Roma hukukunda ortaklık kavramından bahsedebilmek mümkün değildir. Bir ortağın sadece zarara katlanacağı yönündeki bir anlaşmanın ortaklığın doğasına aykırı ve adaletsiz olduğu kabul edilmektedir.⁴⁸

Dikkat edileceği üzere *societas leonina* terminolojisi tek hukukçuya aittir. *Ulpianus'*a ait *Digesta* metninden anlaşıldığı kadarıyla *Ulpianus*, *societas leonina* kavramını sadece alıntulamakta ve bu ifadenin öğrencisi *Titius Aristo* aracılığıyla *Gaius Cassius Longinus'*a atfedildiğini belirtmektedir.⁴⁹ *Aristo'*nun aktarımına göre *Cassius*, bir ortağın kazançlardan yararlanırken diğer ortağın sadece zararlara katıldığı bir ortaklık kurulmasını kabul etmemektedir. *Ulpianus* ise *Cassius'* un bu husustaki görüşlerini paylaşarak böyle bir ortaklığın geçersizliğine işaret etmektedir.

Öyleyse hukukçu *Cassius*, *societas leonina* kavramını nasıl ortaya koymuş olabilir?

Doktrinde genellikle kabul edildiği üzere *societas leonina* kavramı, *Phaedrus'* un *Vacca et Capella, Ovis et Leo* (İnek, Keçi, Koyun ve Aslan) isimli *fabula*⁵⁰'sına dayanmaktadır.⁵¹

Phaedrus' un *fabula*'sını incelemek gerekirse:

⁴⁸ Zimmermann, *Obligations*, s. 459.

⁴⁹ Forlani, "il Leone", s. 148.

⁵⁰ Fabula kavramı Latince söylemek (fari) fiilinden türetilmiştir ve masalları, öyküleri ve halk arasındaki anlatıları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Fabula, kahramanları hayvanlar ya da nesnelere, bir ölçüde insanlar ve tanrılar olan küçük öyküdür. Fabula ile katı öğütler vermek yerine düş gücü kullanılarak canlı, renkli ve küçük oyunlarla ikinin, güzelin ve doğrunun gösterilmesi amaçlanmaktadır. Türün ilk temsilcisi Yunanca düzyazılarıyla masallar yazan Küçük Asyalı Aisopos'dur. Gaius Iulius Phaedrus, *Masallar*, çev. Güngör Varnıoğlu, İstanbul, YKY, 2007, s. XI.

⁵¹ Kaser, *Roman Private Law*, s. 226; Buckland, *Text Book*, s. 508; Zimmermann, *Obligations*, s. 459; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 244; Di Marzo, *Roma*, s. 448; Gönenç, *Societas*, s. 68; Koschaker/ Ayiter, *Modern Özel Hukuk* s. 242.

Vacca et Capella, Ovis et Leo

*“Numquam est fidelis cum potente societas.
Testatur haec fabella propositum meum.
Vacca et capella et patiens ovis iniuriae
socii fuere cum leone in saltibus.
Hi cum cepissent cervum vasti corporis,
sic est locutus, partibus factis, leo:
“Ego primam tollo nomine hoc quia rex cluo;
secundam, quia sum consors, tribuetis mihi;
tum, quia plus valeo, me sequetur tertia;
malo adficietur, si quis quartam tetigerit”.
Sic totam praedam sola improbitas abstulit.”*

İnek ve Keçi, Koyun ve Aslan

Güçlü biriyle yapılan ortaklığa asla güven olmaz
İşte bu masal sözlerimi kanıtlar
Bir inek, bir keçi ve sebatkâr koyun
Aslanla ortaklık kurmuşlar
Ormanda kocaman bir geyik yakaladıklarında
Paylaşıırken avı şöyle demiş aslan:
“İlk pay benimdir çünkü kral derler bana
Ortak olduğum için ikincisini de bana vereceksiniz
Güçlü olduğum için üçüncüsünü almak yine bana düşer
Her kim dördüncüye el uzatırsa başı beladan kurtulmaz”
Böylece vicdansız, avın tamamını alıp götürmüş.

Phaedrus' a ait *fabula'* da kahramanları inek, keçi, koyun, aslan olan ve bir geyiğin yakalanmasıyla ormanın kralının avın tamamına el koyduğu bir ortaklık tasvir edilmektedir.

Daha önce de vurgulandığı üzere *Digesta'* da sadece bir metinde⁵² *societas leonina* kavramı bahis konusu edilmektedir. Buradan hareketle Romalı hukukçular arasında kavramın yaygın olarak kullanılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁵³ Bir ortağın hiç kazanç elde etmeden sadece zarara katlandığı ortaklığı “aslan payı ortaklığı” olarak ifade etmenin son derece özgün olduğu ortadadır. *Cassius'*un aklındaki ortaklarının haklarını suistimal ederek tüm kazancı kendisine mal eden aslan sahnesi, bu nedenle bizi *Cassius'*un bir masaldan bahsettiği düşüncesine götürmektedir.⁵⁴

Masallar genellikle çocuklukta öğrenilir ve yetişkinlikte de memnuniyetle hatırlanabilir. Dolayısıyla *Cassius'*un çocukluğunda öğrendiği bir masalı anımsıyor olması ihtimal dahilindedir.⁵⁵ Bununla birlikte, yetişkin *Cassius'*un, *Phaedrus'*un masallarını dikkatle incelemesi ve ikilinin yollarının kesişmesi için esasen başka bir sebep olduğu düşünülmektedir.⁵⁶

⁵² Bkz. D. 17.2.29.2

⁵³ Forlani, “il Leone”, s. 147.

⁵⁴ Guarino, “La Societ ”, s. 20-21.

⁵⁵ Guarino, “La Societ ”, 21.

⁵⁶ *Cassius'*un *Phaedrus'*tan ziyade, eserleri Roma'da yaygın olarak bilinen *Aisopos'*tan esinlenmiş olması fikri göz ardı edilemez. Bununla birlikte, *Aisopos'*a ait masal ile *Phaedrus'*a ait masal birbirinden büyük ölçüde farklıdır ve *Aisopos'*un masalındaki üç hayvan arasındaki ortaklık ilişkisi, D.17.2.29.2 metnindeki şekliyle *societas leonina* olarak tanımlanmaya daha az elverişlidir. Nitekim *societas leonina* kavramı için doktrinde genellikle *Phaedrus'*un fabula'sına atıfta bulunmaktadır. Forlani, “il Leone”, s. 150. *Aisopos'*a ait “Aslan, Eşek ve Tilki” masalı ise şöyledir: Bir aslan, bir eşek ve bir tilki ava çıkmışlar. Büyük bir av yakaladıklarında aslan eşeğe bunu paylaşmasını emretmiş. Eşek avı üç eşit parçaya böldükten sonra aslana kendi payını seçmesini önerdiğinde aslan çileden çıkmış, sonra eşeği yemiş. Aslan daha sonra tilkiye avı paylaşmasını emretmiş. Tilki ise koca bir parçayı aslana, kendine ise ufak bir parça ayırmış. Aslan “Sana böyle paylaşmayı kim öğretti” diye sorunca tilki, “Eşeğin kaderi!” diye cevap vermiş. Metin İngilizce'den çevrilmiştir. bkz. Brian Møller Jensen, “Societas Leonina or the Lion's Share An Analysis of Aesopica 149, Phaedrus I.5 and Babrius I.67”, *Acta Philologica Suecana*, 2004, C. 102, S. 2, s. 98. Masalda aslanın, avı üç eşit parçaya bölen eşeği yedikten sonra, küçük de olsa bir parçayı tilkiye bırakması ve tilkinin kurnazlığını takdir ettiğini göstermesi önemli bir detaydır. Forlani, “il Leone”, s. 152. Bu noktada aslanın tilkiye sembolik de olsa avdan pay vermesi bağışlama olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle *Aisopos'*un masalının *societas leonina* vasfını taşımadığı söylenebilir. Zira ortaklardan birine az da olsa kazançtan pay verilmektedir. Roma hukuku kaynaklarında *societas* bakımından bunun mümkün olup olmadığı kesin değildir. Satış sözleşmesi ve kira sözleşmesi gibi diğer rızai sözleşmelerde nummo uno (bir adet madeni para) tutarında satış bedeli veya kira bedeli belirlendiği durumlarda bunun donatio (bağışlama)'ya benzediği kaynaklarda belirtilmektedir. Bk. D. 18.1.36 ve D. 19.2.46. *Phaedrus'*un masalı ile karşılaştırıldığında *Aisopos'*a ait masalda eşek

Gaius Iulius Phaedrus hakkında fazla bilgi bulunmamakla birlikte, *Phaedrus*'un *Augustus*'un azatlısı olduğu düşünülmektedir.⁵⁷ *Phaedrus* kendi döneminde Roma yazınında yeri olmayan *fabula* türünün uygulayıcısı olmuştur ve *Aisopos*'tan devraldığı geleneğe⁵⁸ yön vermiştir. *Aisopos*'un masallarından bazılarını Latinceye çevirmiştir ve onun masallarını örnek alarak kendisi özgün eserler ortaya koymuştur.⁵⁹

Fabula, *Phaedrus* için yaşadığı çağdaki kusurları yerme aracı halini almıştır. Yayınlanan ilk iki kitabındaki masallar⁶⁰ nedeniyle *Phaedrus*'a, *Seianus*⁶¹'u hicvettiği iddiasıyla dava⁶² açılmıştır.⁶³ Doktrinde bu noktada belirli kronolojik olaylar dizisine dayanarak, *Phaedrus*

ve tilki gibi farklı hayvanların kahraman olarak seçildiği görülecektir. Yine *Phaedrus*'a ait masalda dört, *Aisopos*'unkinde üç kahraman bulunmaktadır. Doktrinde ayrıca, *Phaedrus* tarafından inek, keçi ve koyun gibi herbivor (otçul beslenen) üç hayvanın seçilmesi manidar bulunmaktadır. Nitekim herbivor üç hayvanın av olarak yakalanan geyik ile beslenemeyecekleri aşikârdır. Öyle ki avın paylaşımı hususunda uyumsuzluk çıkmış ve aslan kendini bir hukukçuya teslim etmiş olsaydı, avın tamamının aslana ait olduğu şüphesiz kabul edilirdi. Guarino, "La Societ ", s. 27-28.

⁵⁷ *Phaedrus*'un savaş esiri olarak Roma'ya geldiği düşünülmektedir ve *Augustus*'tan sonra *Tiberius*, *Caligula*, *Claudius* ve *Nero* dönemlerini de gördüğü tahmin edilmektedir. *Phaedrus*, *Masallar*, s. XX. Karşıt görüş ve konu hakkındaki tartışmalar için ayrıca bkz. Edward Champlin, "Phaedrus the Fabulous", *The Journal of Roman Studies*, 2005, C. 95, s. 98 vd. Enrica Sciarrino, "What 'lies' behind Phaedrus' Fables", *Private and Public Lies The Discourse of Despotism and Deceit in the Graeco-Roman World*, der. Andrew J. Turner/James H. Kim On Chong-Grossard/Frederik Juliaan Vervaet, C. II, Leiden-Boston, Brill, 2010, s. 231 vd.

⁵⁸ *Phaedrus*, I. Kitabındaki konuları, auctor (ilk adımı atan) olarak adlandırdığı *Aisopos*'tan almıştır. *Phaedrus*, *Masallar*, s. XXI.

⁵⁹ *Phaedrus*, *Masallar*, s. XX.

⁶⁰ Bkz. "Güneş ile Kurbağalar" ve "Kral İsteyen Kurbağalar"

⁶¹ *Praefectus praetorio* olarak görev yapmış, imparator *Tiberius*'a yakınlığıyla bilinen devlet adamı. Ayrıntılı bilgi için bkz. H. W. Bird, "L. Aelius Seianus and His Political Significance", *Latam*, 1969, C. 28, S. 1, s. 61.

⁶² Bu davanın *actio iniuriarum* olduğu düşünülmektedir. Ne quid infamandi causa fiat'a ilişkin beyannameyle bir kimsenin, bir kişinin şerefine ve itibarına karşı gerçekleştirdiği her türlü saldırı cezalandırılmaktadır. Gerçekten D. 47.10.15.27'de Beyanname kapsamında başkasının itibarını zedeleyecek davranışlara alaycı bir yazı yazmak, bir kimsenin onurunu zedeleyecek şekilde bir şey yayımlamak ya da şarkı söylemek örnek gösterilmiştir. Guarino, "La Societ ", s. 23. Ne quid infamandi causa fiat'a ilişkin beyanname hakkında bkz. Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s. 153 vd. Alaz Tarhan, *Roma Hukukunda Iniuria (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara, 2019, s. 85 vd.

⁶³ Guarino, "La Societ ", s. 23.

ile *Seianus* arasındaki hukuki uyuşmazlık ile *Cassius*'un dönemin ünlü bir hukukçusu olması ve *praetor*'luk makamı nedeniyle ilgilendiği, böylelikle *Phaedrus*'un *fabula*'larını incelediği ifade edilmektedir.⁶⁴ Meselenin *Cassius*'un konuya dahil olmasıyla *Phaedrus*'un aleyhine olmayan bir şekilde çözüme kavuştuğu tahmin edilmektedir.⁶⁵

Kavramın kökenini tam olarak aydınlatılabilmek mümkün olmakla birlikte, Romalı hukukçular *societas*'ta ortaklardan birinin kazançtan hiç pay almayacağı yönündeki anlaşmaların geçersiz olduğunu düşünmekteydi. Öyleyse neden bu türden bir anlaşma *societas*'ın doğasına aykırı ve adaletsiz kabul edilmektedir?

Roma hukukunda *societas*'ın kökeninde miras ortaklığı bulunmaktadır. Bu nedenle *societas*'ın *fraternitas* (kardeşlik) fikrine dayandığı genellikle kabul edilmektedir.⁶⁶

Söz konusu miras ortaklığı Roma hukukunun arkaik evresinde *pater familias*'ın ölümü üzerine aile malvarlığının bölünmeden yönetilmesi ve korunması amacıyla hizmet etmekteydi. Böylelikle aile evlatları kader birliğiyle hareket etmekte ve kendilerine miras kalan malları birlikte yönetmekteydi. Roma toplumunda bu tür ortaklıkların giderek önemini yitirmesiyle ve yabancılar ile Romalılar arasındaki ticari ilişkilerin gelişmesiyle birlikte, bahsi geçen miras ortaklığı model alınarak ve kardeşler arasındaki kurallar (*ius fraternitas*) gözetilerek, iyiniyet kuralları çerçevesinde rızaî bir sözleşme olarak *societas*'lar gelişim göstermişti. Bu nedenle bir ortağın kazançtan pay almadan sadece zarara katıldığı bir ortaklığı Romalı hukukçuların kabul etmesi mümkün değildi. Zira böylesine adaletsiz bir ortaklık, kardeşlik hukukuna uygun olmazdı.⁶⁷

⁶⁴ Guarino, "La Società", s. 23.

⁶⁵ Forlani, "il Leone", s. 150.

⁶⁶ Honig, Roma, s. 134. D. 17.2.63 pr. (Ulpianus libro 31 ad edictum): "Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat." Sabinus'un görüşü doğrudur, ortaklığın bütün mallar üzerinde (universorum bonorum) değil de tek bir mal (societas unius rei) hakkında olduğu durumlarda bile ortakların ödeme güçlerine göre ya da hileyle ödemekten kaçındıkları miktar tutarınca mahkum edilmeleri gerekmektedir. Ortaklık, bir anlamda kardeşliğe benzediği için bu son derece makuldür.

⁶⁷ Roma hukukunda miras ortaklığı, *societas* ve *fraternitas* kavramları arasındaki

Kavramın Roma hukukundan sonraki gelişimi incelendiğinde glossatorların⁶⁸ ve commentatorların⁶⁹ da *societas leonina* kavramıyla ilgilendikleri anlaşılmaktadır.⁷⁰

Çağdaş hukukumuzda da Roma hukukundaki gibi aslan payı ortaklıkları kabul edilmemektedir. Zira taraflardan birinin sadece zarara katılacağına yönelik anlaşma, taraflar arasındaki ilişkinin ortaklık olarak nitelendirilmesini engellemektedir. Nitekim bu gibi hallerde ortak amaç unsuru yönünden ortaklığın sakat olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte, doktrinde bu yolla tarafların başka bir hukuki işlemi amaçladıklarının kabullüyle anlaşmanın niteliğine göre garanti taahhüdü, bağışlama ve kefalete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği yönünde görüşler de mevcuttur.⁷¹

ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütü, Roma Özel Hukuku, s. 518-519; Rado, Borçlar, s. 111; Gönenç, Societas, s. 15-16; Bretone, "Consortium", s. 165; Emilio Betti, Istituzioni di Diritto Romano, Volume Primo, Padova, Cedam, 1947, s. 426-427; Marina Evangelisti, "Sull'origine Policentrica della Societas Consensu Contracta", Liber Amicorum per Massimo Bione, Milano, 2011, s. 204-205; Ali Selkor Atak, "Consortium Ercto Non Cito", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul, Beta, 2011, s. 31, 35-36.

⁶⁸ Bologna Hukuk Okulunda 12. yüzyıl başlarından itibaren skolastik doktrine göre faaliyet gösteren hukukçulara verilen isimdir. Umur, Lügat, s. 79.

⁶⁹ 13. ve 15. yüzyıllar arasında skolastik doktrine göre faaliyet gösteren hukukçulara verilen isimdir. Glossatorların aksine Roma hukukunun uygulamada yeniden geçerli kılınmasına ve pratik amaçlara yönelik çalışmalara ağırlık vermişlerdir. Erdoğan, Roma, s. 82.

⁷⁰ Societas leonina'nın geçersizliği hususundaki tartışmalar Roma hukukunun Klasik Dönemi'nden sonra da varlığını sürdürmüştür. Bu kapsamda kazancın ve zararın ortaklar arasında paylaşılması ve societas leonina hakkındaki tartışmalara öncelikle Glossatorlar tarafından katkı sağlanmıştır. Glossatorlar *lucrum* (kazanc) ve *damnum* (zarar) terimlerinin anlamını izah etmeye odaklanmışlardır. Ayrıca, günümüze ulaşan eserlerinden anlaşıldığı kadarıyla Glossatorlar da societas leonina'yı geçersiz kabul etmişlerdir. Yine Glossatorlar, ortaklıkta ortaklardan birinin kazancın çok büyük bir kısmına sahip olmakla birlikte diğer ortağın nummo uno (bir adet madeni para) tutarında bir pay vererek societas leonina'nın geçersizliğini bertaraf etme imkânını tartışmışlardır. Bundan başka Commentatorlar da societas leonina hakkındaki tartışmalara katılmışlardır. Commentatorlardan Baldus de Ubaldis, ortaklardan birinin kazancın tamamını aldığı ve diğer ortağın zarara katıldığı ortaklıkların societas leonina olarak isimlendirildiğini ve bu türden ortaklıkların geçersiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tomasz Palmirski, "The Societas Leonina in the Work of Commentators", *Zeszyty Prawnicze*, 2018, C. 18, S. 4, s. 248 vd.

⁷¹ Tartışmalar hakkında bkz. Şener, "Ortaklık", s. 726.

SONUÇ

Çağdaş hukukumuz adi ortaklıkta ortakların kazanca ve zarara katılımı hususunda büyük ölçüde Roma hukukundaki ilkeleri takip etmektedir.

Gerek Roma hukuku gerek çağdaş hukukumuz bakımından taraflar arasında kazancın ve zararın paylaşılması hususundaki anlaşma kuralı olarak geçerli kabul edilmektedir. Tarafların bu hususta bir anlaşma yapmamaları durumunda kazanca ve zarara katılım payının, ortaklığa katılımın türüne veya değerine bakılmaksızın, eşit olduğu Roma hukukunda olduğu gibi çağdaş hukukumuzda da kabul edilmektedir. Bazı durumlarda tarafların kazanç veya zarar bakımından katılım payını belirlemedikleri bilinmektedir. Roma'da *societas* henüz kurulduğunda ortakların, zarar elde etme ihtimalini göz önünde bulundurmamaları nedeniyle genellikle kazanca katılım payını belirledikleri fakat zarara katılım payını belirlemeyi ihmal ettikleri bilinmektedir. Bu noktada taraflar sadece kazanca katılım payını belirlediyse fakat zarara katılım payını belirlemedilerse, kazanca katılım payının zarara katılım payı için de geçerli olduğu prensibi kabul edilmektedir. Benzer şekilde, sözleşmede sadece zarara katılım payı taraflar arasında belirlendiyse fakat kazanca katılım payı belirlenmediyse, zarara katılım payının, kazanca katılım payı ile aynı olduğu kabul edilmektedir. Roma hukukunda geçerli olan bu prensip, çağdaş hukukumuzca da kabul edilmektedir. *Societas*'ta kazanca ve zarara katılımın eşit olması da mümkündür. Bununla anlatılmak istenen ortaklardan birinin kazanca daha çok katılıp zarara daha az katılması durumudur. Romalı hukukçular arasında bu durum tartışma konusu olmuştur. Nitekim bunu *societas*'ın doğasına aykırı bulanlar olduğu gibi kabul edenler de vardır. Nihayetinde ortaklardan birinin zarara daha az katılırken kazanca daha fazla katılabilmesinin mümkün olduğu, Roma hukukunda baskın görüş olarak kabul edilmiştir. Dahası bir ortağın zarara hiç katılmadan yalnızca kazanca katılabileceği de Roma hukukunda kabul edilmiştir. Roma hukukunda bir ortağın zarara katılmadan yalnızca kazanca katılabileceği yönündeki bu ilke, çağdaş hukukumuzda ortaklığa yalnızca emeğini getirmiş ortak açısından geçerlidir. Roma hukukunda *societas*'ta kazanca ve zarara katılım payının ortaklar yerine hakem tarafından belirlenebilmesi de ayrıca kabul edilmiştir. Son olarak, ortaklardan birinin kazanca katılmaksızın sadece zarara katla-

nacağı yönündeki *societas leonina* (aslan payı ortaklığı) olarak adlandırılan anlaşmalar, hem Roma hukukunda hem çağdaş hukukumuzda geçersiz kabul edilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arangio-Ruiz Vincenzo, *La Società in Diritto Romano*, Napoli 1950
- Atak Ali Selkor, "Consortium Ercto Non Cito", Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, İstanbul, Beta, 2011, s. 19-38
- Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953
- Berki Şakir, *Roma Hukuku*, Ankara, 1949
- Betti Emilio, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume Primo, Padova, Cedam, 1947
- Birks Peter, *The Collected Papers of Peter Birks The Roman Law of Obligations*, der. Eric Descheemaeker, Oxford, Oxford University Press, 2014
- Buckland William Warwick, *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975
- Di Marzo Salvatore, *Roma Hukuku*, çev.: Ziya Umur, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959
- Diósdí György, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970
- Erdoğmuş Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2005
- Erdoğmuş Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2022
- Erdoğmuş Belgin, *Roma Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992
- Evangelisti Marina, "Sull'origine Policentrica della Societas Consensu Contracta", *Liber Amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, s. 193-209
- Frezza Paolo, "L'istituzione della Collegialità in Diritto Romano", *Studi in Onore di Siro Solazzi nel Cinquantesimo Anniversario del suo Insegnamento Universitario*, Napoli, Eugenio Jovene, 1948, s. 507-541
- Gönenç Fulya İlçin, *Roma Hukukunda Şirket Akti*, İstanbul, Der Yayınları, 2004
- Honig Richard, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası, 1935
- Karadeniz Çelebican Özcan, *Roma Eşya Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015
- Karadeniz Özcan, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976
- Karagöz Havva, "Digesta'nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, İstanbul, Der Yayınları 2011, s. 135-154
- Kaser Max, *Roman Private Law*, çev.: Rolf Dannenbring, Pretoria, Gutenberg Book Printers, 1984

- Koschaker Paul/Ayiter Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukunun Ana Hatları*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977
- Maschi Carlo Alberto, *Disertiones, Ricerche Intorno alla Divisibilità del Consortium nel Diritto Romano Antico*, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1935
- Mousourakis George, *Roman Law and the Origins of the Civil Law*, Cham, Springer, 2015
- Phaedrus Gaius Iulius, *Masallar*, çev. Güngör Varınlıoğlu, İstanbul, YKY, 2007
- Rado Türkân, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014
- Sciarrino Enrica, "What 'lies' behind Phaedrus' Fables", *Private and Public Lies The Discourse of Despotism and Deceit in the Graeco-Roman World*, der. Andrew J. Turner/James H. Kim On Chong-Grossard/Frederik Juliaan Vervaeet, C. II, Leiden-Boston, Brill, 2010, s. 231-248
- Söğüt İpek Sevda, *Roma Hukukunda Tahkim*, İstanbul, XII Levha, 2011
- Söğütlü Erişgin Özlem, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, Ankara, Seçkin, 2016
- Söğütlü Özlem, *Roma Özel Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2021
- Şener Oruç Hami, "Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Yayına Hazırlayan: Abuzer Kendigelen, C. 1, İstanbul, Beta, 2002, s. 703-764
- Tahiroğlu Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2023
- Tahiroğlu Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969
- Tarhan Alaz, *Roma Hukukunda Iniuria (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara, 2019
- Uçaryılmaz Talya Şans, *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019
- Umur Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Beta Yayın, 1990
- Umur Ziya, *Roma Hukuku Lügati*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975
- Westrup Carl Wium, *Introduction to Early Roman Law, Comparative Sociological Studies, The Patriarchal Joint Family*, III. Patria Potestas, Copenhagen, Oxford University Press, 1939
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta and Co, 1992

Makaleler

- Akıncı Şahin, "Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. M. Şakir Berkî'ye Armağan), 1996, C. 5, S. 1-2, s. 137-151
- Bird H. W., "L. Aelius Seianus and His Political Significance", *Latamus*, 1969, C. 28, S. 1, s. 61-98
- Bretone Mario, "Consortium e Communio", *LABEO*, 1960, C. 6, s. 163-215

- Champlin Edward, "Phaedrus the Fabulous", *The Journal of Roman Studies*, 2005, C. 95, s. 97-123
- Forlani Veronica, "Se il Leone Concede Qualcosa: Brevi Note in Tema di Societas Leonina", *Tesseræ Iuris*, 2021, C. II, S. 1, s. 147-158
- Jensen Brian Møller, "Societas Leonina or the Lion's Share An Analysis of Aesopica 149, Phaedrus I.5 and Babrius I.67", *Acta Philologica Suecana*, 2004, C. 102, S. 2, s. 97-104
- Karadeniz Özcan, "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, C. 25, S. 3-4, s. 179-194
- Tomasz Palmirski, "The Societas Leonina in the Work of Commentators", *Zeszyty Prawnicze*, 2018, C. 18, S. 4, s. 247-258
- Starace Pia, "Partes Lucri et Damni tra Societas Leonina e Societas Donationis Causa: Questioni di Nullità", *Teoria e Storia del Diritto Privato Rivista Internazionale Online*, 2020, S. 13, s. 1- 35
- Stein Peter, "Roman Arbitration: An English Perspective", *Israel Law Review*, 1995, C. 29, S. 1-2, s. 215-227
- Tahiroğlu Bülent, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", *İÜHFİM*, 1981, C. 45, S. 1-4, s. 677-706
- Türkoğlu Özdemir Gökçe, "Roma Hukukunda Actio de Peculio", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 7, S. 2, s. 103-135
- Watson Alan, "Consensual Societas Between Romans and the Introduction of Formulae", *RIDA*, 1962, C. 9, S. 3, s. 431-436

İnternet Kaynakları

<https://www.thelatinlibrary.com/gaius.html>

<https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

KAMU İHALE KANUNU UYARINCA VERİLEN İHALELERE KATILMaktan YASAKLAMA KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

JUDICIAL REVIEW OF THE PROHIBITION FROM PARTICIPATING IN TENDERS IN ACCORDANCE WITH PUBLIC PROCUREMENT LAW

Engin SAYGIN*

Özet: İhalelerin usulüne uygun düzenlenmesini engelleyen eylem ve davranışlara yaptırım uygulanması halinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde sayılan temel ilkeler gerçek manada uygulanabilmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından yayınlanan Kamu Alımları İstatistiklerine göre her yıl çok kişi ya da firma hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının verildiği görülmektedir. İdari makamlar tarafından verilen yasaklama kararları, birer idari yaptırım niteliğindedir ve dolayısıyla yargısal denetime tabidir. Bu çalışmada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihaleden yasaklama kararlarının yargısal denetiminde önem arz eden görevli mahkeme, yetkili mahkeme, kesin ve yürütülebilir işlem, dava açma süresi, aynı dilekçe ile dava açılması ve temyiz edilebilirlik konuları Danıştay 13. Dairesi'nin örnek yargı kararları ışığında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İhale Hukuku, Kamu İhalesi, İdari Müeyyide, Yargısal Denetim, Görev, Yetki, Dava Açma Süresi, Aynı Dilekçe Dile Dava Açılması ve Temyiz Edilebilirlik

Abstract: The basic principles enumerated by Article 5 of the Public Procurement Law No. 4734 can be truly implemented if sanctions are imposed on actions and behaviours that prevent the proper organisation of tenders. According to the Public Procurement Statistics published by the Public Procurement Authority, it is seen that many individuals or companies are banned from participating in tenders every year. Prohibition decisions issued by administrative authorities are administrative sanctions and therefore subject to judicial review. In this study, the issues of the duty, competent court,

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, enginsaygin@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9003-9966, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.03.2024, Kabul Tarihi: 28.05.2024

final and enforceable action, time limit for filing a lawsuit, filing a lawsuit with the same petition and appealability that are important aspects in the judicial review of the prohibition decisions according to the Public Procurement Law No. 4734 are discussed in the light of the sample judicial decisions of the 13th Chamber of the Council of State.

Keywords: Procurement Law, Public Tender, Administrative Sanction, Judicial Review, Duty, Competent Court, Final and Enforceable Action, Time Limit for Filing a Lawsuit, Filing a Lawsuit with The Same Petition and Appealability

GİRİŞ

Kamu İhale Kurumu'nun yayınlamış olduğu 2023 Yılı 12 Aylık Kamu Alımları İstatistiklerine göre, 2023 yılında 4570 yasaklama kaydı alınmıştır. Her gün yeni kayıtlar eklenerek ve yasaklama süresi biten kayıtlar çıkarılarak değişen aktif yasaklama listesinde ise 31.12.2023 tarihi itibarıyla 6362 kayıt yer almıştır. Aktif yasaklamaların 2331'i hakkında kamu davası açılmış ve bu aktif yasaklamaların %44.51'i 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (kısaca 4734 sayılı Kanun) göre yapılmıştır.

Sadece bu istatistiki verilerin bile şeffaf, adil, eşitlikçi ve rekabete dayalı ihalelerin ancak ihalelerin usulüne uygun düzenlenmesini engelleyen eylem ve davranışlara yaptırım uygulanması yoluyla sağlanacağını gösterdiğini ifade edebiliriz.¹ Bu anlamda, ihale düzenini koruyan "mali kabahat" niteliğindeki² ihalelere katılmaktan yasaklanmaya sebep olan yasak fiil ve davranışların 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde sayıldığı görülmektedir.³ İhalelerde yapılması yasak olan

¹ Cemil Kaya, "İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 14, S. 2, s. 154.

² Aziz Taşdelen, "Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma", *AÜHFD*, 2006, C. 55, S. 1, s. 316.

³ Söz konusu madde "17'nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2'nci ve 3'üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve

ve yapılması halinde yasaklama kararı verilmesini gerektiren yasak fiil veya davranışlar şunlardır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.
- e) 11'inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

4734 sayılı Kanun'da sayılan bu yasaklama nedenleri, ihale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki fiiller ile ihale kararının kesinleşmesi

işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketine ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmî Gazetede yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür" hükmünü içermektedir.

aşamasından sonraki fiiller şeklinde iki aşamada incelenebilmektedir. Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararını verecek makamlar ise 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinde belirtilmektedir. Buna göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilecektir.

Görüleceği üzere idari mercilerce verilen yasaklama kararları, idari bir yaptırım niteliğindedir. Yasaklama kararı idari bir karar olduğundan idari yargı denetimine tabidir. Bu çalışmamızda 4734 sayılı Kanun'a⁴ göre ihaleden yasaklama kararlarının yargısal denetiminde tereddüt oluşturan görevli mahkeme, yetkili mahkeme, kesin ve yürütülebilir işlem, dava açma süresi, aynı dilekçe ile dava açılması ve temyiz edilebilirlik konuları Danıştay 13. Dairesi'nin örnek yargı kararları ışığında ele alınacaktır.⁵

I- GÖREVLİ MAHKEME

Yargılama hukukunda görev, bir uyumsuzluğun çözümünde hangi yargı kolunun ya da mahkemenin görevlendirilmiş olduğunu belirleyen bir kavramdır.⁶ Diğer bir ifadeyle, görev bir yargı yerinin dava konusu bakımından yetkisini ifade etmektedir.⁷ Görev kavramının

⁴ Leyla Bakır Az, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Verilen İhaleden Yasaklama Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 49.

⁵ Çalışmanın sınırlı kapsamı nedeniyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda düzenlenen ihalelerden yasaklama kapsam dışı bırakılmıştır. 2886 sayılı Kanun uyarınca verilen ihalelerden yasaklama için bakınız Yeliz Neslihan Akel, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul, On İki Levha, İstanbul, 2018; Kerem Canbazoglu, Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

⁶ Zehreddin Aslan, Madde Sistematiği ile İdari Yargılama Hukuku (Vergi Yargılaması Dahil), Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 226.

⁷ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 117; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 169; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 111; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 397; Lale Burcu Önüt, Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 154.

öneminden hareketle ve söz konusu kavramın yarattığı sorunlar ile bu sorunların çözülmesine vurgu yapan tanımda ise görev; *“basit bir usul problemi olmayıp, yargılamanın seyri ve sonucu açısından hayati önemi haiz olan, doğru bir şekilde tanımlanmasıyla ve belirlenmesiyle hukuk güvenliğini sağlayacak olan, sağlıklı-etkin-verimli bir yargılama yapmanın bir aracı olan, usul hükmü olmakla beraber esası da yakından ilgilendiren ve sonuç olarak aynı yargı yolundaki mahkemelerden hangisinin o davaya bakacağını belirlemeye yönelik olan kurallar bütünü”* olarak ifade edilmektedir.⁸

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (kısaca 2577 sayılı Kanun) 15'inci maddesine göre, ilk incelemede öncelikle idari yargı düzeninin görevli olup olmadığının tespiti yapılmaktadır.⁹ Davanın, idari yargının görev alanına girip girmediğinin tespiti, dava konusunun şu özelliklerine bakılarak belirlenmektedir.¹⁰ İlk olarak davanın konusunun, işlevsel anlamda idareden sadır olan ve kamu gücü kullanılarak ortaya konan bir irade olup olmadığı, yani uyumsuzluğun idari bir nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmaktadır. İkinci olarak dava konusu işlemin yasama kısıntısı ya da yargı kısıntısı kapsamında olup olmadığı araştırılmaktadır. Üçüncü olarak dava konusunun kanunla veya içtihatla, başka bir yargı yerinin görevine girip girmediği araştırılmaktadır. Son olarak davanın idari yargı düzenindeki davalardan birine girip girmediği araştırılmaktadır.

İhalelere katılmaktan yasaklamalarda görev konusunda önemli hususlardan ilki, hakkında açılan kamu davası dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi gereğince ihalelere katılmaktan yasaklı konumuna gelenler bakımından, yasaklı kalınan süre boyunca uğrıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davaların 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141 ve 142'nci maddeleri uyarınca adli yargı yerlerinde görülecek olmasıdır.¹¹

⁸ Emrah Özcan, İdari Yargı Organları Arasındaki Görev Sorunları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 82.

⁹ Yunus Eraslan, Hüseyin Bilgin, “İdari Yargıda Görev Uyuşmazlığı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2017, S. 8, s. 151-87; Dilşat Yılmaz, “İdari Yargıda “Görev”, “İş Bölümü”, ‘İş Dağılımı’ Paradoksu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII, S. 4 s. 257-270.

¹⁰ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 287.

¹¹ Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talebinin hukuki dayanağını Anayasa'nın 19'uncu maddesi ve 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ve 144'üncü maddeleri oluşturmaktadır. 5237 sayılı Kanun'un “Koruma Tedbirleri Nedeniy-

Örnek bir olayda; hakkında ihaleye fesat karıştırma suçlamasıyla ağır ceza mahkemesinde açılan kamu davasının yapılan yargılamasında beraat eden davacı, beraat edinceye kadar geçen yaklaşık bir yıllık süre içerisinde devam eden kamu davası gerekçe gösterilerek “ihaleden yasaklılık” kararı verildiği, bu dönemde ihalelere iştirak edememiş olmasından kaynaklanan maddi zararının tazmini istemiyle dava açmıştır. İdare mahkemesince verilen kararda; her ne kadar hakkında “ihaleye fesat karıştırma” suçlaması ile açılan ceza davasından davacı beraat etmiş ise de yasaklılık kararının yasal düzenlemeler çerçevesinde verildiği, bu hususta mevzuata aykırı bir durum bulunmadığı gibi yasaklılık işlemine karşı dava da açılmadığı, öte yandan istenilen ve uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın net ve somut olarak ortaya konulmadığı, dolayısıyla söz konusu yasaklama ile illiyet bağının kurulmadığı anlaşıldığından davacının maddi tazminat isteminin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Danıştay 13. Dairesi ise konuya farklı açıdan yaklaşmıştır. 13. Daire; 4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesi uyarınca kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanunu’na göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama sonuna kadar ihalelere katılmamaları gerektiği, bu kapsamda haklarında kamu davası açılanların takibi cumhuriyet savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumu’na bildirilmek suretiyle yapıldığı, anılan Kanun maddesinde bahsi geçen ihaleden yasaklılık halinin doğrudan doğruya ilgili hakkındaki ceza kovuşturmasına bağlı olarak uygulandığı, yargılama

le Tazminat” başlıklı Yedinci Bölümü’nün “Tazminat istemi” başlıklı 141’inci maddesi uyarınca tazminat talep edilebilecek durumlar sıralanmıştır. Kanun’un 142’nci gereğince, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talep edebilmenin şartlarını şu şekilde sıralanabilir:

- 1- Koruma tedbirleri nedeniyle maddi ve/veya manevi bir zarar doğmalıdır.
- 2- Söz konusu zarar 5237 sayılı Kanun’un 141’inci maddesinde sayılan sebeplerden doğmuş olmalıdır.
- 3- Karar veya hüküm kesinleşmelidir.
- 4- Kararın veya hükmün kesinleştiğinin ilgiliye tebliğinden itibaren 3 ay içerisinde; herhâlde en geç karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde tazminat talebinde bulunulmalıdır.
- 5- Tazminat talep eden kişinin dava dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini belirtmesi ve bunların belgelerini de tevsik etmesi gerekmektedir.

sonunda cezaya hükmedilmesi halinde bu cezayla birlikte mahkemece bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verildiği veya herhangi bir ceza verilmemesi durumunda ise yargılama sonunda bu yasaklılık halinin sona erdiği, söz konusu ihalelerden yasaklılık durumunun idarenin herhangi bir tasarrufu veya işlemine bağlı olarak tesis edilmediği, kanun koyucu tarafından ilgili Kanun maddesinde öngörüldüğünden kamu ihalesi kapsamında hakkında ceza kovuşturması olanlara kovuşturmaya bağlı bir idari tedbir olarak uygulandığının anlaşıldığı, diğer bir anlatımla, bu yasaklılık durumunun ilgililer hakkında anılan Kanun maddesi uyarınca ceza kovuşturması olmasından yani yargısal faaliyet yürütülmesinden kaynaklandığı, bu itibarla, Anayasa’da öngörülen “kuvvetler ayrımı” ilkesi ve yargı ile ilgili 9’uncu ve 138’inci maddeleri dikkate alındığında, bağımsız bir erk olan yargının yargılama faaliyeti ile ilgili işlemlerin, Anayasa’nın 125’inci maddesinde öngörülen “idari işlemler”in kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığı, bu “yargısal işlemler” nedeniyle idari yargı yoluna başvurulabilme imkanı da olmadığı, esasen bu durumun, kuvvetler ayrılığı ilkesinin tabii bir sonucu olduğu, yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler ya da faaliyetler nedeniyle Devletin sorumlu tutulmasında da, bu sorumluluğun denetiminin aynı yargı düzeni içinde yapılması ve yargısal nitelikli bir işlemin idari yargı denetimi dışında tutulması gerektiği, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde, 5271 sayılı Kanun’un ilgili maddeleri uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varmıştır.¹²

Görüldüğü üzere Danıştay 13. Dairesi tarafından her ne kadar söz konusu yasaklılık durumunun ilgililer hakkında anılan Kanun maddesi uyarınca ceza kovuşturması olmasından yani yargısal faaliyet yürütülmesinden kaynaklandığı, bu itibarla, Anayasa’da öngörülen “kuvvetler ayrımı” ilkesi ve yargı ile ilgili 9’uncu ve 138’inci maddeleri dikkate alındığında, bağımsız bir erk olan yargının yargılama faaliyeti ile ilgili işlemlerinin, Anayasa’nın 125’inci maddesinde öngörülen “idari işlemler”in kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu “yargısal işlemler” nedeniyle idari yargı yoluna başvurulabilme imkanı da olmadığı ifade edilmekte ise de bu görüşe katılma imkanı bulunma-

¹² 13. D., E. 2015/4561 K. 2021/1699 T. 17.5.2021, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

maktadır. İdari işlem niteliğindeki ihaleden yasaklama kararı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olduğu kanaatini taşımaktayız.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de Danıştay 13. Dairesi gibi değerlendirmede bulunmakta ise de bizim de katıldığımız düşüncenin Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında karşı oy gerekçesi olarak ifade edildiği görülmektedir. Şöyle ki, davacının ihaleye fesat karıştırma eyleminden dolayı hakkında soruşturma açıldığı, bu açıdan soruşturmaya dayalı olarak Kamu İhale Kurumu'nca 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kamu ihalelerine girmesinin yasaklandığı, bu nedenle, uğradığı zararın tazmininin istenildiğinin anlaşıldığı, bu durumda ihaleye katılmaktan yasaklanmasının doğan bir yasaklama olması nedeniyle davacının uğranıldığını ileri sürdüğü zararın idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklı zararın giderilmesine ilişkin olduğu, oysa 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141'inci maddesi uyarınca tazminat istemiyle dava açılmasının haksız yere tutuklanan gerçek kişiler yönünden söz konusu olduğu da dikkate alındığında; idari işlem niteliğindeki ihaleden yasaklama kararı nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olduğu sonucuna varıldığından çoğunluk kararına iştirak edilmediği ifade edilmiştir.¹³

II- YETKİLİ MAHKEME

Usul hukukunda "yetki" bir davanın hangi yerdeki mahkemede açılacağını ifade etmektedir.¹⁴ İdari yargılama hukukunda ise yetki, idari yargının görev alanına giren bir davanın hangi yerdeki mahkeme tarafından bakılacağını ifade etmektedir ki, idari yargıda yetki sorunu, idare ve vergi mahkemeleri arasında söz konusu olabilir.¹⁵

¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı- GK., E. 2020/271 K. 2020/320 T. 28.5.2020, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

¹⁴ Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 117; Zühal Çokar, "Genel Olarak Görev ve Yetki Konusu", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2011, C. 6, S. 1-3, s. 43-64.

¹⁵ Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, s. 111; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, s. 397.

1982 Anayasası'nın 142'nci maddesine göre, mahkemelerin yetkileri kanunla düzenlenir. İdari yargı yerlerinin yetkileri, 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanun'un uygulanmasında mahkemelerin yetkisi kamu düzenini ilgilendiren bir nitelik taşıdığından, aşağıdaki sonuçlar karşımıza çıkmaktadır:¹⁶

- 1) Taraflar anlaşma yoluyla yetkili mahkemeyi değiştirememektedir. Bir başka ifadeyle, taraflar yetkili mahkemeyi değiştirme sonucunu doğuracak yetki sözleşmesi yapamamaktadır.
- 2) Taraflar ileri sürmese bile mahkemeler yetki konusunu her zaman re'sen inceleyebilmektedir.
- 3) Yetkisiz bir mahkemenin davaya bakması kanun yollarında kaldırma/bozma sebebi olmaktadır.
- 4) Hiçbir mahkeme yetkisine girmeyen bir davaya bakmamakta; yetkisine giren bir davaya ise bakmaktan kaçınmamaktadır.
- 5) Yetki kuralları taraflar için müktesep hak doğurmamaktadır. Şöyle ki, davanın görülmesi sırasında yetkili mahkemenin kanunla değişmesi, mahkemenin davaya devam etmesini engellemektedir.

İdari davalarda genel yetki, 2577 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin aktarılan birinci fıkrasına göre, iptal davalarında yetki konusundaki genel kural, dava konusu idari işlemi tesis eden idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesinin yetkili olmasıdır.

İhalelere yasaklama kararlarında yetki konusundaki önemli konulardan birisi, Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davalarda yetkili mahkemenin tespiti iken diğeri, ihaleden yasaklama kararına ilişkin ilgili idarenin hazırlık işlemleri ile yasaklama kararlarının kaldırılması talebinin reddine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda yetkili mahkemenin tespitidir.

¹⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 236-237; Lale Burcu Önüt, Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, s. 158.

A. Resmî Gazete’de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davalarda, yasaklama işlemini tesis eden bakanlığın bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir.

4734 sayılı Kanun’un 58’inci maddesinin dördüncü fıkrasında yasaklama kararlarının, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırk beş gün içinde verileceği, verilen bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanmak üzere en geç on beş gün içinde gönderileceği ve yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun’un 59’uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, haklarında kamu davası açılmış olanlarla ilgili yasaklamanın ise kamu davası açılmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıktığı, yargılama süresince uygulanacak olan bir yaptırım niteliğinde olduğu, bu yaptırımın Resmî Gazete’de yayımlanması gerekmeyeceği, kamu davasının açılmasıyla hüküm doğuracağı ifade edilmektedir.¹⁷

Örnek bir olayda, yüklenici “Pamukkale Üniversitesi Honaz Yerleşkesi Master Plan ve Teknik MYO Avan Proje Hazırlama Hizmet Alımı” ihalesini üstlenmiş, söz konusu işe ait ihale sözleşmesi hükümlerine göre, 30.10.2018 tarihine kadar işi tamamlaması ve geçici kabule hazır hale getirmesi gerektiği halde sözleşmeye uygun olarak işi tamamlamamış, sonrasında farklı tarihlerde yükleniciye 3 defa ek süre verilmiş, buna karşın kendisine verilen süreler içerisinde projeyi tamamlamadığı ve geçici kabule hazır hale getirmediği tespit edilmiştir. Yüklenicinin bu suretle, üstlendiği yapım işini sözleşme hükümlerine uygun olarak tamamlamayarak taahhüdünü yerine getirmeyen yükle-

¹⁷ Volkan Sırabaşı, “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, *ABD*, 2011, S. 4, s. 375; Kırk beş günlük sürenin geçirilmesi halinde izlenecek yol 4734 sayılı Kanun’da düzenlenmemiştir. 22.08.2009 tarihli 27327 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği’nin 28.1.5.1.2. maddesi; “Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanun’un 58 inci maddesinin sözü edilen gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 58’inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan sürelerin disiplin niteliği aşan ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre idarenin, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği yazının ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa ulaştığı tarihi izleyen en geç 45 günlük süre içinde yasaklama kararı verilmesi zorunlu olmaktadır. Bu süre geçirildikten sonra yasaklama kararı verilmesi mümkün bulunmamaktadır” hükmünü içermektedir.

nici şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir.

İhaleden yasaklama kararının iptali istemi ile açılan davada, idare mahkemesince dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmış ve davanın reddine karar verilmiştir. Bölge idare mahkemesince istinaf başvurusuna konu idare mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi ise; dava konusu yasaklama işlemi Millî Eğitim Bakanlığı'nca tesis edildiğinden idari davalarda genel yetkiyi düzenleyen 2577 sayılı Kanun'un 32'nci maddesi uyarınca, bakılan davanın görüm ve çözümünde dava konusu işlemi tesis eden merciin bulunduğu idare mahkemesinin yetkili olduğunu ifade etmiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin kamu düzenini ilgilendiren bir usul kuralının dikkate alınmadan karar verilmiş olmasının usulü kazanılmış hak ilkesinin istisnaları arasında değerlendirildiğine dair kararına¹⁸ atıfla Danıştay 13. Dairesi; davacı şirketin kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde 2577 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki genel yetki kuralı uyarınca, dava konusu işlemi tesis eden idari merci olan Milli Eğitim Bakanlığı'nın bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemesi yetkili olduğundan, yetkisiz yargı yerince uyuşmazlığın esası incelenerek verilen karara yönelik istinaf başvurusunun reddine ilişkin bölge idare mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk bulunmadığına karar vermiştir.¹⁹

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7'nci maddesinin k fıkrasında, "*Yükseköğretim üst kuruluşları ile üniversitelerce hazırlanan bütçeleri tetkik ve onayladıktan sonra Millî Eğitim Bakanlığına sunma*" Yükseköğretim Kurulu'nun görevleri arasında sayılmaktadır. Bu sebeple söz edilen düzenleme uyarınca üniver-

¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 19.08.2020 tarih ve 31218 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12.06.2020 tarih ve E:2019/115, K:2020/31 sayılı kararı.

¹⁹ 13. D., E. 2021/1580 K. 2022/4631 T. 7.12.2022, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

siteler yönünden, Yükseköğretim Kurulu'nun ilgili bakanlığının Milli Eğitim Bakanlığı olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yasaklama kararı verilebileceği, üniversitelerce doğrudan yasaklama kararı verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.²⁰ Bu konu ile ilgili örnek bir kararda; davalı idarece getirilen teklif üzerine Milli Eğitim Bakanlığı'nın 09.07.2019 tarihli işlemiyle dava konusu yasaklama kararının verildiği, söz konusu kararın 18.07.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığı, her ne kadar Resmi Gazete'de yayımlanan yasaklama kararında, kararı veren makam olarak ilgili Üniversite Rektörlüğü görünmekte ise de, yasaklama kararının 09.07.2019 tarihli Bakanlık Oluru ile tesis edildiği, bu itibarla, dava konusu yasaklama kararının yetkili Milli Eğitim Bakanlığı'na tesis edildiği ve işlemde yetki unsuru yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemin yetki yönünden iptali yolundaki temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.²¹

B. İhaleden yasaklama kararına ilişkin ilgili idarenin hazırlık işlemleri ile yasaklama kararlarının kaldırılması talebinin reddine ilişkin işlemlerin yargısal denetiminde yasaklama işlemini tesis eden bakanlığın bulunduğu yer idare mahkemesi değil dava konusu işlemi tesis eden yer idare mahkemesi yetkilidir.

Mevzuatta nihai işlem yapılmadan önce tavsiye, teklif, temenni, mütalaa, danışma, öneri, rapor tanzim etme gibi isimlerle anılan bazı işlemlerin yapılması öngörülebilmektedir ki bu işlemlere hazırlık işlemleri denilmektedir.²² Bu tür işlemler, kişilerin hukuki durumunda bir etki meydana getirmedeği için tek başlarına iptal davasına konu teşkil etmemektedir.²³

²⁰ 13. D., E. 2012/1450 K. 2013/302 T. 11.2.2013, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

²¹ 13. D., E. 2020/2745 K. 2020/3273 T. 23.11.2020, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

²² Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 213; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 245; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.240-241.

²³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 377; Lale Burcu Önüt, Oğuz Sancakdar, Mine Kasapoğlu

Örnek bir olayda; Niğde İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği'nce 23.02.2017 tarihinde gerçekleştirilen "120 Kalem Basılı Evrak Malzemesi Alımı" ihalesi uhdesinde kalan yüklenici şirketin ihale dokümanına uygun malzeme teslim etmediğinden bahisle, söz konusu şirketin bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir.

Yasaklama işlemin iptali istemiyle açılan davada, Aksaray İdare Mahkemesi'nin ara kararı ile davalı idareden dava konusu yasaklama kararının ilgili Bakanlığa bildirilip bildirilmediğinin ve Bakanlıkça bu yönde bir işlem tesis edilip edilmediğinin sorulduğu, davalı idarece ara kararına verilen cevapta; davacı şirket hakkında yasaklama kararı verilmesinin Sağlık Bakanlığı'ndan istenildiği, Bakanlıkça davacı şirketin bir yıl süreyle yasaklanmasına karar verildiği ve bu kararın 08.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığının belirtilmesi üzerine dava konusu yasaklama kararının Sağlık Bakanlığı tarafından verildiği gerekçesiyle davanın görüm ve çözümünün uyuşmazlığa konu işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yerdeki Ankara İdare Mahkemesi'nin yetkisinde olduğuna karar verilmiştir.

Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin kararıyla, dava konusu uyuşmazlığın Niğde İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği'nin yasaklama kararından kaynaklandığı, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde dava konu işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yerdeki Aksaray İdare Mahkemesi'nin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkili yargı yerinin belirlenmesi için dosyanın Danıştay Başkanlığı'na gönderilmesi üzerine ortaya çıkan yetki uyuşmazlığı, 2577 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesi uyarınca Danıştay 13. Dairesi tarafından incelenmiştir.

Danıştay 13. Dairesi tarafından davacı şirketin yasaklanmasına ilişkin Niğde İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği işleminin tebliğe çıkarıldığı, dava dilekçesinde tebliğ tarihinin 15.06.2017 olarak belirtildiği, Sağlık Bakanlığı'na yapılan bildirim ise 14.06.2017 tarihli olduğu ve Bakanlık tarafından verilen yasaklama kararının 08.08.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandığı, bakılan davanın ise 18.07.2017 tarihinde açıldığının anlaşıldığı, bu itibarla, dava konusu uyuşmazlı-

ğın Niğde İli Kamu Hastaneleri Birliği tarafından verilen yasaklama kararından kaynaklandığı görüldüğünden, davanın görüm ve çözümlünün genel yetki kuralı çerçevesinde dava konusu işlemi tesis eden Niğde İli Kamu Hastaneleri Birliği Genel Sekreterliği'nin bulunduğu Niğde ilinin idari yargı çevresi bakımından bağlı bulunduğu Aksaray İdare Mahkemesi'nin yetkisinde bulunduğuna karar verilmiştir.²⁴

Sonuç olarak, bir hukuki işlem olarak idari işlem; idari mercilerin, idare hukuku alanında icra ettiği faaliyetlerle ilgili olarak, kamu hukuku kurallarını tatbik ederek tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki tasarruflar olduğuna göre, ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin bir idari işlem olduğuna tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte ihalelere katılmaktan yasaklama işleminin hangi idari merci tarafından tesis edildiğinin tespiti önem taşımaktadır. Danıştay 13. Dairesi dava konusu somut olaylarda tesis edilen işlemlerin özelliklerini dikkate alınarak yetkili mahkemeyi tespit etmektedir.

III- KESİN VE YÜRÜTÜLEBİLİR İŞLEM

Bilindiği üzere her idari işlem iptal davalarının konusunu oluşturmamakta; bir diğer ifadeyle iptal davaları ancak kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlere karşı açılmaktadır.²⁵ İptal davalarında dilekçe üzerinde yapılacak ilk incelemede dördüncü olarak ele alınacak husus, "idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" meselesidir ve idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem bulunmuyorsa, mahkeme davayı reddetmektedir.²⁶

İhalelere katılmaktan yasaklamada kesin ve yürütülebilir işlem açısından sözleşmenin tarafı olan idarenin yasaklama işlemlerinin başlatılması veya bu süreçten önce hazırlık işlemi niteliğindeki kararlarının tek başına hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı ve daha da önemlisi Kamu İhale Kurulu'nun yasaklama işlemlerinin başlatılması

²⁴ 13. D., E. 2017/2894 K. 2017/3753, T. 13.12.2017, (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

²⁵ Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, s. 180.

²⁶ İcralık ve kesinlik için bakınız Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 338-354.

gerektiği yönündeki kararlarının “icrailik” vasfını taşıyıp taşımadığı önem arz etmektedir.

A. Sözleşmenin tarafı olan idarenin yasaklama işlemlerinin başlatılması veya bu süreçten önce hazırlık işlemi niteliğindeki kararları tek başına hukuki sonuç doğurmamaktadır.

Yasaklama işlemlerinin başlatılması veya bu süreçten önce hazırlık işlemi niteliğindeki kararlardan muayene ve kabul komisyonu kararları ön plana çıkmaktadır. Şöyle ki, muayene ve kabul işlemleri, 4734 sayılı Kanun’un 53’üncü maddesine dayanılarak hazırlanan yönetmeliklere göre yapılmaktadır.²⁷

Yönetmelik hükümlerine göre, mal ve/veya iş teslim edildikten sonra işletmeye alınarak ihale dokümanında belirtilen kapasite ve yeterlilik kriterlerinin sağlanması ile etkinliğinin ve verimliliğinin anlaşılması için belirli bir zamana ihtiyaç duyulan durumlarda, ihale dokümanında belirtilmek kaydıyla komisyonca geçici kabul yapılmaktadır.²⁸ Komisyonca yapılan muayene ve incelemeler sonucunda mal veya yapılan iş geçici kabule hazır bulunduğu takdirde, işin/malın genel durumunu belirten görüşler ile uygun göreceği diğer kayıt ve şartları belirtmek suretiyle en az üç nüsha geçici kabul tutanağı düzenlenmekte ve imzalanan bu tutanak yetkili makama gönderilmektedir. Geçici kabul tutanağı yetkili makam tarafından onandıktan sonra geçerli olmaktadır. Yapılan inceleme neticesinde komisyonca iş/mal geçici kabule hazır bulunmadığı takdirde durum bir tutanakla tespit edilir ve idareye bildirilir. Bu durumda geçici kabul yapılmamış sayılmaktadır.²⁹ Eren’e göre; muayene ve kabul komisyonları sözleşmenin yürütümü aşamasında yapılan kontrol ve denetim işleriyle bağlı değildirler, bu açıdan da sözleşmenin tarafı olan idare adına icrai nitelikte irade açıklamasına yetkilidirler.³⁰ Kanaatimizce muayene ve kabul komisyonlarının yapmış oldukları tespitin idare adına yapıldığında

²⁷ Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 19.12.2002 Resmî Gazete Sayısı: 24968.

²⁸ Sadettin Doğanıyğit, Açıklamalı- İctihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 1278.

²⁹ Sadettin Doğanıyğit, s. 1269.

³⁰ Eren Toprak, Kamu İhale Hukuku: Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 421.

tereddüt bulunamamakta ise de muayene ve kabul komisyonlarının tespit işlemlerinin tek başına icrai nitelikte olduğunu söylenemez. Nitekim aşağıda da yer verildiği üzere, ilk derece mahkemeleri gibi Danıştay 13. Dairesi de muayene ve kabul komisyonu kararının tek başına hukuki sonuç doğuran icrai bir karar olmadığını ifade etmektedir.

Bu konudaki örnek bir davada, 5. Kolordu Komutanlığı'nca 25.09.2012 tarihinde gerçekleştirilen "Cihaz Yedek Parça Alımı" ihalesi üzerinde kalan ve sözleşme imzalayan yüklenici tarafından, muayene ve kabul komisyonu kararının iptali istenmiştir.

İdare mahkemesince verilen kararda; ilgilinin hukuksal durumunda değişiklik yapma niteliği bulunmayan ve hukuksal bir etki göstermeyen danışma kararları, görüş belirten kararlar, uygulama ve hazırlık işlemleri, bildirici ve iç düzen işlemleri gibi işlemlerin icrai nitelikte olmadıklarının ve idari davaya konu edilemeyeceklerinin kabul edildiği, bu kapsamda bir idari kararın alınmasından önce tesis edilen, karar almaya yetkili makamı bağlamayan, bilgilendirici, aydınlatıcı ve yönlendirici özelliği haiz, asıl işlemin hazırlık sürecinde geçirilmesi gereken bir aşamayı ifade eden, idari işlemi meydana getiren iradenin bir parçasını oluşturmayan işlemlerin ilgililerin hukuksal durumlarında etki yaratacak nitelikte bulunmadıkları ve idari davaya konu olamayacağı, davacılar tarafından muayene ve kabul komisyonu kararının iptali istenilmekte ise de; bu kararın niteliği itibariyle uygulama ve hazırlık işlemi olduğu, tek başına hukuki sonuç doğurmayacağı, nitekim bu kararın ardından 11.02.2013 tarihinde davacıya malzeme teslimi için yeniden süre verildiği, bu sürenin sonunda teslimin gerçekleşmemesi üzerine 17.04.2013 tarihinde sözleşmenin feshedildiği ve 03.05.2013 tarihli Bakan Oluru ile davacılar hakkında bir yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verildiği, muayene ve kabul komisyonu kararının tek başına hukuki sonuç doğuran icrai bir karar olmadığından, bu kararın iptali istemiyle açılan davanın da esasını inceleme olanağı bulunmadığı, diğer yandan, davacı tarafından bu davada ileri sürülen iddiaların sözleşmenin feshine ilişkin işlemle ihaleden yasaklama kararına karşı açılmış/açılacak davalarda ileri sürebileceği sonucuna varılmıştır. Danıştay 13. Dairesince ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır.³¹

³¹ 13. D., E. 2014/746 K. 2018/3254, T. 20.11.2018,

B. Kamu İhale Kurulu'nun yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiği yönündeki kararları "icrailik" vasfını taşımaktadır ancak Kurul'un bu konuda bir yetkisi bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin b bendinin 1 numaralı alt bendinde yer alan hüküm gereğince, Kamu İhale Kurumu'na, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde "idarece yapılan işlemlerde" bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırma görevi verilmiştir. Dolayısıyla bu aşamada idarece yapılan bir işlem yoksa ya da yapılan işlem kişinin hukuki durumunda değişiklik meydana getirmeyen bir hazırlık işlemi ise hazırlık işlemleri idari davaya konu edilemediği için Kurum'un hazırlık işlemi niteliği taşıyan işlemlere karşı yapılan başvuruları inceleme ve sonuçlandırma görevi bulunmamaktadır.

Örnek bir olayda; Karayolları 7'nci Bölge Müdürlüğü'nce açık ihale usulüyle gerçekleştirilen "Havza-Vezirköprü-Durağan (Havza-Vezirköprü) Devlet Yolu Yapım İşi" ihalesinde ihale üzerinde bırakılan yüklenici şirketten aşırı düşük teklif açıklaması istenilmiştir.³²

³² <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

4734 sayılı Kanun'un "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38'inci maddesinde "İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

- İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
- Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
- Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8'inci maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine

Yüklenici tarafından aşırı düşük teklif açıklamasında “Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP (2½ Yd³) girdisi amortisman ömrünü tamamlamış makine olduğu ve yeومیye, envanter kayıtlarında aktif olup yasal defter ve kayıtlarında yer aldığından bahisle, yedek parça, tamir, bakım, sermaye faizi, sigorta, nakil, montaj, demontaj değeri mevzuata uygun şekilde hesaplanmış ve hesaplama şeklinin sunulduğu” bilgisine yer verilmiştir.

Müdahil şirket tarafından yapılan şikayet başvurusunun idarenin 03.09.2020 tarihli yazısı ile reddi üzerine 09.09.2020 tarihli itirazın şikayet başvurusu üzerine Ticaret Odası Başkanlığı tarafından gönderilen teknik belgede ise yüklenici tarafından “Ekskavatör ve dragline tipi makineler 210 HP (2½ Yd³) alt girdisi” için sunulan paletli ekskavatörün ihale konusu işte istenilen teknik kriterleri karşılamadığının anlaşıldığından bahisle “mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğunun tespit edilmesi ve aşırı düşük teklif açıklaması uygun bulunmayan ihale üzerinde bırakılan davacının teklifinin reddedilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi” yönünde dava konusu işlemin tesis edilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

Dava konusu Kurul kararının davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiğine ilişkin kısmı yönünden yapılan incelemede; yüklenici adına Ticaret ve Sanayi Odası tarafından söz konusu ekskavatöre ilişkin düzenlenen tescil belgesinin anılan istekli tarafından ihalede aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında kullanılması suretiyle gerçekleştirilen fiil ve davranışların, Kanun kapsamında ihale kararını etkileyecek nitelikte yasak fiil ve davranış olduğu ve idarece bu kapsamda gerekli işlemlerin tesis edilmesi gerektiğinin anlaşıldığı ifadesine yer verilmiş, mahkemece söz konusu değerlendirmenin bildirim niteliğindeki ön işlem olduğu, icrailik vasfı taşımadığından idari davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı, başka bir ifadeyle, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmaması nedeniyle davanın bu kısmının esasını inceleme olanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır” hükmü içermektedir.

Kamu İhale Kurumu'na haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak dışında yasaklama kararlarının bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak gibi bir görev ve yetki verilmediği yukarıda ifade edilmişti. Yasaklama kararlarının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden bağımsız olarak tesis edildiği, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerden kastedilenin ihaleyi yapan idarece yapılan işlemler olduğu, ihaleden yasaklama kararları ise mutlaka ihaleyi yapan idarece alınmadığı, ihaleden yasaklama işlemlerinin başlatılmasına ilişkin işlemlerin ve ihaleden yasaklama kararlarının hukuka uygunluğunu değerlendirme konusunda Kamu İhale Kurumu'nun herhangi bir yetkisinin bulunmadığı, bu itibarla, her ne kadar mahkemece dava konusu Kurul kararında yer alan, davacı şirket hakkında 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerin, bildirim niteliğindeki ön işlemlerden olduğu, icrailik vasfı taşımadığından idari davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı kanaati ile karar verilmiş ise de, söz konusu değerlendirme kapsamında, davacının eyleminin "yasak fiil ve davranış olduğu" ve "idarece bu kapsamda gerekli işlemlerin tesis edilmesi gerektiği" şeklinde kesin bir tespite ve ihaleyi yapan idareye talimat verildiği dikkate alındığında dava konusu Kurul kararının, davacı hakkında yasaklamaya ilişkin işlemlerin başlatılması gerektiğine ilişkin kısmında da hukuka uygunluk, bu kısım yönünden davanın incelenmeksizin reddi yolundaki temyize konu mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamıştır.³³

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'un 58'inci maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi "*Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur*" hükmünü amirdir ve yasaklama kararlarının izlenmesi hususunda Kamu İhale Kurumu yetkili ve görevlidir. Kamu İhale Kurumu; kamu ihalelerinden yasaklanan kişilere ilişkin "yasaklılar listesi" tutmaktadır ve buna ilişkin sorgulamalar Kurum'un internet sitesinde yer alan

³³ 13. D., E. 2021/2116 K. 2021/2448, T. 23.06.2021, (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

EKAP (Elektronik Kamu Alımları Platformu) sistemi üzerinden “yasaklı sorgulama” kısmından yapılabilmektedir.³⁴ Bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararına iştirak etmek suretiyle Kurum’un ihalelerden yasaklamaya ilişkin işlemlerin başlatılması gerektiğine dair kararının bildirim niteliğindeki ön işlem olduğu, icrailik vasfı taşımadığından idari davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı ve dava konusu edilemeyeceği kanaatindeyiz.

IV- DAVA AÇMA SÜRESİ

Dava açma süresi, bir hakkın yargı yerleri önünde ileri sürülebilmesinin zaman yönünden sınırlandırılması anlamını taşımaktadır.³⁵ Duran; idari yargıda dava açma süresini, “*idari davaların muteber surette ikame edilebileceği kanunen muayyen ve mahdut olan zaman*” olarak tarif etmektedir.³⁶

1982 Anayasası’nın 125’inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre idari işlemlere karşı açılacak davalar, yazılı bildirim tarihinden başlamaktadır. Aynı şekilde 2577 sayılı Kanun’un 7’nci ve 8’inci maddelerindeki düzenlemeler uyarınca dava açma süresi, idari işlemin yazılı bildirimini (tebliğini) izleyen günden itibaren başlamaktadır. Danıştay 5. Dairesi; “*Anayasa’da ve 2577 sayılı Kanun’da sözü geçen “yazılı bildirim” sözcüğü ile bizzat idari uyumsuzluğa yol açan “işlemin” ilgisine tebliğ edilmesinin ve böylece onun işlemin içeriğinden bilgilendirilmesi gerektiğinin kastedildiğinde herhangi bir duraksamaya yer olamayacağına göre böyle bir bildirim olmadıkça idari dava açma süresinin işlemeye başlamayacağını*”³⁷ ifade etmektedir.

Bu durumda yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliğinde olup olmadığı ve kamu ihalesine katılmaktan yasaklama kararlarına karşı açılan davalar kesinleşmeden 2577 sayılı Kanun’un 12’nci maddesi uyarınca açılacak tam yargı davalarının süre aşımı nedeniyle reddedilip reddedilemeyeceği meselelerini ele almak gerekmektedir.

³⁴ <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Default.aspx>, Erişim Tarihi: 20.02.2024.

³⁵ Gürsel Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 18.

³⁶ Lutfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *İHFM*, 1945, C.II, S.1-2, s. 240.

³⁷ 5. D., E. 1991/2506 K. 1992/591 T. 9.3.1992, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

A. Sübjektif işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idari işlemin ilgisine yazılı olarak bildirilmesi zorunludur ve yasaklama kararı ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımamaktadır.

Örnek bir olayda; 04.03.2011 tarihinde yapılan “229 Kalem Tıbbi Cihaz, Sarf Malzemesi ve İlaç Alım İhalesi” kapsamında 08.04.2011 tarihinde yüklenici ile sözleşme imzalanmış, sözleşme 27.09.2012 tarihinde feshedilmiş ve yüklenici hakkında kamu ihalelerinden bir yıl süre ile yasaklanmasına dair işlem tesis edilerek 21.12.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu işleme herhangi bir itirazda bulunmayan yüklenici, 29.05.2013 tarihinde kayda giren dilekçeyle dava açmış ancak dava konusu işlemin 21.12.2012 tarihini izleyen günden itibaren altmış günlük yasal süre içerisinde dava açılması gerekirken bu süre geçtikten sonra dava konusu işlemin taraflarına tebliğ edilmediği ve işlemi daha sonraki bir tarihe (22.05.2013) tarihinde internetten öğrendiklerini iddia etmiştir. Mahkeme tarafından bu iddialara itibar edilmemiş ve süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Benzer bir uyuşmazlık hakkında İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen bir karara³⁸ da atıf yapan Danıştay 13. Dairesi; haklı bir gerekçe ile sübjektif işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idari işlemin ilgisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu ve yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; davacının işlemi öğrendiğini beyan ettiği (22.05.2013) tarihinin dava açma süresinin başlangıç tarihi ve bu tarihten itibaren altmış günlük dava açma süresi içinde 29.05.2013 tarihinde açılan davanın süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden, idare mahkemesince davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddi yolunda verilen kararda usule uygunluk bulunmamıştır.³⁹

³⁸ İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 30.01.2013 tarih ve E:2011/212, K:2013/121 sayılı kararı.

³⁹ 13. D., E. 2014/195 K. 2014/822, T. 10.03.2014,

(<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskinyusuzmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

^Benzer karar için bakınız 13. D., E. 2012/731 K. 2013/687 T. 12.3.2013; 13. D., E.

B. Kamu ihalesine katılmaktan yasaklama kararlarına karşı açılan davalar kesinleşmeden 2577 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi uyarınca açılacak tam yargı davaları süre aşımı nedeniyle reddedilememelidir.

2577 sayılı Kanun'un "İptal ve tam yargı davaları" başlıklı 12'nci maddesinde: "İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11'inci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır" kuralına yer verilmiştir.

Bu maddede göndermede bulunulan 11'inci maddede ise: "1) İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. 2) Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. 3) İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır" kuralı yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre, ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlemden dolayı dört farklı aşamada, dört ayrı şekilde ve birbirinden bağımsız olarak tam yargı davası açılması mümkündür. Buna göre ilgililer; ilk olarak haklarını ihlal eden idari işleme karşı iptal davası için öngörülen dava açma süresi içerisinde doğrudan tam yargı davası açabilir. Ya da haklarını ihlal eden idari işleme karşı dava açma süresi içerisinde iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilir. Yahut hakla-

2012/337 K. 2014/2204 T. 3.6.2014; 13. D., E. 2011/2317 K. 2013/2397 T. 27.9.2013; 13. D., E. 2014/771 K. 2014/1737 T. 8.5.2014; 13. D., E. 2013/1130 K. 2015/1023 T. 16.3.2015; 13. D., E. 2013/817 K. 2015/881 T. 5.3.2015; 13. D., E. 2012/718 K. 2015/516 T. 12.2.2015; 13. D., E. 2012/1938 K. 2013/2717 T. 4.11.2013; 13. D., E. 2013/3616 K. 2015/880 T. 5.3.2015; 13. D., E. 2012/1162 K. 2013/2418 T. 1.10.2013; 13. D., E. 2009/2793 K. 2013/2614 T. 23.10.2013, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

rını ihlal eden idari işleme karşı açılan iptal davasının karara bağlanması üzerine kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açılabilir. Son olarak da haklarını ihlal eden idari işlemin icrası nedeniyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava açma süresi içerisinde dava açılabilir veya bu dört ayrı tam yargı davası açma süresi içerisinde, 2577 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde öngörülen başvuru yolları da kullanılmak suretiyle sözü geçen tam yargı davaları açılabilir.

Örnek bir kararda; yüklenici şirket, Ankara Hava Lojistik Komutanlığı'na karşı yüklenmiş olduğu "Hava Lojistik Komutanlığı'nın Mantolama Yapılması İşİ"ne ilişkin taahhüdünü süresinde yerine getirmediğinden bir yıl süreyle kamu ihalelerinden yasaklanmış, bu işleme karşı yüklenici şirket tarafından açılan davada, idare mahkemesi tarafından verilen kararın Danıştay 13. Dairesi tarafından bozulması üzerine davaya konu bir yıl kamu ihalelerinden yasaklanma kararının iptaline karar verilmiştir.

Bu karar 26.05.2015 tarihinde yüklenici şirkete tebliğ edilmiştir. Yüklenici şirket, kamu ihalelerinden yasaklanma kararının ticari itibarına ve şöhretine zarar verdiği için bu zararın giderilmesi talebiyle 10.06.2015 tarihinde idareye başvurmuştur. Yüklenici şirket başvuruya idare tarafından süresi içinde cevap verilmeyerek zımnen reddedilmesi üzerine 05.10.2015 tarihinde dava açmıştır.

2577 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi uyarınca, idare mahkemesinin kararının yükleniciye tebliğini izleyen günden itibaren altmış gün içinde yüklenici şirket tarafından tam yargı davası açılabileceği gibi, anılan Kanun'un 11'inci maddesi uyarınca doğduğu ileri sürülen zararların tazmini için idareye de başvuruda bulunulabileceği, yüklenici şirket tarafından anılan kararın tebliğ tarihinden on dört gün sonra 10.06.2015 tarihli dilekçeyle zararlarının tazmini talebiyle başvuruda bulunduğu ancak idare tarafından yüklenicinin başvurusuna süresi içinde cevap verilmeyerek başvurunun 09.08.2015 tarihinde zımnen reddedildiği, 10.06.2015 tarihinde duran dava açma süresinin 09.08.2015 tarihini izleyen günden itibaren tekrar işlemeye başlayacağı ve idareye başvuru tarihine kadar geçen on dört günlük sürenin de hesaba katılması sonucu en son 24.09.2015 tarihinde davanın açılması gerekeceğinden, 05.10.2015 tarihinde kayda giren dilekçe ile açılan da-

vanın süresinde açılmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı yönünden reddine karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi tarafından yüklenici şirketin manevi tazminat isteminin dayanağını oluşturan davalı idare işleminin iptaline ilişkin mahkeme kararının bozulması istemiyle temyiz başvurusunda bulunulduğundan, henüz temyiz aşaması neticelenmeden, ilk derece mahkemesi kararı sonrasında yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davanın süresinde olduğu anlaşıldığından, uyumsuzluğun esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk görülmemiştir.⁴⁰

Bu konu ile ilgili diğer bir dava, davacı tarafından, hakkında tesis edilen bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin 14.12.2005 tarih ve 26023 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan işleme karşı açılan davanın lehine sonuçlandığından bahisle iptal edilen söz konusu işlemde dolayı uğradığı zararlara karşılık maddi ve manevi tazminata karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

İdare mahkemesince; iptal kararı üzerine tam yargı davası açılması halinde, tam yargı davasının, mahkemece verilen iptal kararının veya anılan iptal kararını kesinleştiren kanun yolu kararının tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde doğrudan veya anılan altmış gün içinde idareye 2577 sayılı Kanun’un 11’inci maddesi kapsamında yapılacak başvurunun reddi üzerine açılmasının mümkün olduğu, olayda davacı şirket tarafından bir yıl süre ile ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava sonucunda söz konusu işlemin idare mahkemesinin kararıyla iptal edildiği, bu karara karşı yapılan temyiz başvurusunun Danıştay 13. Dairesi’nin 24.12.2012 tarihli kararı ile onandığı, karar düzeltme başvurusunun ise 20.11.2013 tarihli kararı ile reddedildiği, karar düzeltme talebinin reddine ilişkin kararın davacıya 18.02.2014 tarihinde tebliğ edildiği, buna göre anılan tarihten itibaren dava açma süresi olan altmış gün içerisinde dava açılması veya 2577 sayılı Kanun’un 11’inci maddesi uyarınca idareye başvuru yapılması gerekmekte iken, bu süreler geçirildikten çok sonra

⁴⁰ 13. D., E. 2016/3374 K. 2018/2005, T. 08.06.2018, (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

21.08.2015 tarihinde yapılan başvuru üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasını inceleme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Danıştay 13. Dairesi tarafından idare mahkemesinin kararınının 2577 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararınının onanmasına karar verilmiştir.⁴¹

V- AYNI DİLEKÇE İLE DAVA AÇILMASI

2577 sayılı Kanun'un 4001 sayılı Kanun'la değişik 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılacağı, ancak aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabileceği öngörülmüştür.⁴²

İhalelerden yasaklama kararlarında aynı dilekçe ile dava açılması konusunda; teminatın irat kaydedilmesi, teklifin değerlendirme dışı bırakılması, ihalelere katılmaktan yasaklama gibi farklı hukuki sebeplere dayanan, farklı mahkemelerin yetkisinde bulunan ve farklı idarelerin husumetiyle görülmesi gereken tazminat istemleri önem arz etmektedir.

İzmir Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen ihalede; yüklenici şirketi, ihalelere katılmaktan yasaklı olan bir kişinin temsil etmesi sebebiyle İçişleri Bakanlığının 23.03.2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan işlemi ile bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan bir yıl süreyle yasaklanmıştır. Yüklenici şirket, ilgili idarece yapılan ihale dışı bırakılma, teminatın gelir kaydedilmesi ve ihalelere katılmaktan yasaklama işlemlerinin haksız ve hukuka aykırı olduğunun tespiti ile irat kaydedilen ban-

⁴¹ 13. D., E. 2016/3590 K. 2018/1494, T. 19.04.2018, (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

⁴² Cengiz R. Derdiman, "İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe ile Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, S. 2, s. 249; Oğuz Sancakdar, "İdari Yargıda 'Tek Dilekçe ile Dava Açma' (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 2, S. 9, s. 223-269.

ka teminat mektubunun irat kaydedildiği tarihten itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte ödenmesi, yoksun kalınan maddi zararın ve haksız uygulamalar nedeniyle oluşan manevi zararın tazmini istemli dava açmıştır.

İdare mahkemesi tarafından davacının farklı hukuki sebeplere dayanan, farklı mahkemelerin yetkisinde bulunan ve farklı idarelerin husumetiyle görülmesi gereken tazminat istemlerini karşılar şekilde; davanın irat kaydedilen banka teminat mektubunun ödenmesi yönünden incelenmesinde, yüklenici şirketin ihalelere katılmaktan yasaklı olmadığı ancak başvuru sahibine ait teklif mektubunu vekaleten imzalayan şahıs hakkında kamu davası açıldığı için ihalelere katılmaktan yasaklı olduğu, ihaleye katılması yasak olanların başka bir gerçek veya tüzel kişiyi vekil olarak temsil etmeleri durumunda kendileri için yapılacak olan işlemlerin, bu kişilerin vekil olarak temsil ettiği şirketler hakkında da uygulanacağı hususunda 4734 sayılı Kanun'da bir hükme yer verilmediği, ihaleye katılması yasak olmayan bir sermaye şirketinin 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde belirtilen yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu bahsedilmesi mümkün olmadığından, yüklenicinin teminat mektubunun anılan Kanunun 11'inci maddesi uyarınca irat kaydedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı, davacının banka teminat mektubunun irat kaydedildiği tarihten itibaren yasal faizi ile birlikte iade edilmesi gerektiği, uyuşmazlık konusu olayda 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca yasal faiz uygulanması gerektiği, davacının maddi tazminat istemi yönünden ise; maddi tazminata hükmedilmesinde meydana gelen zararın idarenin eylem ve işleminden doğmasının yanı sıra, bu zararın kesin ve gerçekleşmiş bulunması gerektiği, olayda ise, yüklenici tarafından, hukuka aykırı şekilde ihale dışı bırakıldığı mahkeme kararı ile tespit edildiğinden bahisle yoksun kaldığı karın faizi ile birlikte ödenmesi istenilmişse de ortada gerçekleşmiş bulunan bir zararın olmadığı, varsayıma dayalı olarak talep edilen maddi tazminat isteminin kabul olanağının bulunmadığı, yüklenicinin manevi tazminat istemi yönünden; hukuka aykırı tesis edilen işlem nedeniyle yükleniciye takdir edilen tazminatın dava tarihinden itibaren verilmesi gerektiği fazlaya ilişkin taleplerin ise reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Danıştay 13. Dairesi tarafından davacının farklı hukuki sebeplere dayanan, farklı mahkemelerin yetkisinde bulunan ve farklı idarelerin

husumetiyle görülmesi gereken tazminat istemlerine ilişkin olarak ayrı ayrı dava açılması gerektiği halde aynı dilekçe ile açılan davada, 2577 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca dilekçe ret kararı verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında karar verilmesinde usule uygunluk görülmemiştir.⁴³

VI- TEMYİZ EDİLEBİLİRLİK

2577 sayılı Kanun'un "İstinaf" başlıklı 45'inci maddesinin altıncı fıkrasında, bölge idare mahkemelerinin 46. maddeye göre temyize açık olmayan kararlarının kesin olduğu; "Temyiz" başlıklı 46. maddesinin d bendinde, belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davalarının Danıştay'da temyiz edilebileceği kurala bağlanmıştır.⁴⁴

Örnek bir davada; 2577 sayılı Kanun'un 46'ncı maddesinin d bendinde bir ticari faaliyetin icrasının engellenmesi bakımından kısmen veya tamamen şeklinde bir ayırım yapılmadığı; anılan bentte yer alan "belli" ibaresinin, bir ticari faaliyetin hem bütünü hem de belirli bir kısmını ifade ettiği, dolayısıyla bir ticari faaliyetin yerine getirilmesini engellemeye yönelik işlemin, ticari faaliyetin icrasının kısmen engellenmesine yönelik olabileceği gibi tamamen engellenmesi yönünde de olabileceği, kamu ihalelerine katılmanın bir ticari faaliyetin icrası kapsamında olduğu ve ihalelerden yasaklama işleminin "belli" bir ticari faaliyetin icrasını engellediği, en az altı aylık bir süre için tesis edilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işleminin, gerek belli bir ticari faaliyetin engellenmesi gerekse engellenmenin süresi bakımından belli bir ticari faaliyetin icrasını otuz gün veya daha uzun süreli olarak engelleyen işlemlerin temyiz kanun yoluna tabi olduğuna ilişkin söz

⁴³ 13. D., E. 2013/3292 K. 2019/2179 T. 20.06.2019, (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024). Benzer kararlar için bakınız 13. D., E. 2023/1133 K. 2023/2886 T. 6.6.2023; 13. D., E. 2020/3076 K. 2021/3881 T. 17.11.2021; 13. D., E. 2021/462 K. 2021/3882 T. 17.11.2021; 13. D., E. 2013/2084 K. 2019/2178 T. 20.6.2019; 13. D., E. 2013/3292 K. 2019/2179 T. 20.6.2019, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi Erişim Tarihi: 20.02.2024).

⁴⁴ Selman Sacit Boz, Ahmet Talha Tetik, Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, Mehmet Nacak, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021; Oğuzhan Güzel, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

konusu düzenlemenin kapsamı dahilinde olduğu rekabeti etkileyecek fiil ve davranışlarda bulunduğundan bahisle yüklenicilerin bir yıl altı ay süreyle kamu ihalelerinden yasaklanmasına ilişkin 13.09.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Milli Savunma Bakanlığı işleminin iptali istenilmiştir.

İdare mahkemesince verilen kararda; işin niteliği dikkate alındığında ihalenin proje hazırlığı ve yapım işine yönelik her iki kısmının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, yüklenicinin davalı idarenin ilgili biriminde gerek uzun süre görev yapmış olmasından gerekse daha önce kurumun benzer projelerindeki görevleri dolayısıyla edinmiş olduğu bilgiler ve kendi ifadesiyle “idarede halen görev yapan yetkililerle teması” ve yasaklamaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için “istekli” sıfatına sahip olunmasının gerekmediği göz önüne alındığında, söz konusu projeye teklif vermemiş olsa ve ihalenin yapımına ilişkin kısmı henüz hazırlık aşamasında olsa dahi söz konusu durumunun, bu olanakların hiçbirisine sahip olma imkanı bulunmayan muhtemel istekliler aleyhine eşitsizlik yaratacağı, şaibeye neden olacağı, bunun da ihale hukukunun temel ilkeleri olan ihalelerde saydamlığın, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliği sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmesine engel olacağı dikkate alındığında, idareye gönderilen yazıların ve yüklenicinin konumunun ihalede temel ilkelere ihlaline neden olabileceği açık olduğundan yüklenicilerin 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin b fıkrası uyarınca yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesi tarafından; istinaf başvurusuna konu idare mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve yükleniciler tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı Kanun’un 45’inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi ise; ihaleden yasaklamaya yönelik kurallar ile yüklenicilerin fiil ve davranışları birlikte değerlendirildiğinde, ihaleden yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışların ihale sürecinde ortaya çıkması ve ihale sürecini etkileyecek nitelikte olması veya sözleşmenin tarafı olanlar bakımından kanunda öngörülen sebepler dışında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemiş olması gerektiği, yüklenicilerin yasaklama işlemine konu fiil ve davranışlarının yasaklama işlemine esas

alınan proje işinin ihale sürecine ilişkin olmadığı, proje işine ilişkin sözleşmenin uygulanması aşamasında yüklenicilerin şahsi bilgi ve tecrübesiyle elde ettiği bilgilere dayalı olarak gerçekleştirilen yorum ve eleştirilerden ibaret olan fiilin tamamlanmış proje ihalesine yönelik süreci etkileyecek nitelikte olmadığı, bahse konu projenin yapım işine yönelik ihalenin ilerleyen dönemlerde gerçekleştirileceği belirtilmekle birlikte, dava konusu yasaklama işleminin sebep unsurunu oluşturan fiil ve davranışların gerçekleştirildiği tarihte ihale ilanı yapılmak suretiyle süreci başlatılan bir yapım ihalesinin bulunmadığı, yüklenicilerin fiil ve davranışlarının ancak süreci başlatılmış bir ihaleye yönelik sonuçları olabileceği ve fakat henüz süreci başlatılmamakla birlikte gelecekte gerçekleştirilmesi muhtemel bir ihaleye yönelik etki ve sonuçları olamayacağı, dolayısıyla yüklenicilerin fiil ve davranışlarının 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde sayılan fiil ve davranışlardan olmadığı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir. Bu itibarla, davanın reddi yönündeki idare mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine ilişkin temyize konu bölge idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.⁴⁵

SONUÇ

Kamu İhale Kurumu'nun her yıl yayınlamış olduğu 12 Aylık Kamu Alımları İstatistiklerinin iki hususa dair veri sunduğu görülebilir. Birincisi sadece 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre binlerce ihalelerden yasaklama kararı verilmektedir. Diğeri ise, Kanun'un 5'inci maddesinde yer verilen saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak şeklindeki temel ilkeler, yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında aynı Kanun'un Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanması, bir diğer ifadeyle, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi ile mümkün olur.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemleri birer idari işlem olmaları nedeniyle yargısal denetime tabidir. Bu çalışmada, 4734 sayılı

⁴⁵ 13. D., E. 2019/4037 K. 2019/4144 T. 05.12.2019, (<https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/KararBultenleri/yasaklamalara-iliskin-uyusmazliklar/2017-2894.pdf>, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

Kamu İhale Kanunu'na göre ihaleden yasaklama kararlarının yargısal denetiminde önem arz eden görevli mahkeme, yetkili mahkeme, kesin ve yürütülebilir işlem, dava açma süresi, aynı dilekçe ile dava açılması ve temyiz edilebilirlik konuları Danıştay 13. Dairesinin örnek yargı kararları ışığında ele alınmıştır.

İhalelere katılmaktan yasaklamalarda görev konusunda önemli hususlardan birisi, hakkında açılan kamu davası dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi gereğince ihalelere katılmaktan yasaklı konumuna gelenler bakımından, yasaklı kalınan süre boyunca uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davaların 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 141 ve 142'nci maddeleri uyarınca adli yargı yerlerinde görülecek olmasıdır. Her ne kadar hem Danıştay 13. Dairesi hem de Uyuşmazlık Mahkemesi Danıştay 13. Dairesi; yasaklılık durumunun ilgililer hakkında ceza kovuşturması olmasından yani yargısal faaliyet yürütülmesinden kaynaklandığı, bu itibarla, Anayasa'da öngörülen "kuvvetler ayrımı" ilkesi ve yargı ile ilgili 9'uncu ve 138'inci maddeleri dikkate alındığında, bağımsız bir erk olan yargının yargılama faaliyeti ile ilgili işlemlerinin, Anayasa'nın 125'inci maddesinde öngörülen "idari işlemler" in kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu "yargısal işlemler" nedeniyle idari yargı yoluna başvurulabilme imkanı da olmadığı ifade edilmekte ise de bu görüşe katılma imkanı bulunmamaktadır.

İhalelere yasaklama kararlarında yetki konusundaki önemli konulardan birisi, Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davalarda yetkili mahkemenin tespiti iken diğeri, ihaleden yasaklama kararına ilişkin ilgili idarenin hazırlık işlemleri ile yasaklama kararlarının kaldırılması talebinin reddine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda yetkili mahkemenin tespitidir. Bu manada Resmî Gazete'de yayımlanan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davalarda, yasaklama işlemini tesis eden bakanlığın bulunduğu yer idare mahkemesinin yetkili olduğu, ihaleden yasaklama kararına ilişkin ilgili idarenin hazırlık işlemleri ile yasaklama kararlarının kaldırılması talebinin reddine ilişkin işlemlerin yargısal denetiminde ise yasaklama işlemini tesis eden bakanlığın bulunduğu yer idare mahkemesi değil dava konusu işlemi tesis eden yer idare mahkemesi yetkili olduğu belirtilmelidir.

İhalelere katılmaktan yasaklamada kesin ve yürütülebilir işlem açısından sözleşmenin tarafı olan idarenin yasaklama işlemlerinin başlatılması veya bu süreçten önce hazırlık işlemi niteliğindeki kararlarının tek başına hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı ve daha da önemlisi Kamu İhale Kurulu'nun yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiği yönündeki kararlarının "icrailik" vasfını taşıyıp taşımadığı önem arz etmektedir. Bu noktada ise sözleşmenin tarafı olan idarenin yasaklama işlemlerinin başlatılması veya bu süreçten önce hazırlık işlemi niteliğindeki kararlarının tek başına hukuki sonuç doğurmayacağı ve Kamu İhale Kurulu'nun yasaklama işlemlerinin başlatılması gerektiği yönündeki kararlarının "icrailik" vasfını taşımadığı not edilmelidir.

Kamu ihalelerine yasaklamalarla ilgili açılacak davalarda dava açma süresi yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliğinde olup olmadığı ve kamu ihalesine katılmaktan yasaklama kararlarına karşı açılan davalar kesinleşmeden 2577 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi uyarınca açılacak tam yargı davalarının süre aşımı nedeniyle reddedilip reddedilemeyeceği açısından önem arz etmektedir. Sübjektif işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için idari işlemin ilgilisine yazılı olarak bildirilmesinin zorunlu olduğu ve yasaklama kararının ilanı gereken düzenleyici işlem niteliği taşımadığı vurgulanmalıdır. Kamu ihalesine katılmaktan yasaklama kararlarına karşı açılan davalar kesinleşmeden 2577 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi uyarınca açılacak tam yargı davalarının süre aşımı nedeniyle reddedilememesi gerektiği belirtilmelidir.

Teminatın irat kaydedilmesi, teklifin değerlendirme dışı bırakılması, ihalelere katılmaktan yasaklama gibi farklı hukuki sebeplere dayanan, farklı mahkemelerin yetkisinde bulunan ve farklı idarelerin husumetiyle görülmesi gereken tazminat istemlerinin aynı dilekçe ile dava açılmasının mümkün olmadığı ifade edilmelidir.

Son olarak, bir ticari faaliyetin yerine getirilmesini engellemeye yönelik işlemin, ticari faaliyetin icrasının kısmen engellenmesine yönelik olabileceği gibi, tamamen engellenmesi yönünde de olabileceği; kamu ihalelerine katılmanın bir ticari faaliyetin icrası kapsamında olduğu ve ihalelerden yasaklama işleminin "belli" bir ticari faaliyetin icrasını engellediği; en az altı aylık bir süre için tesis edilen kamu ihale-

lerine katılmaktan yasaklama işleminin, gerek belli bir ticari faaliyetin engellenmesi gerekse engellenmenin süresi bakımından belli bir ticari faaliyetin icrasını otuz gün veya daha uzun süreli olarak engelleyen işlemlerin temyiz kanun yoluna tabi olduğuna ilişkin söz konusu düzenlemenin kapsamı dahilinde olduğu not edilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akel Yeliz Neslihan, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Akıylmaz Bahtiyar, Sezginer Murat Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Akıylmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Aslan Zehreddin, Madde Sistematigi ile İdari Yargılama Hukuku (Vergi Yargılaması Dahil), Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Bakır Az Leyla, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Verilen İhaleden Yasaklama Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Boz Selman Sacit, Tetik Ahmet Talha, Bölükbaşı Mustafa Oğuzhan, Nacak Mehmet, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Canbazoglu Kerem, Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Doğanyigit Sadettin, Açıklamalı- İçtihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Güzel Oğuzhan, Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri Cilt II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Kalabalık Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Özcan Emrah, İdari Yargı Organları Arasındaki Görev Sorunları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Sancakdar Oğuz, Önüt Lale Burcu, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Sancakdar Oğuz, Önüt Lale Burcu, Kasapoğlu Mine Turhan, Seyhan Serkan, Us Doğan Eser, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınlar, Ankara, 2022.

Toprak Eren, Kamu İhale Hukuku: Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.

Makaleler

Çokar Zühal, “Genel Olarak Görev ve Yetki Konusu”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2011, C. 6, S. 1-3, s. 43-64.

Derdiman Cengiz R., “İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe İle Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, S. 2, s. 249-295.

Duran Lûtfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *İHFM*, 1945, C.II, S.1-2, s. 17-33.

Eraslan Yunus, Hüseyin Bilgin, “İdari Yargıda Görev Uyuşmazlığı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2017, S. 8, 2017, s. 151-187.

Kaya Cemil, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 14, S. 2, s. 153-184.

Sancakdar Oğuz, “İdari Yargıda ‘Tek Dilekçe ile Dava Açma’ (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 2, S. 9, s. 223-270.

Sırabası Volkan, “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin. Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, *ABD*, 2011, S. 4, s. 373-380.

Taşdelen Aziz, “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, *AÜHFD*, 2006, C. 55, S. 1, s. 293-320.

Yılmaz Dilşat, “İdari Yargıda ‘Görev’, ‘İş Bölümü’, ‘İş Dağılımı’ Paradoksu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII, S. 4 s. 257-270.

Mahkeme Kararları

- 5. D., E. 1991/2506 K. 1992/591 T. 9.3.1992
- 13. D., E. 2012/1450 K. 2013/302 T. 11.2.2013
- 13. D., E. 2012/731 K. 2013/687 T. 12.3.2013
- 13. D., E. 2011/2317 K. 2013/2397 T. 27.9.2013
- 13. D., E. 2012/1162 K. 2013/2418 T. 1.10.2013
- 13. D., E. 2009/2793 K. 2013/2614 T. 23.10.2013
- 13. D., E. 2012/1938 K. 2013/2717 T. 4.11.2013
- 13. D., E. 2014/195 K. 2014/822, T. 10.03.2014
- 13. D., E. 2014/771 K. 2014/1737 T. 8.5.2014
- 13. D., E. 2012/337 K. 2014/2204 T. 3.6.2014
- 13. D., E. 2012/718 K. 2015/516 T. 12.2.2015
- 13. D., E. 2013/817 K. 2015/881 T. 5.3.2015
- 13. D., E. 2013/3616 K. 2015/880 T. 5.3.2015
- 13. D., E. 2013/1130 K. 2015/1023 T. 16.3.2015
- 13. D., E. 2016/3590 K. 2018/1494, T. 19.04.2018
- 13. D., E. 2016/3374 K. 2018/2005, T. 08.06.2018

326 Kamu İhale Kanunu Uyarınca Verilen İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararlarının Yargısal Denetimi

13. D., E. 2014/746 K. 2018/3254, T. 20.11.2018

13. D., E. 2013/3292 K. 2019/2179 T. 20.06.2019

13. D., E. 2013/2084 K. 2019/2178 T. 20.6.2019

13. D., E. 2013/3292 K. 2019/2179 T. 20.6.2019

13. D., E. 2019/4037 K. 2019/4144 T. 05.12.2019

13. D., E. 2020/2745 K. 2020/3273 T. 23.11.2020

13. D., E. 2015/4561 K. 2021/1699 T. 17.5.2021

13. D., E. 2021/2116 K. 2021/2448, T. 23.06.2021

13. D., E. 2020/3076 K. 2021/3881 T. 17.11.2021

13. D., E. 2021/462 K. 2021/3882 T. 17.11.2021

13. D., E. 2021/1580 K. 2022/4631 T. 7.12.2022

13. D., E. 2023/1133 K. 2023/2886 T. 6.6.2023

13. D., E. 2017/2894 K. 2017/3753, T. 13.12.2027

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı- GK., E. 2020/271 K. 2020/320 T. 28.5.2020.

Anayasa Mahkemesi'nin 19.08.2020 tarih ve 31218 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12.06.2020 tarih ve E:2019/115, K:2020/31 sayılı kararı.

Diğer ve İnternet Kaynakları

Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete Tarihi: 19.12.2002 Resmî Gazete Sayısı: 24968.

SOYKIRIM SÖZLEŞMESİNİN GAZZE'DE UYGULANMASI DAVASINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN İHTİYATİ TEDBİR KARARI

THE ORDER OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE OF THE APPLICATION OF THE GENOCIDE CONVENTION IN GAZA

Mehmet Emin ÇAĞIRAN*

Özet: İsrail'in 2024 Ekim ayının başında Gazze'de başlattığı askeri operasyonlarda ayırım gözetmeden sivil yerleşim yerlerini, hastaneleri ve yardım merkezlerini hedef alması, saldırı tehdidiyle sivil halkı göçe zorlaması ve çoğu çocuk ve kadınlardan oluşan binlerce kişinin ölümüne sebep olması üzerine Güney Afrika bu devlet aleyhine 1948 Soykırım Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi'ne aykırı davrandığı iddiasıyla Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulundu. Güney Afrika dava dilekçesiyle birlikte durumun acil olduğu ve telafi edilemez kayıpların ortaya çıktığı gerekçesiyle Uluslararası Adalet Divanı'ndan ihtiyati tedbirler almasını istedi. Divan 26 Ocak 2024 tarihli ihtiyati tedbir kararında İsrail'e Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal etmeme ve Sözleşmeye aykırı fiilleri önleme, ülkesinde soykırımı teşvik suçunu işleyenlerin cezalandırılması ve Gazze halkına yapılan insani yardımların engellenmemesi yükümlülüklerini hatırlattı. Gazze'de durumun giderek kötüleşmesi ve can kayıplarının artması üzerine Güney Afrika ilk karardan sonra iki defa daha Divan'a müracaat ederek tedbirleri sıkılaştırmasını ve bilhassa askeri operasyonların durdurulmasına yönelik kararlar almasını talep etti. Divan 28 Mart 2024 tarihinde esas olarak insani yardımların sağlanmasını konu alan ilave tedbirler kararlaştırdı. Makalenin konusu Divan'ın bu olayda aldığı ihtiyati tedbirleri kapsamı itibarıyla incelemektir. Makalede tedbirlerin kapsamından hareketle Divan'ın yetkisinin temelini oluşturan Soykırım Sözleşmesini müşahhas bir olayda nasıl uyguladığı, tedbirlerle fiili durum arasında kurduğu bağlantılar ve tedbirlerin yeterliliği sorgulanmaktadır.

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, mehmet.cağiran@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4961-4436, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.04.2024, Kabul Tarihi: 30.05.2024

Anahtar Kelimeler: Gazze Operasyonu, Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi, Uluslararası Adalet Divanı, İhtiyati Tedbirler

Abstract: After Israel indiscriminately targeted civilian settlements, hospitals and aid centers in the military operations it launched in Gaza at the beginning of October 2024, forcing the civilian population to migrate under the threat of attack and causing the death of thousands of people, mostly children and women, South Africa filed an application to the International Court of Justice against this state, alleging a violation of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide. In its petition, South Africa requested the Court to take provisional measures due to the urgency of the situation and the risk of irreparable harm to the population. In its interim decision dated January 26, 2024, the Court recalled Israel of its obligations not to violate the Genocide Convention, to prevent acts contrary to the Convention, to punish those who commit the crime of incitement to genocide, and not to hinder humanitarian aid to the people of Gaza. As the situation in Gaza gradually deteriorated and the number of casualties increased, South Africa applied to the Court twice more after the first decision and requested it to tighten the measures and especially to take decision on the cessation of military operations. The Court decided on additional measures on 28 March 2024, mainly regarding the provision of humanitarian aid. The subject of this article is to examine the provisional measures taken by the Court in this case in terms of their scope. Based on the scope of the measures, the article questions how the Court applied the Genocide Convention, which forms the basis of its jurisdiction, in a concrete case, the connections it establishes between the measures and the actual situation, and the adequacy and effectivity of the measures.

Keywords: Gaza Operation, Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, International Court of Justice, Provisional Measures

GİRİŞ

Makalemizin konusu Uluslararası Adalet Divanı’nın (bundan sonra UAD veya Divan) *Güney Afrika v. İsrail Davasında* verdiği ihtiyati tedbirler kararını, tedbirlerin muhtevası ve yerindeliği açısından değerlendirmektir. İhtiyati tedbir kararları son dönemde Divan’ın sıklıkla kullandığı, bunun yanında hukuki temelleri ve dayandığı kriterler açısından gerek Divan içerisinde gerekse öğretilerde tartışmalara yol açan enstrümanlardır.¹ Biz bu yazıda söz konusu tartışmalara girme-

¹ Cameron A. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2017. İhtiyati tedbirler üzerine en kapsamlı çalışmalarından biri olan bu eserin bilhassa II. ve III. Bölümlerine bakılabilir.

den değerlendirmelerimizi kararların muhtevasıyla sınırlı tutup bununla ilgili hukuki meselelere değinmekle yetineceğiz.

Filistin meselesi neredeyse bir asırdır uluslararası toplumun gündeminde bulunuyor. İnsanlık bu süre zarfında iki büyük dünya savaşı, sayısız mahalli savaşlar ve çatışmalar yaşadı, çözümsüz sanılan birçok mesele hal yoluna koyuldu fakat Filistin meselesi hala kanayan bir yara olmaya devam ediyor. Birleşmiş Milletlerin (BM) ve bölgesel örgütlerin binlerce kararına rağmen durum giderek daha kötü hale geliyor. Filistin meselesi esasta siyasi bir mesele, dolayısıyla araştırılmasında, anlaşılmasında, çözümlenmesinde ve yorumlanmasında esas alınan zemin uluslararası siyaset ve diplomasiin usulleridir. Fakat yazımızın konusunu teşkil eden 26 Ocak 2024 tarihli ihtiyati tedbir kararında muhalif oy veren Hâkim Sebutinde'nin ileri sürdüğünün aksine Filistin meselesi sadece siyasi bir mesele değildir.² Zira her uluslararası meselede olduğu gibi burada da siyaset ve hukuk iç içe geçmiş durumdadır. İlgili aktörler siyasi saiklerle hareket ederlerken BM kararları, genel uluslararası hukuk kuralları ve uluslararası sözleşmelerden oluşan normatif çerçevenin dışına çıkmama yükümlülüğü altındadır. Filistin meselesinde hukuki çözüm yollarının şimdiye kadar gerektiği gibi işletil(e)memiş olmasının sebebi yetkili uluslararası mercilerin aldıkları kararları uygulamada BM Güvenlik Konseyi örneğinde olduğu gibi isteksiz olması veya BM Genel Kurulu ve diğerlerinde olduğu gibi zorlayıcı hukuki ve siyasi güçten yoksun olmalarıdır.

I- FİLİSTİN MESELESİ VE ULUSLARARASI YARGI

Uluslararası meselelerde hukuku uygulamanın değişik yolları vardır. Bunlar arasında en önemlisi olan yargı mekanizmalarının kullanılması ilgili tarafların rızasına tabidir. Dolayısıyla bir meselede taraflardan birisi kazai çözümü tercih etmiyorsa uygulanma şansı

² "It is my considered opinion that the dispute or controversy is not a legal one calling for judicial settlement by the International Court of Justice." Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Order, 26 January 2024, Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 4. (Divanın 26 Ocak ihtiyati tedbirler kararına bundan sonra "Order 26 January" olarak atıfta bulunulacaktır.) Bu dava ve yazıda atıfta bulunulan diğer davalarla ilgili kararlar ve belgeler UAD resmi internet sitesinde (<https://www.icj-cij.org/home>) yer almaktadır.

yoktur. Filistin meselesinde İsrail tarafı uluslararası hukuku manipüle ederek veya tamamen devre dışı bırakarak kendi iradesini zorla dayattığından³ ve bu siyasetinde şimdiye kadar kendi açısından başarılı olduğundan tabiatıyla hukuki-kazai çözümleri dışlamaktadır.

Teorik olarak, Filistin meselesinde temel hukuki meseleleri değerlendirebilecek uluslararası mahkemeler, UAD ve Uluslararası Ceza Mahkemesidir (UCM). İsrail UCM Statüsüne taraf değildir; BM üyesi olarak UAD Statüsüne taraftır fakat Divanın yargı yetkisini kabul ettiğine dair beyanda bulunmamıştır.⁴ Filistin Devleti UCM’yi kuran Roma Statüsüne taraf olarak kabul edilmiştir, fakat BM üyesi olmadığından UAD Statüsüne taraf değildir. Fakat bunlar devletlerin yargı yolunu işletmelerinin önünde mutlak engel teşkil etmez; diledikleri takdirde yargı mekanizmalarını harekete geçirecek usuller bulunmaktadır. Bununla birlikte Mayıs 1948’de kurulduğu tarihten bugüne işgalci politikalar uygulayan, Filistinli Arapların uluslararası hukukça tanınan ve başta BM olmak üzere birçok uluslararası kuruluş tarafından teyit edilen devlet kurma hakkını teslim etmeyen, Filistin halkının en temel insan haklarını hiçe sayan, uluslararası insancıl hukuk kurallarını açıkça ihlal etmekten çekinmeyen, kısaca ABD ve Batılı devletlerin kayıtsız şartsız desteğiyle ve sahip olduğu askeri üstünlükle adeta kendisini hukuktan muaf görerek tek taraflı kararlarla istediklerini dayatan İsrail’in bağımsız ve tarafsız bir organın (mahkeme) müdahil olmasına muvafakat vermeyeceği de açıktır. Dolayısıyla Filistin meselesi ne genel olarak ne de işgal edilmiş topraklarda Yahudi yerleşim yerleri kurulması, Gazze’nin kara ve denizden abluka altında tutulması, Kudüs’ün İsrail’in başşehri ilan edilmesi gibi özel yönleriyle İsrail’in tutumu sebebiyle muhakeme edilebilir görünmemektedir.

³ Bu ifadeler subjektif değer yargısı değildir. İsrail’in mesela Osirak (Irak) saldırısında veya Lübnan’a karşı defalarca gerçekleştirdiği işgal ve bombardımanlarda kullandığı önleyici meşru müdafaa gerekçesinin uluslararası hukukun tipik bir manipülasyonu olduğu, işgal altında tuttuğu Filistin topraklarında duvar örme ve Yahudi yerleşim yerleri kurmasının uluslararası hukukun açıkça hiçe sayılması olduğu uluslararası mahkemelerin mütalaalarında ve doktrinde belirtilmektedir. Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6th edition, 2008, s. 1138-9; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, s. 136.

⁴ Divan *ratione personae* yetkisi bu hususta bildirimde bulunan devletleri kapsar (UAD Statüsü, madde 36).

Bu çıkmaza karşılık Filistin meselesinde hukuku uygulanabilir kılmak isteyen devletler dolaylı bir yol buldular: UAD'dan istişari mütalaa (danışma görüşü) talep etmek. Divan'dan herhangi bir hukuki meseleyle ilgili olarak istişari mütalaa talep etme yetkisi BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi ile Genel Kurulun iznine tabi olarak uzmanlık kuruluşlarına tanınmıştır.⁵ İstişari mütalaa talebinde devletlerin rızası aranmaz. Filistin halkını destekleyen devletler (çoğunlukla üçüncü dünya ülkeleri) sahip oldukları çoğunluktan yararlanarak 2004 yılında BM Genel Kurulunda bu yönde bir karar alınmasını sağladılar. Genel Kurul kararında Divan'dan İsrail'in işgal altındaki topraklarda Filistinlileri kontrol altında tutmak için duvar inşa etmesinin hukuki sonuçlarıyla ilgili görüş bildirmesini istedi. İstişari görüş usulü bir yargılama değildir, keza bağlayıcılığı yoktur fakat uluslararası alanda en üst seviyedeki yargı organı olan UAD'nin konuyla ilgili yaptığı değerlendirme önemli bir ağırlığa sahip bulunmaktadır. Böylece ilk kez İsrail'in bir uygulaması (Filistinlilerin yerleşim yerlerini duvarlarla çevreleme politikası) hukuk terazisinde tartılıp ne olduğu ortaya konulmuş oldu.⁶ İsrail'in Filistin meselesindeki uygulamalarını sorgulamak için istişari mütalaa usulü 2022'nin sonunda bir kez daha kullanıldı. Yine BM Genel Kurulu 30 Aralık 2022 tarihli kararıyla UAD'den bu kez daha genel nitelikli sorulara vereceği cevapla duruma açıklık getirmesini istedi: "(a) İsrail'in Filistin halkının kendi geleceğini belirleme hakkını sürekli ihlalinin; 1967'den bu yana Filistin topraklarını uzun süreli işgali, yerleşime açması ve ilhakının; Kudüs'ün nüfus yapısı, karakteri ve statüsünü değiştirmek için kabul ettiği ayrımcı mevzuat ve tedbirlerin hukuki sonuçları nelerdir? (b) Paragrafta (a)'da anılan politika ve uygulamalar işgalin hukuki statüsünü nasıl etkilemektedir ve diğer devletler ve BM açısından bu statüden kaynaklanan hukuki sonuçlar nelerdir?"⁷ 2024 yılı itibariyle süreç devam etmektedir.

II- SOYKIRIM DAVASININ ARKA PLANI

7 Ekim 2023 günü Hamas'ın eylemlerinden sonra İsrail'in Gazze bölgesine yönelik başlattığı askerî harekâta bölgedeki Filistin halkının topyekûn hedef alınması, hastaneler, okullar, ibadet yerleri, altya-

⁵ BM Andlaşması, madde 96.

⁶ Legal Consequences of the Construction of a Wall, I.C.J. Reports 2004, s. 136 vd.

⁷ Request for advisory opinion transmitted to the Court pursuant to General Assembly resolution 77/247 of 30 December 2022, 17 Ocak 2023.

pı tesislerinin bombalanması, sivil-askeri hedefler ayrımı yapmadan çoğunluğu çocuk ve kadın olmak üzere binlerce kişinin katledilmesi uluslararası insancıl hukukun en temel kurallarının ihlalini teşkil etmesi yanında soykırım iddialarını gündeme getirdi. Soykırım şüphesiz ki, uluslararası hukukta bir devletin ve devlet idarecilerinin işleyebileceği en ağır suçtur. 1945 sonrası BM ile birlikte yeni uluslararası düzen kurulurken ilk hedeflerin arasında soykırım ve insanlığa karşı suç oluşturan eylemlerin tekrar yaşanmaması vardı. 1948 Soykırımı Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi (Soykırım Sözleşmesi) bu temenniyi sağlam hukuki zemine oturtma isteğinin bir sonucudur.⁸ 2024 yılı itibarıyla 153 devlet Sözleşmeye taraftır, fakat soykırım yasağı aynı zamanda teamül kuralı olduğundan ve de uluslararası hukukun amir hükümleri (*jus cogens*) arasında yer aldığından bütün devletleri bağlamaktadır.

İsrail’in Gazze’de yaptıklarının soykırım boyutuna varması ile Filistin meselesinin uluslararası yargının konusu olması arasında şöyle bir bağlantı vardır. Soykırım Sözleşmesi yorum ve uygulamayla ilgili olarak taraflar arasında çıkacak ihtilafların halli için özel bir madde içermektedir. Buna göre “Taraflar devletler arasında Sözleşmenin yorumu, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya III. maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir devletin sorumluluğuyla ilgili olarak ortaya çıkan ihtilaflar ihtilafın taraflarından birinin talebi üzerine UAD’ye sunulur”.⁹ Dolayısıyla Soykırım Sözleşmesine taraf olan devletler anılan maddeyle ilgili ihtirazi kayıt koymamışlardır.¹⁰ Divanın Sözleşme çerçevesinde yargı yetkisini önceden kabul etmiş

⁸ Sözleşmede soykırım şöyle tanımlanmaktadır: “ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedeni veya zihni zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziki varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak, hayat şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek” (madde II). Bu tanım aynı şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsünde de tekrarlanmaktadır (madde 6).

⁹ Soykırım Sözleşmesi, madde IX.

¹⁰ Soykırım Sözleşmesine ihtirazi kayıt konulması hususundaki tartışmalar üzerine BM Genel Kurulu UAD’den istişari mütalaa istemiş ve Divan “konu ve amaca aykırılı olmama ilkesini” zikrederek rezerv konulabileceğini söylemiştir. *Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, s. 15 vd.*

olmaktadır.¹¹ İsrail Sözleşmeye 1950 yılında hiçbir kayıt koymadan katılmıştır. Bu durumda İsrail'e karşı soykırım iddialarının Divan önüne getirilmesi ve IX. maddedeki diğer şartların sağlanması halinde nizalı yargı konusu olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Diğer deyişle, Soykırım Sözleşmesine taraf olan ve Divanın yargı yetkisini kabul etmiş bulunan bir veya daha fazla devlet tarafından İsrail'e karşı dava açılabilmesinin ve Divanın da bu ihtilafta İsrail'in sorumluluklarını belirleyen bir hüküm vermesinin önü açıktır. Güney Afrika Cumhuriyeti 29 Aralık 2023 tarihli başvurusunda bu hukuki yolu kullanarak İsrail'in 7 Ekim sonrası Gazze'de giriştiği operasyonların soykırım suçunu oluşturduğu iddiasını Divana götürmüş ve yargı sürecini başlatmıştır. İsrail devleti ilk defa Filistin meselesinin tamamıyla ilgili olmasa bile Gazze operasyonunda Filistin halkına karşı yaptıklarından dolayı bir uluslararası mahkeme önünde yargılanmaktadır.

Süreç henüz başlangıç aşamasındadır. UAD usul olarak bir müracaatta önce yetkili olup olmadığına karar verir; Divan yetkili olduğunu belirledikten sonra esasla ilgili değerlendirmeye geçer.¹² Güney Afrika dilekçesinde Divandan şu hususlar üzerine tespitte bulunmasını ve hüküm vermesini istemiştir: Güney Afrika ve İsrail Filistin halkıyla ilgili olarak Soykırım Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine uygun hareket etmek ve soykırımı önlemek için imkânları dâhilinde alabilecekleri gerekli bütün tedbirleri almak yükümlülüğü altındadır; İsrail Soykırım Sözleşmesinde öngörülen yükümlülükleri çiğnemiştir ve ihlal etmeye devam etmektedir.¹³

¹¹ “Divanın yetkisi ... yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar” (Statü, madde 36, § 1). Soykırım Sözleşmesinin ihtilaflarla ilgili UAD'nin zorunlu yargı yetkisini kabul eden hükmüne (madde IX) Sözleşmede bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte ihtirazi kayıt konulması kabul edilmektedir. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, s. 15.*

¹² Yetkiyle ilgili meseleler davanın esastan görüşülmesi aşamasında veya ondan önce ayrı olarak karara bağlanabilir. UAD İç Tüzüğü, madde 79.

¹³ Güney Afrika burada Soykırım Sözleşmesinin I, II, III, IV, V ve VI. maddelerine atıfla soykırım oluşturan ve cezalandırılacak fiilleri sıralamakta ve İsrail'in Filistin halkına karşı bunlardan imtina etmesi yükümlülüğünü anmaktadır. Ayrıca, Divanın İsrail'den Soykırım Sözleşmesinin ihlallerini tekrarlamayacağı yönünde garanti vermesini öngören bir hüküm vermesini istemektedir. *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 Aralık 2023, § 144. (Bundan sonra “Application of South Africa”)*

III- İHTİYATİ TEDBİR KARARI/LARI

A. 23 Aralık 2023 Tarihli İhtiyati Tedbir Kararı

Güney Afrika, 23 Aralık 2023 tarihinde, Gazze’deki durumun vahameti ve aciliyetini hatırlatarak Divan’dan ihtiyati tedbir almasını talep etmiştir.¹⁴ İhtiyati tedbir kararları usul olarak yetki ve esasla ilgili yargılama başlamadan öncelikle ele alınır.¹⁵ Bu davada da Divan başvurudan kısa süre sonra ihtiyati tedbir kararını görüşmeye başlamıştır. Taraflar, 11-12 Ocak 2024 tarihlerindeki duruşmalarda iddialarını ve savunmalarını sözlü olarak ifade etmişler ve Divan 26 Ocak 2024 tarihinde ihtiyati tedbir talebiyle ilgili kararını vermiştir. Bu karardan kısa süre sonra 12 Şubat 2024 tarihinde Güney Afrika Divana yaptığı başvuruyla ilave ihtiyati tedbirler alınmasını talep etmiştir. Divan, 15 Şubat 2024 tarihinde, Güney Afrika’nın ilave tedbir talebiyle ilgili kararını vermiştir. Güney Afrika önceki tedbirlerin sonuç vermediği ve durumun giderek kötüleştiği gerekçesiyle bir kez daha başvuruda bulunarak (6 Mart 2024) tedbirlerde değişiklik ve ilave tedbirler alınmasını istemiştir. Bunun üzerine Divan 28 Mart 2024 tarihinde yeni bir ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

Kararlaştırılan ihtiyati tedbirlerin içeriği ve etkileriyle ilgili yapacağımız değerlendirmeleri daha anlaşılır kılmak için ifade edelim ki ihtiyati tedbir kararı *prima facie* bir karardır. Yani Divan acil bir durumda telafi edilmez zararların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla davayla ilgili teferruatlı bir inceleme yapmadan genel olarak ele alındığında ve ilk bakışta taraflardan herhangi birisinin (veya her ikisinin) davranışlarının böyle bir zarar riski ortaya çıkardığına kanaat getirirse belirli kriterlere göre yetkili olduğuna ve ihtiyati tedbirler uygulamaya karar vermektedir.¹⁶

¹⁴ Divan taraflardan bir talep gelmemesi halinde bile durumun öyle gerektirdiğini düşünüyorsa kendiliğinden ihtiyati tedbir kararı alabilir. UAD İç Tüzüğü, madde 75, § 1.

¹⁵ UAD İç Tüzüğü, madde 74, § 1: “Geçici tedbirlerin belirtilmesine ilişkin talep, diğer tüm durumlara göre öncelikle ele alınır”. Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2019 (pdf versiyonu), s. 1329.

¹⁶ Order 26 January, § 15; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federati-*

Divan 26 Ocak kararında vurguladığı üzere ihtiyati tedbirler aşamasında olgularla ilgili kesin tespitlerde bulunamaz; dolayısıyla bu kararda da Soykırım Sözleşmesinin ihlallerini tespit etmeye çalışmamış, sadece mevcut şartların bu Sözleşmede öngörülen hakların korunması için ihtiyati tedbirleri gerektirip gerektirmediğini belirlemiştir.¹⁷ Nitekim Divan'a göre mevcut şartlar, Güney Afrika'nın koruma talep ettiği hakların en azından bir kısmının kabul edilebilir olduğunu göstermektedir.¹⁸

Divanın ihtiyati tedbir kararıyla ilgili ihtiyatlı ifadelerine rağmen şartların ihtiyati tedbirler alınmasını gerektirdiğine hükmedildiği durumlarda Soykırım Sözleşmesinin ihlaliyle ilgili bir değerlendirme yapılmamış olsa da zımnen Sözleşmenin ihlal edildiği sonucu çıkmaktadır. Divan ihtiyati tedbirlere karar vermekle İsrail'in 7 Ekim'den itibaren Gazze'de yaptıklarının en azından bir kısmının *prima facie* Soykırım Sözleşmesinin ihlalinin oluşturabileceğini kabul etmektedir. Mamafih bu kanaat sadece ihtiyati tedbirler kararı için geçerli olup esasla ilgili kararda teyit edilebileceği gibi tam tersi de söz konusu olabilir. Yine de alınan tedbirlerin ne işe yaradığı ne ölçüde etkili olduğu sorularından bağımsız olarak Divan gibi önemli bir otoritenin *prima facie* de olsa İsrail aleyhine böyle bir kanaati izhar etmesi başlı başına büyük önem arz etmektedir. Zira İsrail'in Filistin politikasıyla ilgili ilk kez hukuken soykırım nitelemesi yapılmıştır. Filistin meselesi bundan sonra *aynı zamanda* soykırım suçu bağlamında tartışılacaktır. Bu hususun gelecekteki hukuki ve siyasi değerlendirmeleri etkileyeceği kuvvetle muhtemeldir.

on), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), § 24; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, § 16.

¹⁷ Order 26 January, § 62.

¹⁸ Order 26 January, § 54. UAD terminolojisine 2000'li yıllarda giren "kabul edilebilirlik" (plausibility) terimi genel olarak ihtiyati tedbirlerle korunmak istenen hakların dava konusuyla bağlantısına işaret etmektedir. Bununla birlikte terimin anlamı ve gerekliliği üzerinde Divan kararlarında ve doktrinde çok farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Bk. Massimo Lando, "Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice", *Leiden Journal of International Law* (2018), 31, s. 641-668.

1. Güney Afrika’nın Talepleri

Güney Afrika’nın Divandan talep ettiği ihtiyati tedbirler dokuz maddelik nispeten teferruatlı uzun bir liste oluşturmaktadır.¹⁹ Kısaltarak belirtecek olursak tedbirlerde İsrail’in: Gazze’deki askeri operasyonlarını derhal askıya alması (1 ve 2); (ve Güney Afrika’nın) Soykırım Sözleşmesi uyarınca Filistin halkına karşı soykırımı önleyecek bütün tedbirleri alması (3); Soykırım Sözleşmesinin II. maddesinde sayılan eylemlerden vazgeçmesi (4); Filistinlilerin evlerinden zorla çıkarılması ve yerinden edilmesini önleyecek tedbirler alması; yeterli yiyecek ve suya, yakıt, barınak, giyecek, hijyen, sağlık malzemeleri gibi insani yardıma ulaşmalarının ve sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının önündeki engelleri kaldırması ve Gazze’yi Filistinliler için yaşanmaz kılacak uygulamalardan vazgeçmesi (5); Kendi askeri kuvvetlerinin veya denetimindeki diğer silahlı grupların yukarıdaki belirtilen (4 ve 5.paragraflar) eylemlerini ve soykırım, soykırımı teşvik, teşebbüs veya bu amaçla suç ortaklığı teşkil eden eylemlerini engelleyecek; buna aykırı hareket edenlerin cezalandırılması için tedbirler alması (6); Soykırım iddialarıyla ilgili delillerin yok edilmesini önleyecek tedbirler alması ve Gazze’de uluslararası misyonların delil toplama faaliyetlerine engel olmaması (7); anılan bütün tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili karar tarihinden itibaren bir hafta içinde Divana bir rapor sunması ve Divanın uygun göreceği şekilde periyodik raporlar sunması (8); bu davaya konu olan ihtilafı ağırlaştırarak veya çözümünü daha zor hale getirecek eylemlerden kaçınması (9) öngörülmektedir.

Divan 26 Ocak 2024 kararında Güney Afrika’nın ihtiyati tedbir talebini kabul etmiş ve İsrail’den birtakım tedbirler almasını istemiştir. Divan ihtiyati tedbir kararı verirken tarafların talepleriyle bağlı değildir; onların taleplerinden kısmen veya tamamen farklı tedbirleri kararlaştırabilir.²⁰ Bu davada Divan’ın kısmen farklı, daha yerinde ifadeyle

¹⁹ Application of South Africa.

²⁰ UAD İç Tüzüğü, madde 75, § 2. Geçmiş uygulamalarda Divanın ihtiyati tedbir alınmasını kabul ettiği durumlarda talep edilenlerden az veya çok farklı karar verdiği görülmektedir. Mesela bk. Genocide case (Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, s. 28; Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), s. 651; Application of the International Convention for the Suppression of the Financing

Güney Afrika'nın talebini hem içerik hem de üslup olarak farklılaştırarak karar verdiği görülmektedir.

Divanın karar verdiği tedbirler listesinin Güney Afrika'nın teklif ettiği listeden farklı olması, bilhassa İsrail'in askeri operasyonları askıya almasıyla ilgili 1 ve 2 numaralı tekliflerin kabul görmemesi ihtiyati tedbirler aşamasında oldukça ihtiyatlı hareket etme "politikasından" kaynaklandığını söyleyebiliriz. Tabii bu ihtiyatın ihtiyati tedbirlerin sebebi hikmetiyle ne ölçüde bağdaştığı ayrı bir meseledir.

2. Alınan Tedbirlerin Kapsamı

a. Soykırım Fiillerini Önleme ve Teminat Yükümlülüğü

Kararda tedbirler altı paragraf olarak ifade edilmiştir.²¹ Kararlaştırılan ilk iki tedbirde Soykırım Sözleşmesinin II. maddesine atıfla İsrail'den bu maddede sayılan fiillerin işlenmesini önlemek için elinden gelen bütün tedbirleri alması ve askeri kuvvetlerinin bu fiilleri işlememesine dair teminat vermesi istenmektedir. Divan burada Güney Afrika'nın listesindeki 3 ve 4 numaralı talepleri "küçük" bir deyişle birlikte ifade etmektedir. Güney Afrika'nın 4 numaralı talebi İsrail'in soykırım oluşturan fiillerden "vazgeçmesi" (*desist from*) şeklinde iken Divan bu fiillerin işlenmesini önlemek için tedbir almaktan bahsetmektedir. Fark önemlidir, zira "vazgeçmede" yapılmakta olan bir şeyin terkedilmesi söz konusudur. Dolayısıyla anılan fiillerden vazgeçme talimatı o fiillerin hâlihazırda işleniyor olduğunu varsaymaktadır. Divanın ifadesi ise nötrdür; muhatabının yaptıklarıyla ilgili bir değerlendirme içermemektedir, hatta daha ziyade geleceğe matuf olarak alındığı söylenebilir. Divanın bu aşamada taraflardan birisini itham ettiği imalarından kaçınmak için böyle bir ifadeyi tercih ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim yukarıda işaret ettiğimiz üzere Divan Soykırım Sözleşmesinin ihlali meselesiyle değil Sözleşmedeki hakların korunmasını gerektiren şartların varlığı üzerinde durmaktadır.

of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, s. 139.

²¹ Order 26 January, § 86.

b. Soykırımı Teşvik ve Tahrik Suçlarının Cezalandırılması

Üçüncü olarak, İsrail’in Gazze Şeridindeki Filistinlilere yönelik soykırımı teşvik ve tahrikleri önlemek ve cezalandırmak için gerekli tedbirleri alması öngörülmektedir. Bu tedbir hem resmi görevliler hem sivil halkın davranışları açısından İsrail devletine yükümlülükler getirmektedir. İsrail kimi devlet görevlilerinin 7 Ekim olaylarından itibaren yaptığı kamuya açık beyan ve değerlendirmelerinin soykırımı teşvik suçunu oluşturduğu iddialarına²² karşı iki aşamalı bir savunma geliştirmeye çalışmıştır. Duruşmalarda İsrail temsilcileri tarafından birkaç kez vurgulandığına göre İsrail’in bu harekâttaki politikası ve operasyonları Ulusal Güvenlik İşleri Bakanlık Komitesi ve Savaş Kabinisi tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, İsrail’in soykırım niyetini belirlerken anılan organların dışındaki devlet görevlilerinin, mesela bir bakanın veya bir askeri komutanın söylediklerine itibar etmemek gerekir.²³ Bu savunma devletin sorumluluğuyla ilgili yerleşik uluslararası hukuk kurallarıyla bağdaşmamaktadır.²⁴

İsrail, ayrıca, devlet yetkililerinin sözlerinin yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. İsrail Cumhurbaşkanı operasyonların başlamasından beş gün sonra yaptığı açıklamada şunları söylemektedir: “Sorumlu olan oradaki ulusun tamamıdır. Bu işten haberi olmayan sivillerin karışmadığına dair retorik doğru değildir. Kesinlikle doğru değildir ... ve biz onların belkemiğini kırana kadar savaşaacağız”. İsrail Savunma Bakanı Gazze’yi tam bir kuşatma altına aldıklarını belirterek “ne elektrik ne yiyecek ne su ne de yakıt olacak. İnsan hayvanlarla savaşıyoruz ve buna göre davranıyoruz” demiştir. Bunlar Güney Afrika’nın dava dilekçesinde verdiği çok sayıda örnekten birkaçıdır.²⁵ En yüksek seviyeli devlet yetkililerinden daha aşağı seviyedekilere kadar tekrarlanan nefret söylemleri yanlış yoruma yer bırakmayacak şekilde İsrail devletin niyetini ve politikasını ortaya koymaktadır. İsrail temsilcilerinin

²² Application of South Africa, § 101.

²³ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.32, § 40.

²⁴ Uluslararası mahkeme kararları ve doktrinden çok sayıda referans için bk. Uluslararası Hukuk Komisyonunun devletin sorumluluğuyla ilgili taslak maddeleri (Bölüm II- Bir davranışın devlete atfedilmesi) ve yorumları: James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, s. 91-123.

²⁵ Application of South Africa, § 101.

ilave bir savunma olarak Divan önünde bu benzeri sözleri önemsizleştirmek için devlet yetkililerinin veya organların farklı zamanlarda sarf ettikleri daha mutedil sözleri delil olarak sunmaları²⁶ hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mazeretler olarak kabul edilemez.

Duruşmalarda bir İsrail temsilcisi resmi veya sivil şahısların işlediği soykırımı teşvik ve tahrik suçlarıyla ilgili incelemelerin başlatıldığını belirtmektedir.²⁷ Fakat öte yandan bir başka temsilci *Bosna ve Myanmar Davalarında* verilen ihtiyati tedbir kararlarında bu yönde bir tedbir bulunmadığını hatırlatarak dava konusu hakların tedbirler yoluyla geçici korunmasını sağlamak için soykırımı cezalandırmanın acil bir gerek olmadığını söylemektedir.²⁸ Oysa geçici olarak ifade edilen süre esasla ilgili karara kadar sürmekte ve bazı durumlarda yıllar alabilmektedir. Sonuç olarak, soykırımı teşvik ve tahriklerle ilgili cezalandırma tedbirleri görüntüden ibaret olmayıp etkili uygulandığı takdirde devletin soykırım karşıtı niyetinin önemli bir göstergesi olacak ve caydırıcı rol oynayacaktır.

c. İnsani Yardımlar

Dördüncü tedbirin konusu Gazze’de yaşayan Filistinlilerin acilen ihtiyaç duydukları temel hizmetler ve insani yardımdır. Divan İsrail’den bunların sağlanmasına imkân verecek tedbirleri derhal almasını istemektedir. Bu tedbir Güney Afrika’nın 5 numaralı paragrafta talep ettiği tedbirlerin sadece bir kısmına tekabül etmektedir; İsrail’in Filistin halkını zorla yerinden eden ve Gazze’yi Filistinlilerin yaşayamayacağı bir yer haline getiren uygulamalardan vazgeçmesi yönünde çağrı yapılması isteği atlanmıştır.

Hâkim Sebutinde muhalif mütalaasında bu tedbire şu gerekçeyle karşı çıkmaktadır. Bir halkı gerekli insani yardımdan mahrum bırakmak soykırım kastıyla yapılmıyorsa soykırım suçu oluşturmaz. Bu olayda böyle bir özel kasit bulunmadığından insani yardımlarla ilgili tedbir Soykırım Sözleşmesinde öngörülen herhangi bir hakla bağlantılı değildir,²⁹ dolayısıyla alınmaması gerekir. Muhalif Hâkimin dayandığı

²⁶ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.32-35.

²⁷ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.73-4.

²⁸ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.67.

²⁹ Dissenting opinion of Judge Sebutinde, § 28.

kural, yani ihtiyati tedbirlerin korumayı amaçladığı haklarla davanın esasıyla ilgili haklar arasında bir bağlantının olması Divan içtihadında yerleşmiş bir kuraldır.³⁰ Fakat insani yardım tedbirine muhalefetin asıl sebebi Hâkim Sebutinde’nin daha işin başında Gazze operasyonlarında soykırım niyeti bulunduğunu reddetmesidir. Kasıt unsurunun bulunmadığı kabul edildiğinde açıktır ki, Soykırım Sözleşmesinin bir hükmünü içerik olarak aynen tekrar eden bir tedbir de söz konusu olsa – mesela, Filistinlilere ciddi suretle bedeni ve zihni zarar veren eylemlerden kaçınılması – söz konusu bağlantı oluşmayacaktır. Zaten bu yüzden Hâkim Sebutinde İsrail’in atadığı *ad hoc* hâkimin dahi olumlu oy verdiği³¹ bu tedbire muhalefet etmekle kalmamış diğer bütün tedbirler için de olumsuz oy kullanmıştır.

d. Delillerin korunması

Beşinci tedbir İsrail’den soykırım teşkil ettiği iddia edilen fiillerle ilgili delillerin tahribinin önlenmesi ve muhafazasını sağlayacak etkili tedbirler almasını öngörmektedir. Divan benzer bir tedbiri daha önce *Myanmar Davasında* almıştı.³² İsrail buradaki kararlar *Myanmar* kararı arasındaki bir farka dikkat çekmektedir. *Myanmar Davasında* Gambia dava dilekçesinde uluslararası araştırma misyonunun tespitlerine dayanarak suçları örtbas etmek için delillerin kasıtlı olarak tahrip edildiği iddiasında bulunmuştur: “BM Araştırma Heyeti Myanmar’ın Rohingya kurbanlarının kalıntılarını tahrip ettiğini, gömdüğünü ve ortadan kaldırdığını belgelemiştir. Heyet, Kuzey Rakhine Eyaleti genelindeki toplu imha ve arazi temizliğinin delillerin yok edilmesi ve bunun suçların gelecekte soruşturulması üzerindeki etkileri konusunda ciddi

³⁰ Mesela bk. Genocide case (Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, § 44; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order, 7 Aralık 2021, I.C.J. Reports 2021, § 41; Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order, 16 Mart 2022, I.C.J. Reports 2022 (I), § 51; Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Provisional Measures, Order, 1 December 2023, § 20.

³¹ Ad hoc Hâkim Barak bu tedbirle birlikte soykırımı teşvik ve tahrik suçlarının cezalandırılmasını öngören bir önceki tedbir için Divan çoğunluğuyla birlikte olumlu oy kullanmıştır. Order 26 January, § 86.

³² Genocide case (Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, § 86.

endişelere yol açtığını belirtmiştir.”³³ İsrail’e karşı başvuruda ise Güney Afrika aynı içerikli tedbir talebini gelecekte suçlarla ilgili yapılan tahkikleri engelleyecek şekilde delillerin yok edilmesi hakkında ciddi endişelerin varlığıyla gerekçelendirmektedir. Yani önceki durumda bir uluslararası heyetin gözlem ve değerlendirmeleri söz konusuysen burada herhangi bir müşahhas dayanak bulunmamaktadır. İsrail’e göre delillerin korunması ve yok edilmesinin önlenmesi yönündeki tedbir delillerin karartılmasıyla ilgili bir şüphe bulunduğunu ima etmektedir, dolayısıyla Divanın böyle bir tedbiri kabul etmesi ilkesiz ve gereksiz bir karardır.³⁴

İsrail’in itirazı tartışmalıdır. Her iki dava da Soykırım Sözleşmesinin ihlali üzerine olsa da olayların gelişmesi, sonuçları ve uluslararası toplumun müdahalesi birbirinden farklı olmuştur. Myanmar’da bir BM heyeti inceleme ve tespitler yapma fırsatı bulurken Gazze’de böyle bir heyetin kurulması ve yerinde araştırmalar yapması mümkün olmamıştır. Dolayısıyla Gazze’de tarafsız bir uluslararası organın önceden tespit edip belgelediği deliller yoktur. Fakat bu durum delillerin korunması yönünde bir tedbir kararının alınması için engel teşkil etmez. Ortada Divanın *prima facie* doğru olduğunu kabul ettiği bir soykırım iddiası varsa bunun kesin doğruluğunu ortaya çıkarmaya yarayacak delillerin korunmasını istemek gayet tabiidir. Ayrıca, bu tedbir soykırım iddiasının geçerliliği kadar geçersizliğini belirlemeye hizmet edeceğinden İsrail’in tezlerinin doğrulanması için de gereklidir. Herhalükarda ara vermeden devam eden operasyonlar esnasında kasten veya başka sebeplerle delillerin tahrip olma riski hayli yüksektir.

İsrail’in tedbire karşı itirazlarının yerindeliği bir tarafa, her şeyden önce bu tedbir kendi içerisinde tutarsız olup Divanın meseleye nasıl üstünkörü yaklaştığını gösteren tipik bir örnektir. *Prima facie* de olsa bir soykırım yapıldığına ve yapılmaya devam ettiğine veya soykırımın “eli kulağında” olduğuna ve bunun müsebbibinin İsrail olduğuna karar vermişken, “zanlıdan” kendi aleyhine olacak delilleri korumasını talep etmenin mantığını anlamak zordur. Bu hususta *Myanmar* kara-

³³ Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures, 11 November 2019, § 118.

³⁴ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 68. İsrail ayrıca bu tedbiri talep etmekle Güney Afrika’nın aslında askeri operasyonların askıya alınmasını amaçladığını ileri sürmektedir. Ibid.

ıyla benzer bir formülasyonun benimsenmesi bölgenin İsrail güçlerinin kontrolü altında olduğundan delillerin ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamaların ancak bu devletten gelebileceği ihtimaline karşı bir yükümlülük oluşturulduğu gerekçesiyle izah edilebilir. Fakat ne bu açıklama ne de *Myanmar* kararına atıf tatmin edicidir. Zira İsrail’in delillerin yok edilmesini önleyecek tedbirler alma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini veya ne ölçüde yerine getirdiğini denetleyecek tarafsız bir mekanizma kurulmadan bu işin sadece İsrail’in kendisiyle ilgili yine ve sadece kendisinin yapacağı değerlendirmelere bırakılması tedbirin gerçek manada bir hukuki yükümlülük getirmediğini göstermektedir. Bu yoruma göre delillerin korunmasıyla ilgili tedbir Divanın kararında ifade edildiği şekliyle içi boş bir düzenlemeden başka bir şey değildir.

Hal böyleyken Güney Afrika’nın bu konudaki talebinde yer alan araştırma misyonlarının ve yetkili uluslararası organların söz konusu delillerin muhafazasını sağlamaya yardımcı olmak için Gazze’ye girmelerinin engellenmemesi veya kısıtlanmamasını öngören kısmın Divan tarafından dikkate alınmaması ilginçtir.³⁵ Kaldı ki İç Tüzük Divana taraflardan bir talep gelmese bile kendiliğinden tarafların görüşlerini aldıktan sonra kendi belirleyeceği şartlara bağlı olarak davanın ilgili olduğu yerde delillerin toplanmasına ilişkin yetki vermektedir.³⁶ Davanın esastan görülmesi halinde verilecek kararda belirleyici rol oynayacak olan delillerin gereği gibi toplanması ve saklanması için İsrail’e çağrı yapmak dışında hiçbir ciddi tedbir alınmaması büyük bir eksiklikler.

e. Rapor Yükümlülüğü

Altıncı ve son tedbir İsrail’in rapor verme yükümlülüğüdür. İsrail’den kararda öngörülen ihtiyati tedbirleri yürürlüğe koymak için yaptıklarını

³⁵ İsrail sözlü savunmasında Güney Afrika’nın bu talebine iki noktadan itiraz etmiştir. Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s.68. İlk olarak, Gazze’ye Mısır’dan girişin bulunduğunu belirtmiştir. Uluslararası heyetlerin bu yolla Gazze’ye girip araştırma yapabileceklerini ima eden bu ifade sürekli saldırı ve bombardıman altındaki topraklarda bulunmanın dahi hayati risk taşıdığını yok saymaktadır. İkinci olarak, İsrail uluslararası hukuka göre kendi topraklarından Gazze’ye giriş izni vermek zorunda değildir. Normal şartlarda devletlerin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır, fakat Divanın gerekli görmesi halinde alacağı kararla bu yönde bir yükümlülük ihdas edebilir.

³⁶ UAD İç Tüzüğü, madde 66.

belirten bir raporu bir ay içerisinde Divana vermesi talep edilmektedir. İhtiyati tedbirlerin gerektiği gibi uygulanmasını takip açısından rapor yükümlülüğü önemlidir. İhtiyati tedbirler telafi edilmez zararların ortaya çıkma ihtimali olan *acil* durumlarda başvuru bir enstrümandır. Bu sebeple hemen hayata geçirilmesi, dolayısıyla da bir an önce uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi gerekir. Divan Gazze saldırısı başladıktan yaklaşık dört ay sonra ihtiyati tedbir kararı vermiştir; (Divanın *prima facie* kararına göre) soykırım olarak nitelendirilebilecek fiiller durmamış, tersine artarak devam etmektedir. Her geçen günün hatta saatin Gazze’deki İsraililerin durumunu daha da ağırlaştırdığı açıkça görülmektedir. Bu şartlar altında Divanın İsrail’e rapor için bir aylık süre vermesi durumun vahametiyle bağdaşmayan bir karardır. Çünkü her ne kadar rapor için verilen süre ihtiyati tedbirlerin uygulanmaya başlanacağı süre değilse de uygulamada bu şekilde belirlenen süreler ilgili devletlere uygulamaya geçmeleri için tanınan zaman marjı olarak yorumlanmaktadır. Ayrıca, İsrail’den talep edilen tedbirler teknik olarak alınması ve uygulanmaya koyulması zaman alacak şekilde çok ve karmaşık değildir. Bir benzetme yapılacak olursa, bunlar insan haklarından negatif, yani devletin bir şey yapması değil yapmaması anlayışına dayalı, hemen talep edilebilir, hemen uygulamaya konulabilir haklar olarak nitelenen medeni ve siyasi haklar gibidir. Her devlet bunları hemen uygulamak kapasitesine sahiptir; bunun raporlanması da çok daha kısa sürede mümkündür. Bütün bu hususlar ortada iken Divan rapor meselesinde de Güney Afrika’nın talebini tam olarak dikkate almayarak farklı karar vermiştir. Sonuç olarak, Güney Afrika’nın 8 numaralı talebinde öngörüldüğü gibi İsrail’in karardan en geç bir hafta sonra rapor vermesi ve daha sonra belirli periyotlarda ilave raporlar hazırlaması kararın gerekçesini oluşturan aciliyet unsuruyla daha tutarlı ve yerinde bir karar olurdu.

B. 16 Şubat 2024 İlave Tedbir Kararı

26 Ocak kararından kısa süre sonra İsrail’in operasyonları durdurmak bir yana Gazze’de Refah şehrine saldırma niyetini açıklaması üzerine³⁷

³⁷ İsrail Başbakanlığı’ndan 9 Şubat 2024’te yapılan açıklamada Refah’taki Hamas güçlerine operasyon yapılacağından sivillerin şehri boşaltması istenmiş, Başbakanın bu amaçla IDF (İsrail Savunma Kuvvetleri) ve güvenlik biriminden sivillerin boşaltılması ve Hamas güçlerinin yok edilmesine yönelik bir planı Kabineye sunmasını istediği belirtilmiştir. (Israel Prime Minister’s Office, A message from the

Güney Afrika Divana tekrar müracaat etmiş ve bölgede zaten çok vahim olan şartların daha da kötüleşeceğini gerekçe göstererek ilave ihtiyati tedbirler alınmasını istemiştir.³⁸ Güney Afrika’ya göre bu durum Soykırım Sözleşmesi yanında Divanın 26 Ocak kararının da ihlalidir. Güney Afrika müracaatında ilave tedbirler alınmasının hukuki temellerinden bahsetmiş fakat hangi tedbirleri talep ettiğini müşahhas olarak belirtmemiştir.

Güney Afrika’nın müracaatında ilave tedbirler için Divan İç Tüzüğü’nün 75. maddesinin ilk paragrafı anılmaktadır. Söz konusu paragrafta Divana davanın şartlarına göre kendi inisiyatifıyla ihtiyati tedbirler alma yetkisi verilmektedir. İsrail yaptığı yazılı değerlendirmede bu hükmün Divanın kendiliğinden (*proprio motu*) karar vermesiyle ilgili olduğunu, dolayısıyla bir müracaatın hukuki temelini oluşturmadığını belirtmiştir.³⁹ Paragrafın açık ifadesi bu tenkidi doğrulamaktadır.

İç Tüzükte ilave ihtiyati tedbirler için en uygun hukuki dayanak 76. maddenin ilk paragrafıdır. Burada “Divan davada nihai hüküm verilmeden önce herhangi bir zamanda taraflardan birinin talebiyle veya kendiliğinden ihtiyati tedbirlerle ilgili kararını durumdaki bazı değişikliklerin öyle gerektirdiğini düşünürse iptal edebilir veya değiştirebilir” denilmektedir. İsrail’e göre müracaatta bu maddenin anılmaması durumda yeni tedbirleri haklı kılacak herhangi bir değişiklik olmadığının Güney Afrika tarafından da kabul edildiğini göstermek-

Prime Minister’s Office regarding an operation in Rafah, 9 February 2024, <https://www.goy.gov.il/Departments/News/Spoke-Rafah1090224>.) İsrail 12 Şubat’ta saldırıları başlatmıştır. İlk günkü saldırılarda 100’den fazla can kaybı olmuştur. İsraili yetkililer karadan işgal harekâtı için Mart ayını işaret etmiştir. (<https://www.bbc.com/turkce/articles/c990e249pxqo>, 27 Şubat 2024) Refah hâlihazırda Gazze’nin diğer yerlerinde evleri yıkılan ve saldırıya uğrayanların sığınmasıyla Filistinli nüfusun yaklaşık yarısını barındırmaktadır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin açıkladığı gibi Filistinli nüfusun Refah’ı boşaltmak gibi bir seçeneği bulunmamaktadır, zira insanların gidebileceği başka bir yer kalmamıştır. (ICRC speaks to Isa Soares amid growing concerns for civilians in Rafah, CNN, 11 February 2024, <https://edition.cnn.com/world/2024/02/09/exp-rafah-gaza-i-crc-mh-anna-live-020902psegl-cnni-world.cnn>.) İsrail ve Kızılhaç referansları Güney Afrika’nın başvuru dilekçesinden alınmıştır.

³⁸ Urgent request for additional measures under article 75 (1) of the Rules of the Court of the International Court of Justice, 12 February 2024.

³⁹ Observation of the State of Israel on the Republic of South Africa’s urgent request for additional measures under article 75 (1) of the Rules of the Court dated 12 February 2024, §§ 6-7.

tedir.⁴⁰ Güney Afrika'nın ilave tedbirler müracaatının hukuki temeliyle ilgili tartışmaya açık bir yol izlemesi Divandan herhangi bir tedbir talep etmemesi ve alınacak tedbirler hususunu Divana bırakmasıyla izah edilebilir. Bu açıdan değerlendirilince, Güney Afrika'nın ilave tedbir müracaatı aslında bir tedbir müracaatından ziyade 26 Ocak kararından (ilk karar) sonra tedbirlerin uygulanmaması ve durumun giderek kötüleşmesi karşısında Divana yetkilerini kullanması yönünden yapılan bir çağrı olarak nitelendirilebilir. Nitekim Güney Afrika'nın gerekçe ve izlenecek usul olarak ayrıca *LaGrand Davasında* verilen ihtiyati tedbir kararını anması bu yorumumuzu doğrulamaktadır. Güney Afrika Divana çağrıda bulunarak "durumun çok acil olduğunu ve yakın zarar riskini dikkate alarak *LaGrand* örneğine uygun olarak herhangi bir duruşma veya tarafların sunuşu olmadan" yetkisini kullanıp ilave tedbirlere karar vermesini istemektedir.⁴¹

Divanın ilave tedbir talebiyle ilgili 16 Şubat'ta verdiği karar, daha yerinde bir ifadeyle hiçbir tedbir kararı almaması belirttiği gerekçelerle ters düşmektedir. Divan 16 Şubat kararında önce BM Genel Sekreterinin beyanına atıfta bulunmaktadır: "Gazze şeridindeki ve bilhassa Refah'taki en son gelişmeler zaten bir insanlık kâbusu olan durumu kat kat kötüleştirecektir". Gerekçede devamla, "bu tehlikeli durum 26 Ocak kararında Refah dâhil bütün Gazze'de uygulanması için alınan ihtiyati tedbirlerin derhal ve etkili bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir, ilave tedbir alınmasını değil". Karar İsrail'e Soykırım Sözleşmesiyle ve 26 Ocak kararıyla bağlı olduğunu, Gazze'deki Filistinlilerin güvenlik ve emniyetlerini sağlamakla yükümlü olduğunu hatırlatarak sona ermektedir.⁴²

⁴⁰ Ibid, §§ 7 ve 10.

⁴¹ Urgent request for additional measures..., op.cit., §§ 8-9. *LaGrand Davası* (Almanya v. ABD) ABD'de yargılanıp ölüme mahkûm edilen iki Alman vatandaşının (*LaGrand* kardeşler) 1963 Viyana Konsolosluk Sözleşmesinde öngörülen bilgilendirilme hakkından faydalandırılmadıkları ve Almanya'ya yargı aşamasında vatandaşlarını korumak için gerekli bilgi verilmediği iddiasıyla Almanya tarafında ABD'ye karşı açılmıştır (1999). Ulusal mahkemenin kardeşlerden birisinin kısa süre içerisinde infaz edileceği kararı üzerine Almanya Divandan ihtiyati tedbirler alarak infazın durdurulmasını talep etmiştir. *LaGrand case* (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999, s. 9.

⁴² Decision of the Court on South Africa's request for additional provisional measures, Press Release, No 2024/16, 16 February 2024.

Kararın sonundaki “Gazze’deki Filistinlilerin güvenlik ve emniyetlerini sağlamakla yükümlü” ifadesi İsrail’in yazılı ve sözlü mütalaasında dile getirdiği “Divan yargı yetkisinin ötesine geçen kararlar alıyor” tenkidini doğrularcasına tartışmalıdır. Divanın yargı yetkisinin temeli Soykırım Sözleşmesidir ve Sözleşmede taraf devletler soykırımı önlemeyi taahhüt etmekte fakat başka insan gruplarının emniyet ve güvenliği sağlamak gibi bir yükümlülük üstlenmemektedir. Böyle bir yükümlülük uluslararası insancıl hukuk kapsamına girmektedir. Savaş zamanı sivillerin korunmasına dair kurallar 1949 Cenevre Sözleşmesinde (IV) öngörülmektedir.

Sonuç itibariyle Divan ilave tedbirlere gerek olmadığına karar vermiştir. Mevcut durum giderek kötüleşiyorsa bunun anlamı ya İsrail’in 26 Ocak kararına uymadığı ya da bu kararda alınan tedbirlerin durumu en azından aynen muhafaza etmek için yeterli olmadığı yahut da her iki ihtimalin birden gerçekleştiğidir. Hangi ihtimal söz konusu olursa olsun işe yaramadığı kabul edilen önceki kararı tekrarlamak ihtiyati tedbir müessesesinin mantığına aykırıdır. Divan durumun hızla kötüleştiğini kabul etmekte fakat ilave tedbir kararı vermemekle aslında kendi misyonunu inkâr edercesine hukukun bu konuda yapabileceği bir şey yok demektedir.

1. İhtiyati Tedbirler ve Tarafların Hakları

Divan Statüsünün 41. maddesi ihtiyati tedbir kararının “tarafların her birinin haklarını korumak” için alındığını belirtmektedir. Yani Divan bu tedbirlere başvururken her iki tarafın haklarının korunmasını gözetmesi ve tedbirler dolayısıyla taraflardan herhangi birisinin dava konusunun kapsamına girmeyen bir hakkına (veya haklarına) hâlel getirmemesi gerekir. Bu hassas dengenin sağlanamaması halinde tedbirlerle, daha yerinde bir ifadeyle tedbirlerin yarattığı yükümlülüklerle devletin diğer bazı hakları ve yükümlülükleri arasında çatışma söz konusu olmaktadır. İsrail’in ihtiyati tedbirler aşamasındaki savunmasının en kayda değer kısmı bu hususla ilgilidir.

Güney Afrika’nın Divandan talep ettiği 1 ve 2 numaralı tedbirler İsrail’in Gazze’deki askeri operasyonları derhal durdurmasını ve Soykırım Sözleşmesinin II. maddesinde sayılan eylemlerden vazgeçmesini öngörmektedir. Tam olarak belirtecek olursak teklif edilen tedbirler,

“1- İsrail Devletinin Gazze’de ve Gazze’ye karşı askeri operasyonlarını derhal durdurması” ve “2- İsrail Devletinin kendi idaresi, desteği veya etkisi altındaki askeri veya düzensiz silahlı gruplar ile kendi denetimine, idaresine tabi veya tesiri altındaki organizasyonlar veya şahısların 1 numaralı tedbirde atıfta bulunulan askeri operasyonları ilerletecek hiçbir adım atmamalarını sağlaması” şeklinde ifade edilmiştir.⁴³

Talep edilen bu tedbirler İsrail’in eylemlerinin soykırım oluşturduğu iddiasına dayanmaktadır. Buna göre, İsrail Soykırım Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemekte, dolayısıyla bu yükümlülüklerle tekabül eden Filistin halkının haklarını ihlal etmekte, keza Sözleşmenin bir tarafı olarak Güney Afrika’nın *erga omnes partes* hakkını ihlal etmektedir.⁴⁴

İsrail’e göre ise soykırım iddiasına konu olan olayların açıklaması tamamen farklıdır: her türlü vasıtayı kullanarak kendisini ortadan kaldırma amacını güden bir terör örgütü 7 Ekim 2023 günü yüzlerce vatandaşını öldürmüş, binlercesinin yaralanması ve yaşadığı yerleşim yerlerini terk etmesine sebep olmuş ve iki yüz elliden fazla vatandaşını kaçırıp rehin almıştır; İsrail Devleti halen devam eden bu saldırılara karşı kendisini ve vatandaşlarını korumaktadır.⁴⁵ Hal böyleyse uluslararası hukuka tamamıyla uygun bir durum söz konusudur. Zira BM Andlaşması’nın 51. maddesi ve uluslararası teamül kuralları devletin silahlı bir saldırı durumunda meşru müdafaa hakkını teslim etmektedir. Keza meşru müdafaa hakkı BM Andlaşması’nda tabii bir hak olarak nitelendirilmektedir. Bunun anlamı devletten hiçbir şartta bu hakkından vazgeçmesi veya bu hakkını kullanmaktan imtina etmesi beklenemez.⁴⁶

Askeri operasyonların durdurulması talebi meşru müdafaa teziyle bağlantılı olarak şu açıdan da tenkit edilmiştir. Dava Güney Afri-

⁴³ Application of South Africa, § 144.

⁴⁴ Application of South Africa, §§ 5, 13, 16, 132, 133.

⁴⁵ İsrail sözlü savunmasında bu argümanı birçok kez dile getirmiştir. Mesela, bk. Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 39.

⁴⁶ Jean-Pierre Cot, Alain Pellet (éd.), O.N.U. La Charte, Commentaire article par article, 2ème édition, Economica, 1991, s. 771 vd.; Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II, Oxford University Press, 3rd Edition, 2012, s. 1397 vd.; James Crawford, Brownlie’s Principles of Public International Law, Oxford University Press, 8th edition, 2012, s. 748 vd.

ka ve İsrail arasında olmakla beraber çatışmaların tarafları İsrail ve Hamas’tır. Hamas İsrail’e karşı saldırılarına devam edeceğini beyan etmektedir. Divanın alacağı ihtiyati tedbirler davanın taraflarına hitap etmekte ve onları bağlamakta fakat Hamas bu uygulamanın dışında kalmaktadır.⁴⁷ Bunun sonucu olarak, *ad hoc* Hâkim Barak’ın şahsi mü-talaasında belirttiği gibi, askeri operasyonların derhal askıya alınması halinde terörist saldırılar karşısında savunmasız kalacak ve vatandaş-larını korumak gibi en temel görevlerini yerine getiremeyecektir.⁴⁸ Bu savunma dava konusundan bağımsız olarak alındığında makul kabul edilebilir. Fakat davanın konusu Soykırım Sözleşmesinin ihlalidir ve ihtiyati tedbirlerin Sözleşmede korunan haklarla ilgili olması esastır. İsrail’in operasyonları Sözleşmede korunan bir hakka zarar vermediği sürece, yani soykırım olarak sayılan fiillerden olmadığı takdirde Diva-nın bu çerçevenin dışına çıkarak tedbirler alması ve İsrail’i kendisini ve vatandaşlarını savunmaktan menetmesi yetki aşımı olur. Ancak, tersi bir durum söz konusuysa, yani İsrail Soykırım Sözleşmesinde ya-saklanan fiilleri işliyorsa, bu durumda da Divanın görevi operasyon-ların kısmen veya tamamen durdurulması yönünde tedbir almaktır. Divanın nasıl davranması gerektiğini belirleyecek olan ise olaylarla ilgili yapacağı hukuki tespittir.

7 Ekim’den bugüne, Gazze’de yaşanan olayların bu iki farklı yo-rumundan hangisinin ne ölçüde haklı olduğu Divan’ın esasla ilgili vereceği kararla ortaya çıkacaktır. Fakat ihtiyati tedbirler işlevleri iti-bariyle nihai karardan önce, hatta çoğu kez davanın başlangıç aş-a-masında alınmak durumundadır. Yani tarafların farklı yorumlarının ve iddialarının kesin olarak doğru olup olmadıkları henüz belirlen-memişken ihtiyaten alınan tedbirlerle taraflara belirli yükümlülükler getirilmektedir. Bu yükümlülüklerle belirli eylemleri yapmaktan men edilen veya belirli şekilde davranması istenen bir tarafın bunun sonu-cu olarak uğradığı hak kaybı veya yaşadığı mağduriyetin davanın se-lameti açısından ne ölçüde gerekli olduğu veya gerçekten gerekli olup

⁴⁷ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 63. Divan kararlarının davanın tarafları dışındakilere etkisiyle ilgili bk. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, § 40.

⁴⁸ Order 26 January, Separate opinion of Judge Barak, § 48.

olmadığı ancak nihai karardan sonra kesinlikle söylenebilir. Ezcümle *prima facie* tespiti dayanan ihtiyati tedbirlerin maksadının yanlış olması veya maksadını aşması riski her zaman vardır. Bu mündemiç riskle bağlantılı fakat ondan ayrı olarak ihtiyati tedbirler ayrıca arızı olarak nitelendirilebileceğimiz bir risk daha taşırlar. O da dava konusu olayların durumuna göre devletin diğer uluslararası yükümlülükleriyle çatışma ihtimalidir. İncelediğimiz davada İsrail'in önceki paragrafta işaret ettiğimiz yorumu/savunması bu ihtimali dile getirmektedir.

Divan 26 Ocak'ta aldığı tedbirler arasında Güney Afrika'nın 1 ve 2 numaralı tekliflerine yer vermemiştir. Fakat bu durumun yukarıdaki tartışmayı salt teorik hale getirdiğini ve bu dava açısından pratik önemini ortadan kaldırdığını söyleyemeyiz.⁴⁹ Divan İsrail'den askeri operasyonların durdurulmasını talep eden hiçbir tedbir almamakla kendi içerisinde çelişkiye düşmekte ve görünüşte hallettiği meşru müdafaa-soykırım yasağı çatışmasını daha karmaşık hale getirmektedir.

Divanın 26 Ocak kararına gerekçe oluşturan temel tespitlerden birisi karar metninde şöyle ifade edilmektedir: "Divan'ın görüşüne göre, Güney Afrika'nın Gazze'de İsrail'in işlediğini iddia ettiği fiil ve ihmallerden en azından bazılarının Sözleşme hükümleri kapsamına girebileceği görülmektedir".⁵⁰ Bu oldukça ihtiyatlı olmasına rağmen son derece önemli olan ve ortada İsrail'in işlediği bir soykırım veya en azından soykırım ihtimali bulunduğunu belirten bir durum tespittir. Daha önce kararın ve alınan tedbirlerin de ihtiyatlı bir şekilde formüle edildiğinden bahsetmiştik. *Prima facie* karar verilen bu aşamada Divan bu tutumunu ihtiyati tedbir kararının amacıyla açıklamaktadır: Divan olarak bilmemiz ve tespit etmemiz gereken şey Soykırım Sözleşmesinin ihlal edilip edilmediği değil, Sözleşmedeki hakların korunmasını gerektiren şartların bulunup bulunmadığıdır.⁵¹ Öncelikle bu ifadenin önceki ifadeyle/tespitle tamamen zıt olduğuna işaret edelim. Böylece Divan, Gazze'de Filistin halkına karşı kuvvet kullanılmasını bir tarafın "soykırımdır", diğer tarafın "terörist saldırı altında bulunan bir devletin kendisini korumasıdır" olarak yorumladığı karşıt iddiaları bir

⁴⁹ Kaldı ki ihtiyati tedbirlerle diğer uluslararası yükümlülüklerin çatışması teorik açıdan üzerinde durulması gereken önemli bir meseledir.

⁵⁰ Order 26 January, § 30.

⁵¹ Order 26 January, § 62.

tarafa bırakarak (veya esasla ilgili aşamaya bırakarak) ihtiyati tedbir kararını sadece pratik bir sebeple gerekçelendirmeye çalışmaktadır.

Fakat bu yaklaşım bazı soruları da beraberinde getirmektedir. Aynı kararda yaptığı tespitlerle çelişen değerlendirmeler yapan Divan, ihtiyati tedbirlerin amacını açıklarken de aynı hatalı tutumunu sürdürmektedir. Şöyle ki “Sözleşmedeki hakların korunmasını gerektiren şartların” araştırılması söz konusu haklarının ihlali veya ihlal riskiyle ilgili bir araştırmadır. Yani Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini veya ihlal edilme riski bulunup bulunmadığını tespit etmeden böyle bir araştırma yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla Divan “İsrail’in Gazze’de işlediği fiil ve ihmallerden en azından bazılarının Sözleşme hükümleri kapsamına girebileceğini” veya “girmediyini” söylemek durumundadır ve girdiğini söylemiştir. Bu tespitten sonra Divan’dan beklenen, yukarıda açıkladığımız çelişkili ve dolambaçlı yollara sapsadan gereğini yapmasıdır. Güney Afrika’nın askeri operasyonların tamamen durdurulması teklifi maksadı aşar olarak görülüyorsa bunun yerine “İsrail’in Gazze’de işlediği en azından bazıları Sözleşme hükümleri kapsamına girebilecek fiillerin” durdurulması yönünde bir tedbir almak gerekmez miydi?

Bir yandan olaylar (operasyonlar) soykırım gibi görünüyor derken öte yandan olayların devamıyla ilgili kendisine teklif edilmesine rağmen hiçbir tedbir almamasından Divan’ın yukarıda belirttiğimiz her iki tezin, soykırım ve meşru müdafaa, geçerliliğini de dışlamadığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Böyle bir sonuç kabul edilse dahi Divan’ın sessiz kalmak yerine çatışan hakları mukayese edip bir değerlendirme yapması⁵²; dengede soykırımın daha ağır bastığı açık olduğuna göre askeri operasyonların, yani soykırım oluşturan uygulamaların durdurulmasını istemesi gerekirdi. Zira meşru müdafaa hakkının kullanılmasında İsrail’in de kabul ettiği üzere orantılılık ilkesi esastır⁵³ ve meş-

⁵² “Geçici tedbirlerin alınması talebi üzerine karar verirken, Divan zorunlu olarak tarafların iddia ettiği çatışan haklarla karşı karşıya gelmektedir ve bu hakları birbirine göre tartmaktan kaçınmaz”. Separate opinion of Judge Abraham, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, s. 139, § 6.

⁵³ “States, when attacked, may legitimately respond in a forceful and proportionate manner”. Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 38.

ru müdafaa veya telafi edilemez zararları önlemek gibi⁵⁴ başka hiçbir sebeple bir halka karşı soykırım uygulaması mazur görülemez.⁵⁵

Kaldı ki, İsrail'in meşru müdafaa tezi de ikna edici değildir. İsrail aynı iddiayı BM Güvenlik Konseyinin 2001 yılında aldığı iki kararına⁵⁶ atıfla Filistin topraklarında duvar inşasını haklı göstermek için kullanmıştı. 11 Eylül olaylarından sonra alınan 1368 (2001) sayılı kararda Güvenlik Konseyi terörist saldırılara karşı devletlerin bireysel veya ortak meşru müdafaa hakkı bulunduğunu belirtmiştir; 1373 (2001) sayılı kararda bu hakkı teyit etmiştir. Divan *Filistin Duvarı* istişari mütalaa-sında BM Andlaşması'nın 51. maddesinin metnini zikrederek bir devlet diğer devlete karşı silahlı saldırı durumunda 51. maddenin meşru müdafaa hakkını tanıdığını belirtmiştir. Divan, devamla, İsrail'in kendisine karşı saldırıların yabancı bir devlete atfedilebilir olduğunu iddia etmediğini, duvar inşasının gerekçesi olarak gösterdiği saldırı tehdidinin dışarıdan değil tamamen kendi denetiminde bulunan işgal altındaki Filistin topraklarından geldiğini, dolayısıyla buradaki durumun anılan Güvenlik Konseyi kararlarına esas olan durumdan farklı olduğunu ve bu kararların meşru müdafaa iddiasını desteklemek için kullanılamayacağını ifade etmiştir. Sonuç olarak Divana göre, meşru müdafaa'nın bu davayla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.⁵⁷ Gazze de karadan ve denizden tamamen İsrail denetiminde olduğuna göre Divan'ın 2004 mütalaa-sında yaptığı tespit burada da geçerlidir.⁵⁸

C. 28 Mart 2024 Kararı

1. Değişiklik Talebinin Gerekçesi

2024 Mart ayının başında Güney Afrika Divan'a yeni bir müracaatta bulunarak "yeni ihtiyati tedbirler almasını ve/veya 24 Ocak'ta aldığı tedbirleri değiştirmesini" talep etti. Güney Afrika müracaatının hukuki

⁵⁴ Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 49.

⁵⁵ "Of course, Israel does not have any right to violate the law, still less to commit genocide – and indeed it does not – but it does have every right to act to defend itself in accordance with the rules and principles of international law." Oral proceedings, Israel, Verbatim Record 24/2, 12 January 2024, s. 39.

⁵⁶ S/RES/1368 (2001), 12 Eylül 2001; S/RES/1373 (2001), 28 Eylül 2001.

⁵⁷ Legal Consequences of the Construction of a Wall, I.C.J. Reports 2004, s. 194.

⁵⁸ Oral proceedings, South Africa, Verbatim Record 24/1, 11 January 2024, s. 80.

dayanakları olarak Divan Statüsünün ihtiyati tedbirlerle ilgili hükmü, 41. madde yanında Divan İç Tüzüğü’nün madde 75 birinci ve üçüncü paragraflar ile madde 76’yı göstermiştir.⁵⁹ Anılan hükümler arasında yeni tedbirler veya tedbirlerde değişiklik meselesi yukarıda 16 Şubat kararını değerlendirirken belirttiğimiz üzere 76. maddede düzenlenmektedir. Maddenin metnindeki “durumdaki bazı değişikliklerin öyle gerektirdiğini düşünürse” ibaresine göre daha önce alınmış bir ihtiyati tedbir kararının değiştirilebilmesi veya yenilerinin ilave edilebilmesi için öncelikle önceki kararın verilmesinden sonra durumda değişiklik meydana gelmesi gerekir. Buna ilaveten durumdaki değişiklik önceki kararı değiştirmeyi ve yeni tedbirler alınmasını haklı kılmalıdır. 76. maddede öngörülen bu şartların yerine gelmesi halinde değiştirilmiş veya alınacak tamamen yeni tedbirlerin Statü’nün 41. maddesine uygun olarak kararlaştırılması lazımdır. Yani Divan ilk kararında hangi genel şartları aradıysa – tedbirlerle korunmak istenen hakların kabul edilebilir olması; telafi edilemez zarar riski, aciliyet – burada da aynı şartların karşılanması söz konusudur.⁶⁰

Divan Güney Afrika’nın sunduğu çok sayıda belgenin yanında Dünya Gıda Programı (WFP), Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) ve Dünya Sağlık Örgütü gibi evrensel teşekküllerin birlikte oluşturduğu Entegre Gıda Güvenliği Aşama Sınıflandırması Küresel Teşebbüs’ün, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu’nun (UNICEF) ve Birleşmiş Milletler İnsani İşler Koordinasyon Ofisi’nin sunduğu bilgi ve belgelere dayanarak Gazze’deki Filistinlilerin bilhassa uzun süreli ve geniş çaplı gıda ve diğer temel ihtiyaç maddelerinden mahrum kalmalarının sonucu olarak zaten felaket derecesinde olan hayat şartlarının daha da kötüleştiğini tespit ederek, bu fevkalade ağır gelişmelerin İç Tüzük madde 76 anlamında bir durum değişikliği oluşturduğunu belirtmiştir. Devamla, 26 Ocak kararında alınan tedbirlerin durumdaki değişiklik sonucu ortaya çıkan problemlere tam olarak çö-

⁵⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request and Application for the Indication of Additional Provisional Measures and the Modification of the Court’s Prior Provisional Measures Decisions Pursuant to Article 41 of the Statute of the International Court of Justice and Articles 75 and 76 of the Rules of Court of the International Court of Justice, 6 March 2024, § 15.

⁶⁰ Request for the Modification of the Order of 26 January 2024 Indicating Provisional Measures, Order, 28 March 2024 (bundan sonra “Order 28 March”), § 14.

züm getiremediğini, dolayısıyla bunlarda yapılacak değişiklikler için haklı bir gerekçe oluştuğunu beyan etmiştir.⁶¹ Statü madde 41'deki genel şartların varlığı için ise Divan özel bir inceleme yapmak yerine 26 Ocak kararındaki müspet yöndeki değerlendirmelerini değiştirmesini gerektiren bir sebep bulunmadığını belirtmekle yetinmiştir.⁶² Böylece önceki ihtiyati tedbirleri değiştirmek veya yeni ihtiyati tedbirler almak için Statü ve İç Tüzükte öngörülen şartlar yerine gelmiş olmaktadır.

2. Güney Afrika'nın Değişiklik ve Yenilik Talepleri

Güney Afrika dilekçesinde talep ettiği değişiklik ve yenilik içeren tedbirleri beş paragrafta ifade etmiştir. Özü itibariyle belirtecek olursak, silahlı çatışmaların tarafları olan İsrail ve Filistinli gruplara hitap eden ilk tedbirde çatışmaların derhal durdurulması ve rehin alınan veya tutulan bütün şahısların derhal salıverilmesi öngörülmektedir. İkinci tedbir *ratione personae* daha geniş kapsamlı olup Soykırım Sözleşmesine taraf olan devletleri Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için gereken bütün tedbirleri almaya çağırılmaktadır. Yine Soykırım Sözleşmesinin bütün taraflarına hitap eden üçüncü tedbir öncekinin daha spesifik bir konuda tekrarı gibidir. Burada taraf devletlere Gazze'deki Filistinlilerin soykırımdan korunma hakkına ve bu hakla bağlantılı diğer haklarına hâle getirecek eylemlerden, bilhassa silahlı kuvvet kullanılması veya bunu destekleyen eylemlerden, keza Divan önündeki ihtilafı ağırlaştırarak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak müdahalelerden kaçınma yükümlülükleri hatırlatılmaktadır. Son iki tedbir İsrail'e hitap etmektedir. Dördüncü tedbire göre İsrail Gazze'deki Filistinlilerin karşı karşıya olduğu kıtlık ve açlık felaketi ile olumsuz hayat şartlarına karşı acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetler ve insani yardımın sağlanabilmesi için şu tedbirleri derhal ve etkili şekilde alacaktır: a- Gazze'deki askeri operasyonları derhal askıya almak; b- Gazze'deki ablukayı⁶³ kaldırmak; c- Gazze'ye insani

⁶¹ Order 28 March, §§ 18-23.

⁶² Order 28 March, §§ 25 ve 40.

⁶³ Uluslararası hukukta abluka terimi esas olarak savaş zamanı bir devletin deniz kuvvetlerini kullanarak düşman devletin limanlarını veya ülkesinin bir kısmını giriş-çıkışa kapatması ve izole etmesi anlamına gelmektedir. Jean-Pierre Cot, "Blocus" in Ph. Francescakis (éd.), Répertoire de droit international, Jurisprudence générale Dalloz, 1968, s. 235-237.

Fakat zamanla abluka terimi barış zamanı alınan tedbirler için veya bir ülkenin sa-

yardımanın ulaşmasını doğrudan veya dolaylı olarak engelleyen diğer tedbir ve uygulamaları kaldırmak; d- Tıbbi yardım ve malzemelerin yanında yeterli ve uygun yiyecek, su, yakıt gibi ihtiyaç maddelerinin teminini sağlamak. Beşinci ve son teklif edilen tedbir İsrail’in aldığı tedbirlerle ilgili bir ay içerisinde açık bir rapor vermesine dairdir.⁶⁴

3. 28 Mart Tedbirlerinin Kapsamı

Divan 28 Mart kararında dört grup tedbir almıştır.⁶⁵ Öncelikle 26 Ocak’ta kararlaştırdığı ilk tedbirleri teyit etmektedir. Bunun manası bu kararda alınan tedbirlerin değişiklik amacıyla değil, ilave olarak düşünülmesidir. Divan ilave tedbirlerin sunuşunda Güney Afrika’nın müracaatında kullandığı gerekçeyi tekrar etmektedir: “İsrail Gazze’deki Filistinlilerin karşı karşıya olduğu kıtlık ve açlık felaketi ile olumsuz hayat şartlarına karşı acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetler ve insani yardımın sağlanabilmesi için şu tedbirleri derhal ve etkili şekilde alacaktır”: Gıda, su, elektrik, yakıt, barınma gibi acil ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın Birleşmiş Milletler ile tam işbirliği içinde, engellenmeden geniş ölçekte temini, kara geçiş noktalarının kapasitesinin ve sayısının artırılması ve bu noktaların gerektiği sürece açık tutulması; silahlı kuvvetlerinin Soykırım Sözleşmesinin koruması altında bulunan bir grup olarak Gazzeli Filistinlilerin Sözleşmede öngörülen haklarını - acil ihtiyaç duyulan insani yardıma erişebilmeleri dahil olmak üzere - ihlal edebilecek fiilleri işlememesi. Son tedbir de ilk kararda olduğu gibi İsrail’e aldığı tedbirlerle ilgili bir ay içerisinde rapor verme yükümlülüğü getirmektedir.

Tedbirlerin kapsamıyla ilgili olarak ilk söylenecek şey Güney Afrika’nın teklif ettiği İsrail’in yanında Filistinli silahlı gruplara ve Soykırım Sözleşmesinin taraflarına hitap eden ilk üç tedbirin reddedilmiş olması, İsrail’e yönelik olanların ise bazı değişikliklerle kabul edilmesidir.

İlk üç teklifin reddedilme gerekçesi Divan kararlarının nispi etkisiyle açıklanmaktadır.⁶⁶ Statünün 59. maddesine göre Divanın verdiği ka-

dece denizden değil karadan giriş çıkışlarını kısıtlayan tedbirler için de kullanılabilir olmuştur.

⁶⁴ Application 6 March 2024, § 17.

⁶⁵ Order 28 March, § 51.

⁶⁶ Order 28 March, § 44.

rarlar “ancak ihtilafın tarafları bakımından ve karar verilen iş için bağlayıcıdır”. Bu hükümdeki “karar” terimi esasla ilgili kararlar yanında Divanın *Bosna v. Yugoslavya Soykırım Davası* ihtiyati tedbirler kararında belirttiği gibi ara kararları da içine almaktadır.⁶⁷ Bu tespit uluslararası (devletlerarası) yargı usul kurallarına şeklen uygun olmakla birlikte uluslararası toplum, insanlığın ortak mirası, ortak değerler gibi kavramların ve bunların hukuk düzenindeki ifadesi *jus cogens* ve *erga omnes* yükümlülüklerin uluslararası pozitif hukuk kurallarının bir parçası olduğu günümüzde potansiyel bir tartışmayı da içinde barındırmaktadır. Soykırım Sözleşmesinin dibacesinde “BM’nin ruhuna ve amaçlarına aykırı olan ve medeni dünya tarafından lanetlenen bu iğrenç musibetten (soykırım suçu) insanlığı kurtarmak için uluslararası iş birliğinin gerekli olduğu kanaatiyle” bu Sözleşmenin yapıldığı beyan edilmektedir. Soykırım Sözleşmesi “klasik” uluslararası andlaşmalardan farklı olarak taraf devletlerin karşılıklı hak ve menfaatlerinden ziyade insanlığın ortak değerlerini korumak için yapılmıştır.⁶⁸ İhdas ettiği haklar ve yükümlülükler *erga omnes partes*’dir. Zamanla soykırım suçunun *jus cogens* konusu olmasıyla “*partes*” ilavesini bir tarafa bırakarak haklar ve yükümlülükler *erga omnes*, yani herkese karşı ileri sürülebilir hale gelmiştir. Soykırım Sözleşmesinin ihlali iddiasıyla bir dava açıldığında ve Divanın *prima facie* bu davayı kabul edilebilir bulduğu bir durumda Statünün 59. maddesindeki hükmü katı bir şekilde uygulamak korunması gerekli görülen bir menfaatin (değerin) bütün devletleri ve uluslararası toplumun tamamını *hukuken* ilgilendirmesi keyfiyetini görmezden gelmek ve

⁶⁷ “Başvurucu ve davalı arasında ihtilaf konusu haklarla ilgili Divanın verdiği hüküm Statünün 59. maddesine göre sadece taraflar açısından bağlayıcıdır. Dolayısıyla Divan bu hakların korunması için sadece tarafların uygulayacağı tedbirler alabilir, üçüncü devletler veya diğer birimlere karşı değil”. Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, § 40.

⁶⁸ “Sözleşme açıkça insani ve uygarlaştırma amacıyla kabul edilmiştir... Konusu bir yandan doğrudan insan topluluklarının varlığını korumak ve diğer yandan en temel ahlaki ilkeleri teyit etmek ve desteklemektir. Böyle bir sözleşmede, taraf devletlerin kendilerine ait herhangi bir menfaati yoktur; sadece ortak bir menfaatleri vardır, yani Sözleşmenin varoluş sebebi olan yüksek amaçların gerçekleşmesi. Dolayısıyla bu tür bir Sözleşmede devletlerin bireysel avantaj veya dezavantajlarından veya haklar ve yükümlülükler arasındaki mükemmel akdi dengenin korunmasından söz edilemez. Sözleşmeye ilham veren yüksek idealler tarafların ortak iradesi yoluyla bütün hükümlerinin temelini ve ölçüsünü oluşturmaktadır”. Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, s. 23.

konuyu iradeci öğretinin ikili ilişkiler mantığı çerçevesinde hapsedmek anlamına gelmektedir. *Barcelona Traction*’dan sonra Divanın uluslararası toplumun ortak değerlerini koruyan kurallar hususunda *Güney Batı Afrika Davasındaki* muhafazakâr anlayışını⁶⁹ geride bıraktığı kanaati oluşmuştur. Fakat Divan’ın amir hükümlerin varlığı ve etkilerine ihtiyatlı yaklaşması ve 1990’larda *Bosna v Yugoslavya* ile başlayan soykırım davalarında verdiği kararlar *Lotus* ruhunun⁷⁰ hala diri olduğunu göstermektedir. Uluslararası toplumun ortak değerlerinin korunmasıyla ilgili olan incelediğimiz bu davada da Divan 59. maddeyi ve yargı yetkisini devletin rızasını mutlak kabul eden bir anlayışla yorumlamayı tercih etmiştir.

28 Mart tedbirleri Gazze halkına insani yardım amacına matuf olarak alınmıştır. İnsani yardımla ilgili meseleler esas olarak Cenevre Hukuku veya uluslararası insancıl hukukun konusunu oluşturur. Bununla birlikte Soykırım Sözleşmesinde soykırım suçunu oluşturduğu belirtilen fiillerin tamamı (madde 2) bir topluluğu hayati ihtiyaç maddelerinden mahrum bırakarak veya bu maddelere erişmesini engelleyerek işlenebilir. Bu sebeple, Divanın bu davada ancak Soykırım Sözleşmesi çerçevesinde yetkili olduğu ve insancıl hukuku ilgilendiren olayların yargı yetkisi dışında kaldığı tespitlerinden yola çıkarak insani yardımı düzenleyen tedbirler almasını yetki aşımı olarak niteleyen yorumlar doğru değildir.⁷¹

Tedbirlerin kapsamıyla ilgili dikkat çeken bir diğer husus da şudur ki, Divan insani yardıma odaklı “yeni” tedbirlerde aslında yeni

⁶⁹ Manda rejiminin Milletler Cemiyetinin uluslararası toplum adına yapılan bir düzenleme olduğu, dolayısıyla bütün devletlerin ortak menfaatini oluşturduğunu kabul etmek “Divanın ‘actio popularis’ veya toplumun herhangi bir üyesinin kamu menfaatini savunmak için hukuken harekete geçme hakkı bulunduğunu kabul etmesi demektir. Fakat bu tür bir hak bazı ulusal hukuk düzenlerinde bulunmasına rağmen şu anki haliyle uluslararası hukukta bilinmiyor”. South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, s. 47, § 88.

⁷⁰ “Uluslararası hukuk, bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu sebeple, devletler için bağlayıcı olan hukuk kuralları kendi serbest iradelerinden kaynaklanır. Bu irade sözleşmelerde veya hukukun genel ilkelerini tasdik eden teamülde kendini gösterir. Kurallar bir arada var olan bağımsız toplulukların arasındaki ilişkileri düzenlemek veya ortak amaçları gerçekleştirmek için kabul edilmiştir. Dolayısıyla, devletlerin bağımsızlığının sınırlandırılması varsayılmaz (bile).” The Case of the S.S. “Lotus” (France v. Türkiye), Judgment, 7 September 1927, The Permanent Court of International Justice, Series A, No 10, s. 18.

⁷¹ Order 28 March, Separate opinion of Judge ad hoc Barak, s. 5-6.

bir şey söylememekte, 26 Ocak kararında bu meseleyi genel olarak kalemeye aldığı 4 numaralı tedbiri ilgili teferruatları anarak tekrar etmektedir. Olayların öyle gerektirdiği durumlarda Divan'ın önceki tedbir kararlarını teyit eden, tekrarlayan veya açıklayan yeni kararlarla gelişmelere müdahil olması gayet normal ve anlaşılabilir bir tutumdur. İncelediğimiz davada da Divanın olaylar karşısında bir şeyler yapma gayretiyle ilgili benzer şeyler söylenebilir. Fakat iyiniyetli olarak nitelendirilebilecek bu tutum ihtiyati tedbir kararı sürecinde bazı önemli hataları görmeye engel teşkil etmemelidir.

Divan insani yardım odaklı “yeni” tedbirlerin gerekçesini açıklarken, uluslararası kuruluşların gözlem ve raporlarından hareketle Gazze’de durumun giderek daha da kötüleştiğini, açlık ve kıtlığın hastalıklar, salgınlar ve ölümlere yol açtığı ve bunun başlıca sebebinin de BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin belirttiği gibi⁷² İsrail’in insani yardımın ulaşmasının önüne büyük engeller çıkardığını söylemektedir.⁷³ Divan buradan olayın şartlarındaki değişikliklerin 26 Ocak kararında alınan tedbirlerde *değişiklik yapılmasını gerekli kıldığı* sonucunu çıkarmaktadır.⁷⁴ Kararında atıfta bulunduğu Güvenlik Konseyi’nden diğer BM organları ve üst seviye yetkililerine ve insan hakları kuruluşlarına kadar herkesin “göz göre göre bir halk imha ediliyor” ikazına ve bunun haklı olduğunu kabul etmesine ve kendisinin “değişiklik yapılması gerekir” ifadesine rağmen Divan değişiklik adı altında zaten mevcut olan önceki tedbirleri teferruatlandırıp tekrar etmekle yetinmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, böyle bir karar eksik olarak tenkit edilse de makul karşılanabilir, fakat Divan’ın gerekçeleriyle kararı arasındaki kopukluğun izahını yapmak çok zordur.

28 Mart kararında gerekçe-sonuç ilişkisi bakımından en fazla tenkit edilmesi gereken husus eski tedbirlerin yeni gibi sunulmasından ziyade dava konusu haklara (Gazze halkının Soykırım Sözleşmesiy-

⁷² “Açlık ve kıtlık durumu, İsrail’in insani yardım ve ticari malların giriş ve dağıtımına yönelik kapsamlı kısıtlamalarının, nüfusun çoğunun yerinden edilmesinin ve aynı zamanda önemli sivil altyapının tahrip edilmesinin bir sonucudur”. Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), “Comment by UN High Commissioner for Human Rights Volker Türk on the risk of famine in Gaza”, press release, 19 March 2024.

⁷³ Order 28 March, §§ 30-40.

⁷⁴ Order 28 March, § 41.

le korunan hakları) telafi edilemez zararlar vererek esasla ilgili verilecek hükmü gereksiz hale getirecek uygulamalar karşısında sessiz kalınmasıdır. Divan’ın “yeni” tedbirler alma kararının gerekçesi BM Genel Sekreter Yardımcısına atıfla şöyle bir değerlendirme içermektedir: “Divan, ayrıca, Gazze’ye yardım sağlamaya çalışan BM ve çeşitli kuruluşların temsilcilerinin bazı beyanlarını da dikkate almaktadır. Bu beyanlara göre felaket derecesindeki insani duruma ancak Gazze Şeridindeki askeri operasyonların askıya alınmasıyla çözüm üretilebilir. Mesela, BM Genel Sekreteri’nin insani işlerden sorumlu yardımcısı ‘İnsani yardım topluluğu Gazze’de hayatları kurtarmak için ne yapılması gerektiğini biliyor, fakat bizim doğru şartlara ve garantilere ihtiyacımız var. Bu da ateşkes ve savaş hukuku kurallarına tam olarak uyulmasıdır’ demiştir.”⁷⁵

İnsani yardımın engellenmesiyle soykırım arasında bağlantı kuran Divan ihtiyati tedbir talebinin Ocak 2024’te ilk görüşülmeye başlandığından beri dile getirilen askeri operasyonların durmasını değerlendirmeye değer bulmamıştır. Oysa Gazze’de kitlesel ölümlerin, zorla yerinden edilmelerin, açlık ve salgın hastalıklara mahkûm olmanın ve 28 Mart kararının merkezinde bulunan insani yardımın bir türlü gerektiği gibi sağlanamamasının temel sebebi insancıl hukuk kurallarının hiçe sayılarak yapılan askeri operasyonlardır. İsrail’in askeri operasyonları iddia ettiğinin aksine terörizmle savaş değil, sonuçlarından açıkça anlaşıldığına göre bir halkı topyekûn imha harekâtıdır. Bu yüzden İsrail’i destekleyen başta ABD olmak üzere Batılı devletler ve Güvenlik Konseyi kerhen de olsa ateşkes çağrılarında bulunmaktadır. Divan’ın bu son kararı “yeterli insani yardım sağlanmadığı takdirde Soykırım Sözleşmesi ihlal edilmiş olacaktır” demektedir. Öbür yandan aynı Divan aynı kararın gerekçesinde “ateşkes yapılmazsa, askeri operasyonlar askıya alınmazsa yeterli insani yardım sağlanması mümkün değildir” görüşünü paylaşmaktadır. Hal böyleyken ateşkestən söz et-

⁷⁵ Order 28 March, § 36. Divan bu meyanda, ayrıca, Güvenlik Konseyinin 2728 (2024) sayılı kararında taraflara yaptığı Ramazan ayında derhal ateşkes çağırısını ve BM Genel Sekreterinin basın açıklamasını anmaktadır: “Bu tamamen insanların sebep olduğu bir felaket ve rapor (IPC Global Teşebbüs Raporu) bunun durdurulabileceğini söylüyor. Bugünkü rapor acil insani ateşkes ihtiyacını açıkça göstermektedir” (United Nations, Secretary-General’s press encounter on Gaza food insecurity report – Statement, 18 March 2024).

meden insanı yardım tedbiri almak ciddi bir yargılama sürecinden ziyade Divan'ın bir şeyler yapıyor görünmek politikası izlediği kanaati uyandırmaktadır.

SONUÇ

2024 yılının en önemli uluslararası meselesi şüphesiz ki 2023 Ekim'inde başlayan ve hız kesmeden devam etmenin ötesinde insani sonuçları bakımından bütün insanlık için giderek bir utanç tablosu haline gelen Gazze "savaşıdır". Savaş kelimesini kullanmamıza rağmen aslında tek taraflı ve insani hukuk kurallarının hiçe sayıldığı bir katliam söz konusudur. Fakat Gazze'nin bölge ülkeleri arasında potansiyel bir savaşın hatta bir dünya savaşının tohumlarını ektiğini söylemek abartılı olmayacaktır. Uluslararası politikanın bu en önemli gündem maddesi UAD önünde açılan *Soykırım Sözleşmesinin Gazze'de Uygulanması Davası* ile uluslararası yargının da müdahil olduğu bir mesele haline geldi. Dava henüz başlangıç aşamasında bulunmaktadır; yetki (kabul edilebilirlik) kararı ve esastan görülmesiyle ilgili karar daha sonra verilecektir. Bu aşamada davacı Güney Afrika'nın talebiyle dava konusu hakların telafi edilemez şekilde ihlal edilme riski bulunduğu ve Gazze'deki durumun aciliyeti sebebiyle Divan birkaç ay içerisinde üç ara karar vererek birtakım tedbirlerin uygulanmasına hükmetmiştir.

İhtiyati tedbirler Divan'ın bilhassa 1990'lı yıllardan itibaren sıklıkla başvurduğu bir tekniktir. Statüde açık hüküm bulunmamakla birlikte ihtiyati tedbirlerin tıpkı esasla ilgili kararlar gibi bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.⁷⁶ Bu tedbirleri alırken Divan davaya bakmaya *prima facie* yetkili olduğuna karar vermektedir. Verilen bu "ilk bakışta" yetki kararı geçicidir ve ihtiyati tedbirlerin alınmasına temel oluşturur; daha sonra Divan bu karardan bağımsız olarak davayı esastan görmeye yetkili olup olmadığına ayrıca karar verir. İhtiyati tedbir kararı tarafların sorumluluğuyla ilgili bir değerlendirme değildir. Buna rağmen incelediğimiz davada olduğu gibi taraflardan sadece birisinin davra-

⁷⁶ İhtiyati tedbirlerin bağlayıcılığı ile ilgili tartışmalar, içtihat ve doktrinde farklı görüşler ve Divanın LaGrand Davasında tedbirlerin bağlayıcılığına dair kararı için bk. A. Zimmermann and alia (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, ibid, s. 1340-1347.

nışları “tehlikeli” bulunuyorsa, o tarafın sorumlu olmasa da “zanlı” olarak görüldüğü açıktır. Dünya Mahkemesi (*World Court*) olarak da adlandırılan UAD’nin önünde soykırım zanlısı olmak ve - şayet Divan davaya bakmaya yetkili olduğuna karar verirse - izlediği politika ve fiillerinden dolayı soykırım iddiasıyla yargılanmak İsrail’in bugüne kadar görmediği bir tepkidir. Davanın kabul edilebilirliği ve sonucu ne olursa olsun siyasi, insani, psikolojik açıdan önemli tesirleri olacağı muhakkaktır.

İhtiyati tedbir kararları açısından söyleyecek olursak, bu tepkinin pratik sonuçları davanın açılmasının meydana getirdiği sansasyonla ters orantılı olmuş, adeta dağ fare doğurmuştur. İlk tedbir kararının alındığı 26 Ocak 2024’ten Nisan 2024’e geçen iki aydan fazla zaman zarfında İsrail operasyonlarına aynı şiddette devam etmiştir. Bunun sebeplerinden birisi İsrail’in hep uygulayageldiği uluslararası hukuk kurallarını çiğneme pahasına hedeflerini gerçekleştirme politikasıdır. Hukuki değerlendirme açısından bu sebepten daha önemli diğer sebep ise Divan’ın tedbir kararlarının içerik olarak olayın gerçeklerinden kopuk olmasıdır. Divan tedbir kararlarının gerekçelerinde İsrail silahlı kuvvetlerinin Gazze’de yaptıklarını, Filistin halkının maruz kaldığı katliam, açlık, susuzluk, yerinden edilme gibi soykırım kapsamında değerlendirilen uygulamaları Genel Sekreter, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul gibi BM organlarının ve ilgili evrensel kuruluşların belgeleri ve beyanlarından hareketle ortaya koymaktadır. 28 Mart kararının gerekçesinde bunlara ilaveten Gazze’deki durumun giderek kötüleştiğini belirtmektedir. Gerekçelerdeki bu durum tespiti davanın konusu olan Soykırım Sözleşmesiyle korunan hakların ihlal edildiğine işaret etmektedir. O halde bu tespitlerden hareketle alınacak tedbirlerin de dava konusu hakların korunmasına yönelik olması, yani bu hakları çiğneyen veya çiğneme ihtimali olan fiilleri hedeflemesi gerekir. Belgeleriyle gerekçede anılan bu ihlallerin tamamı İsrail’in askeri operasyonlarının *doğrudan* sonucudur.

Divanın aldığı tedbirlere baktığımızda 26 Ocak kararındaki ilk tedbirde İsrail Devleti’nden Gazze’deki Filistinlilerle ilgili olarak Soykırım Sözleşmesi’nin 2. maddesindeki fiillerin işlenmesini önlemek için her türlü tedbiri alması istenmektedir. Divan bilhassa şu tedbirler diyerek

2. maddenin beş paragrafından dördünü aynen saymaktadır.⁷⁷ İkinci tedbire göre ise İsrail birinci tedbirde sayılan fiillerin silahlı kuvvetleri tarafından işlenmemesini sağlayacaktır. İkinci tedbir birinci tedbirin içinde zaten vardır, dolayısıyla aynı şeyi tekrar vurgulamak dışında gereksizdir. Her iki tedbiri birlikte Soykırım Sözleşmesi bağlamında ele aldığımızda, tedbir olarak İsrail'den yapmaması ve önlemesi istenen fiiller Divan'ın da atıfta bulunduğu üzere Soykırım Sözleşmesinde (madde 2) sayılmaktadır; keza Sözleşmeye göre taraf devletler, dolayısıyla İsrail soykırımı önlemeyi taahhüt etmektedir (madde 1). Sonuç olarak, Soykırım Sözleşmesinde zaten var olan yükümlülükleri aynen formüle ederek tedbir olarak sunmak hatırlatma dışında başka bir amaca hizmet etmemektedir.

26 Ocak kararındaki üçüncü tedbir için de aynı değerlendirmeyi yapabiliriz. Burada Divan İsrail'i Gazze'deki Filistinlilere karşı soykırım suçunu işlemeye doğrudan ve alenen teşvik edenleri önlemek ve cezalandırmaya çağırılmaktadır. Soykırım Sözleşmesi 1. maddesinde taraf devletler soykırımı önleme ve bu suçu işleyenleri cezalandırma taahhüdüne ilaveten 3. maddesi uyarınca "soykırımında bulunulmasını doğrudan ve alenen kışkırtmayı" cezalandırma yükümlülüğü altındadır.⁷⁸

26 Ocak kararındaki dördüncü tedbir acil insani yardımların ulaştırılabilmesi için İsrail tarafından gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. Sözleşmede soykırım tanımında grup üyelerinin öldürülmesi yanında "grup mensuplarına ciddi surette bedeni ve zihni zarar verilmesi" ve "grubun tamamen veya kısmen fiziki varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak hayat şartlarını kasten değiştirmek" fiilleri de sayılmaktadır. Gazze'nin abluka altında tutulup yardımların geçişinin engellenmesi, sınırlı sayıda müsaade edilen yardım konvoylarının ve dağıtım yerlerinin bombalanması bu fiillerin bütün unsurlarıyla gerçekleştirilmesidir. İsrail bunları yapmakla Soykırım Sözleşmesini ihlal etmiş olmaktadır. Aynı yükümlülüğün ihtiyati tedbir olarak tek-

⁷⁷ Divanın anmadığı paragraf "gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmektir" (madde 2, e).

⁷⁸ Soykırım Sözleşmesi'nin 4. maddesi "Soykırım suçunu veya üçüncü maddede gösterilen fiillerden birini işleyenler, anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri veya özel kişiler de olsa cezalandırılır" demek suretiyle 1 ve 3. maddeleri tamamlamaktadır.

rarlanması önceki tedbirlerde olduğu gibi sadece hatırlatma amacına hizmet etmektedir.

Önceki tedbirleri teyit eden ve Gazzelilere insani yardımın ulaşmasını konu edinen 28 Mart tedbirleri kapsam olarak önceki tedbirlerden farklı olmadığından yukarıda yaptığımız yorum bunlar için de geçerlidir. İnsani yardımın kesilmesi Gazze’deki Filistinlilerin ölümüne yol açan ve onlara “ciddi surette bedeni ve zihni zarar veren” eylemlerden olduğundan, kasıt unsurunun varlığının Divan tarafından *prima facie* kabul edildiğini de dikkate alarak, Soykırım Sözleşmesinde yasaklanmaktadır.

Dava mücerret ve genel olarak formüle edilmiş hukuk kurallarını belirli ve müşahhas özel bir duruma uygulanmasına dair ilgili taraflar arasında çıkan ihtilafın mahkeme önündeki çözüm sürecidir. Bu süreçte mahkeme kuralları özel durumun şartlarına göre yorumlar ve uygular. İhtiyati tedbirler de bu sürecin bir parçasıdır. Nitekim Divan ihtiyati tedbirlere karar verdiği birçok davada genel kuralları hatırlatmaktan ziyade dava konusu hak veya hakların korunması, böylece davanın konusuz kalmaması için o olaylarla ilgili spesifik tedbirler almıştır. Mesela, *LaGrand Davasında* aldığı tedbir şöyledir: “Amerika Birleşik Devletleri, Walter LaGrand’ın bu davadaki nihai karara kadar idam edilmemesini sağlamak için elindeki tüm tedbirleri almalı ve bu kararın uygulanması sırasında aldığı tüm tedbirler hakkında Divanı bilgilendirmelidir”.⁷⁹

Bir diğer örnek *Nikaragua’nın Sınır Bölgesinde Yürüttüğü Bazı Faaliyetler Davasında* alınan ihtiyati tedbirlerdir: “(1) Tarafların her biri, *caño* da dâhil olmak üzere ihtilafli bölgeye sivil, polis veya güvenlik personeli göndermekten veya bu bölgede bulundurmaktan kaçınacaktır. (2) Yukarıdaki (1) numaralı noktaya bakılmaksızın, Kosta Rika, *caño* da dâhil olmak üzere, çevrenin korunmasından sorumlu sivil personeli ihtilafli bölgelere gönderebilir, ancak bu yalnızca söz konusu bölgenin bulunduğu yerdeki sulak alanın bir kısmına onarılamaz zarar verilmesini önlemek için gerekli olduğu ölçüde olacaktır; Kosta Rika, bu eylemlerle ilgili olarak Ramsar Sözleşmesi Sekreterliği’ne danışacak,

⁷⁹ LaGrand, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999, s. 16, § 29.

Nikaragua'ya bunları önceden bildirecek ve bu konuda Nikaragua ile ortak çözümler bulmak için elinden gelen çabayı gösterecektir.”⁸⁰

Son örneğimiz İran ile ABD arasındaki 1955 Dostluk Antlaşması, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Haklarının İhlal Edildiği İddiası Davasında alınan ihtiyati tedbirlerdir. Divan İran'ın talebi üzerine şu tedbirlere karar vermiştir: “(1) Amerika Birleşik Devletleri, 1955 Dostluk, İktisadi İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Andlaşması kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, 8 Mayıs 2018 tarihinde açıklanan tedbirlerden kaynaklanan, İran İslam Cumhuriyeti'ne (i) ilaçlar ve tıbbi cihazların; (ii) gıda maddeleri ve tarım ürünlerinin; ve (iii) sivil havacılığın emniyeti için gerekli yedek parçalar, ekipmanlar ve ilgili hizmetlerin (garanti, bakım, onarım hizmetleri ve denetimler dâhil) ihracatının yapılmasına yönelik her türlü engeli kaldıracaktır. (2) Amerika Birleşik Devletleri, lisansların ve gerekli izinlerin verilmesini ve ödemelerin ve diğer fon transferlerinin, (1) numaralı maddede atıfta bulunulan mal ve hizmetlerle ilgili olması halinde herhangi bir kısıtlamaya tabi olmasını sağlayacaktır”.⁸¹

Bu kararları Divanın aldığı şekliyle teferruatlı olarak sunmamızın sebebi dava konusu hakların korunmasında her olayın özel durumuna göre müşahhas kararlar alınması gerektiğini ve alındığını vurgulamaktır. Devletlerin bireysel haklarıyla ilgili bu anlayışla hareket eden Divanın sadece Gazze'deki Filistinlilerin değil, bütün insanlığın hukuken koruma altına alınmış en temel değerinin telafi edilemez bir şekilde çiğnenmesinin önüne geçecek etkili tedbirler, yani askeri operasyonların durdurulması yerine Soykırım Sözleşmesinde zaten bulunan ve devletlerin riayet etmek zorunda oldukları yükümlülükleri tekrarlamaktan ibaret olan “tedbirlerle” yetinmesi *Soykırım Sözleşmesinin Gazze'de Uygulanması Davasının* açılmasıyla birazcık umutlanan başta Filistinliler olmak üzere bütün uluslararası toplumu hayal kırıklığına uğratmıştır.

⁸⁰ Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, s. 27, § 86.

⁸¹ 1955 Treaty case (Iran v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2018, s.652, § 102.

Kaynakça

Kitaplar, Makaleler

- Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, (ed.), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2019 (pdf versiyonu).
- Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II*, Oxford University Press, 3rd Edition, 2012.
- Cameron A. Miles, *Provisional measures before international courts and tribunals*, Cambridge University Press, 2017.
- James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8th edition, 2012.
- James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.
- Jean-Pierre Cot, “Blocus” in Ph. Francescakis (éd.), *Répertoire de droit international, Jurisprudence générale Dalloz*, 1968.
- Jean-Pierre Cot, Alain Pellet (éd.), *O.N.U. La Charte, Commentaire article par article, 2ème édition, Economica*, 1991.
- Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 6th edition, 2008.
- Massimo Lando, “Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice”, *Leiden Journal of International Law* (2018), 31.

Mahkeme Kararları

- The Case of the S.S. Lotus (France v. Türkiye), Judgment, 7 September 1927, The Permanent Court of International Justice, Series A, No 10.
- Reservations to the Convention of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951.
- South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993.
- LaGrand case (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004.
- Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006.
- Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011.
- Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017.

1955 Treaty case (Iran v. United States of America), Provisional Measures, I.C.J. Reports 2018.

Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), Provisional Measures, Order, 7 Aralık 2021, I.C.J. Reports 2021.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022 (I).

Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Provisional Measures, Order, 1 December 2023.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Order, 26 January 2024.

ULUSLARARASI TAHKİMDE VASIFLANDIRMANIN HANGİ HUKUKA TÂBİ OLACAĞI SORUNU*

THE PROBLEM OF WHICH LAW SHOULD GOVERN QUALIFICATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Ayşenaz ÖZTÜRK*

Özet: Uluslararası tahkimde ortaya çıkan kanunlar ihtilafı problemleri yerel mahkemelerden farklı olarak iç hukuk ve yabancı hukuk ayrımından kaynaklanmaz. Hakem heyetinin bir iç hukuku olmadığı gibi tahkim yeri hukuku dahil tüm hukuklara aynı ölçüde yabancıdır. Bu sebeple, tahkim yargılamasında vasıflandırma gereksinimi doğduğunda vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağını tespit etmek kolay olmayabilir. Başvurulacak bir lex forinin yokluğunda, hakem heyeti, uyumsuzluğun “ulus-ötesilik” derecesini dikkate alarak bir değerlendirme yapabilir. Tahkim yargılaması ne kadar az ulus-ötesi unsur barındırıyorsa, vasıflandırmanın tahkim yeri hukuku uyarınca yapılması o kadar uygun olur. Eğer, tahkim yargılamasının ulus-ötesi niteliği ağır basıyorsa vasıflandırmanın ulus-ötesi standartlara göre yapılması daha doğru olur. Hakem heyeti vasıflandırma yaparken başvuracağı ulus-ötesi standartlara karşılaştırmalı hukuk analizi yoluyla ulaşabilir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Tahkim, Vasıflandırma, Lex fori, Ulus-Ötesi Standartlar, Karşılaştırmalı Hukuk Analizi

Abstract: Unlike in local courts, conflict of laws issues in the context of international arbitration, do not arise out of the distinction between domestic and foreign law. Arbitral tribunals do not have a domestic law and they are equally foreign to all laws including the law of the seat. Therefore, when an arbitral tribunal needs to qualify an issue, it may not be easy to determine which law should govern such qualification. In the absence of a lex fori to fall back on, arbitral tribunals must take into account the degree of “transnationality” of the dispute when making their assessments. The less trans-

* Bu makale yazarın doktora tezinden türetilmiştir.

* Doktora Öğrencisi, İD Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aysenaztahmaz@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-5511-8098, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.02.2024, Kabul Tarihi: 01.04.2024

national the arbitration is in terms of the relevant factors; it is more appropriate for arbitral tribunals to take into account the *lex arbitri* as the governing law of qualification. If the transnational nature of arbitration proceedings outweighs, qualification should be made according to transnational standards. Such transnational standards can be found through comparative law analysis.

Keywords: International Arbitration, Qualification, *Lex Fori*, Transnational Standards, Comparative Law Analysis

GİRİŞ

Hayat ilişkileri farklı hukuk sistemlerinde farklı hukuki kategoriler altında düzenlenmiş olabilir. Vasıflandırma, hâkimin önündeki fiili durumun (factual situation) ya da hayat ilişkisinin hangi hukuki kategoriye ait olduğunu tespit etmesidir.¹ Dolayısıyla vasıflandırma yalnızca uluslararası özel hukuku değil hukukun tüm dallarını ilgilendirmektedir. Gerçekten de uluslararası tahkimde hakem heyeti² önündeki uyuşmazlığın hangi hukuki meseleye ilişkin olduğunu tespit etmeden bir çözüm yolu bulamaz.

Uluslararası tahkimde, hakem heyeti kendisine tanınan geniş takdir yetkisini kullanarak tahkim yargılamasının başından sonuna kadar competence-competence³ ilkesi gereğince önündeki uyuşmazlığı görmeye yetkili olup olmadığı dahil olmak üzere çeşitli konularda karar verirken vasıflandırma yapmayı gerektiren pek çok soruya cevap aramaktadır.⁴ Taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu hangi hukuki kategoriye girmektedir? Hangi konular usûle hangi konular esasa ilişkindir? Usûle uygulanacak hukuk ve esasa uygulanacak hukuk nelerdir? Tahkim anlaşmasının geçersizliği bakımından öne sürülen

¹ William E. Beckett, "The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law", *British Year Book of International Law*, 15, 1934, s. 46

² Hakem heyeti ile tek hakem (sole arbitrator) veya hakem heyeti (arbitral tribunal) kastedilmektedir.

³ Uluslararası tahkimde competence-competence ilkesi, hakem heyetinin uyuşmazlığı karara bağlama konusundaki yetkisine kendisinin karar verebilmesi anlamına gelir, bu konuda bkz. Margaret L. Moses, *The Principles and Practise of International Commercial Arbitration*, 3rd ed, Cambridge, 2017, s. 96; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on *International Arbitration*, 6th ed, Oxford University Press, 2015, para 5.105; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2016, s. 164.

⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 3rd ed., 2021, s. 1139-1140.

sebepler tahkim anlaşmasının şekline mi, asli geçerliliğine mi, ehliyetine mi ilişkindir? Ancak hakem heyetinin bu sorulara cevap ararken yapacağı vasıflandırma faaliyeti, hâkimin uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla yaptığı, kanunlar ihtilafı hukukunda kabul edilen vasıflandırmadan farklıdır.

Uluslararası tahkimde var olan uygulanacak hukuk çeşitliliği bir takım vasıflandırma problemlerine yol açabilir. Tahkim yeri hukuku, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, tahkim anlaşmasına (anlaşmanın varlığı, geçerliliği, icra edilebilirliği ve yorumu dahil olmak üzere) uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki sözleşmenin varlığı, geçerliliği, icra edilebilirliği ve yorumu dahil olmak üzere uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk, hakem kararının tanınması ve tenfizinin talep edileceği yer hukuku tahkim yargılamasında önemli rol oynadığı gibi, yerel, uluslararası, ulus-ötesi (transnational) kamu düzeni kurallarının uygulanacak hukuk üzerindeki sınırlayıcı rolü göz ardı edilemez. Öte yandan, bağlayıcı olmayan düzenleyici kurallar (soft law) ve kurumsal tahkim kuralları da tahkim yargılamasında uygulama alanı bulan kurallar olarak dikkati çekmektedir. Yukarıda sözü edilen hukukların ve kuralların tespit edilmesi ve uygulanması sırasında yapılacak vasıflandırma hayati rol üstlenmektedir.

Tüm bu sebeplerle, uluslararası tahkimde hakem heyetinin vasıflandırmayı hangi hukuka göre yapacağını tespit edilmesi gereklidir. Kanunlar ihtilafı hukukunda vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk bakımından öne sürülen teorilerden en çok taraftara ve uygulamaya sahip olan görüş vasıflandırmanın hâkimin hukuku (mahkemenin hukuku, for'un hukuku yani "lex fori") uyarınca yapılacağıdır.⁵ Peki uluslararası tahkimde lex forisi olmayan hakem heyeti hangi hukuk uyarınca vasıflandırma yapacaktır? Bu çerçevede şu sorunun da yanıtlanması gerekir: Uluslararası tahkimde, vasıflandırmanın tâbi olduğu

⁵ Lord Collins of Mapesbury, Jonathan Harris, Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 16th ed, Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2022, s. 48; Pippa Rogerson, Collier's Conflict of Laws, 4th ed, Cambridge University Press, 2013, s. 269; Arthur Henry Robertson, Characterization in the Conflict of Laws, Harvard University Press, 1940, s. 25-38.; Beckett, s. 49; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, BETA, 2021, s. 79; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, BETA, İstanbul, 2017, s. 100; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figenmeşe Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, BETA, İstanbul, 2021, s. 55 vd.

hukuk kapsamında kanunlar ihtilâfı hukukunda ileri sürülen diğer teoriler uygulama alanı bulabilir mi? Bu sorulara cevap ararken, öncelikle uluslararası özel hukukta vasıflandırma konusunda yapılan teorik tartışmaların incelenmesi gerektiği kanısındayız.

I- KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA VASIFLANDIRMA PROBLEMİ

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığı gören hâkimin uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilmesi için her şeyden önce karşısına çıkan meselenin hukuki mahiyetini tespit etmesi gerekir.⁶ Hâkim ancak bu yolla hangi kanunlar ihtilâfı kuralını⁷ uygulayacağını bulabilir.

Hâkimin önündeki meselenin *lex foride* farklı, hüküm statüsünde (*lex causae*) farklı hukuki kategorileri ilgilendirmesi halinde ortaya vasıflandırma problemi çıkar. Örneğin, sonraki evlilik yoluyla vasiyetnamenin iptali meselesini hâkim kendi hukukuna göre vasıflandırdığında bağlama konusu miras iken yabancı hukuka göre evlenme olabilir. Bu durumda hâkim meselenin miras statüsüne mi yoksa evlilik statüsüne mi tâbi olduğuna nasıl karar verecektir? Aynı vasıflandırma problemi hâkimin hukuku ile yabancı hukukun bir malın taşınır mı yoksa taşınmaz mı olduğu veya bir konunun şekle mi yoksa ehliyeteye mi ya da usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu gibi sorulara farklı cevaplar verdiği durumlarda da ortaya çıkar.⁸ Vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk konusunda yapılan teorik tartışmaların temelde üç görüş etrafında toplandığı söylenebilir.⁹

A. *Lex foriye* göre vasıflandırma

En fazla taraftarı olan ve en çok uygulama alanı bulan görüşe göre, vasıflandırma hâkimin hukukuna (*lex fori*) tâbidir.¹⁰ Hâkim karşısına

⁶ Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, Üçüncü Bası, Ankara, 1959, s. 267.

⁷ Uluslararası özel hukukta uygulanacak hukuku gösteren kurallar gerek yabancı doktrinde (*rules of conflict of laws*) gerek Türk literatüründe kanunlar ihtilâfı kuralları olarak isimlendirilse de aslında bu kurallar yabancı hukuk sistemlerinin uygulama alanını belirleyerek kanunlar ihtilâfını engelleyen kurallardır, bkz. Beckett, s. 47.

⁸ Ernest G. Lorenzen, "The Qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws", *Yale Law Journal*, 50, 1940-1941, s. 743; Berki, s. 268.

⁹ Dicey, *Morris&Collins*, 16th ed, 2022, s. 48-49.

¹⁰ Dicey, *Morris&Collins*, 16th ed, 2022, s.48; Beckett, s. 49-57; *Collier's Conflict of Laws*, s. 269, Robertson, s. 25-38.

çıkan meseleyi kendi hukukunda yer alan kategoriler ve kavramlar uyarınca vasıflandıracaktır.¹¹

Vasıflandırma problemini keşfeden Kahn ve Bartin tarafından ortaya koyulan bu görüşü savunanlar, hangi durumlarda yabancı hukukun uygulanacağına yabancı hukukun kendisi karar verirse, mahkemenin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması üzerinde hiçbir kontrolünün kalmayacağı görüşündedir.¹² Bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralı ehliyete milli hukukunun uygulanacağını söylüyorsa bu kuralın anlamı kanunlar ihtilâfı kuralını koyan ülkenin hukuku uyarınca ehliyete ilişkin kabul edilen meselelere milli hukukunun uygulanacağıdır.¹³ Kanunlar ihtilâfı kuralında yer alan hukuki konsept ve kategorilerin ne anlama geldiği kuralı koyan ülkenin hukukuna bakılarak anlaşılabilir.¹⁴ Bu görüşe göre, bir ülkenin uluslararası özel hukuk ve iç hukuk kuraları aynı hukuk sisteminin bir parçasını oluşturdukları için birinin diğerinin ışığında değerlendirilmesi doğaldır. Nitekim hâkim karşısındaki uyuşmazlığı ister istemez kendi yetiştirdiği ve bir parçası olduğu hukuk sistemi içerisinde değerlendirme refleksinde olacaktır.

Lex fori uyarınca vasıflandırmayı savunanların diğer önemli argümanı vasıflandırmanın yapılacağı zamana ilişkindir. Vasıflandırma yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı veya uygulanacaksa hangi yabancı hukukun uygulanacağı tespit edilmeden önce yapılmalıdır.¹⁵ Hâkimin önündeki meselenin hukuki mahiyetini tespit etmeden yetkili yabancı hukuku bulabilme ve buna göre uyuşmazlığı çözme ihtimali yoktur.¹⁶ Dolayısıyla hâkimin yabancı bir hukukun vasıflandırmasını henüz o hukukun uygulanıp uygulanmayacağı yönünde bir karar vermeden önce kabul etmesi mantığa aykırıdır.¹⁷

Lex fori vasıflandırma, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilmesi için gereken kavramları iç hukukta aramanın doğru olmadığı,¹⁸

¹¹ Beckett, s. 49; Collier's Conflict of Laws, s. 269.

¹² Beckett, s. 49-57; Dicey, Morris&Collins, 16th ed, 2022, s. 48.

¹³ Beckett, s. 50.

¹⁴ Beckett, s. 50.

¹⁵ Beckett, s. 50.

¹⁶ Berki, s. 271.

¹⁷ Beckett, s. 50.

¹⁸ Robertson, lex foriye göre vasıflandırmada, vasıflandırmanın "iç hukuk" uyarınca yapılması zorunluluğu olmadığını savunmuştur. Robertson'a göre lex fori terimi

yabancı hukukta kabul edilen müessesenin hâkimin hukukunda karşılığının olmadığı durumlarda çözümsüz kalınacağı,¹⁹ mahkemenin kendi hukukuna göre vardığı sonuç ile davanın başka devlet mahkemesinde açılması halinde ulaşılabilecek sonuçların birbirinden farklı olacağı sebepleriyle eleştirilmiştir.²⁰ Lex fori vasıflandırmanın sebep olabileceği istenmeyen durumlardan kaçınmak için çözüm üretilmeye çalışıldığıysa da bir iki yöntemin dışında pratik bir çözüm getirilememiştir.²¹

Hâkim kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukukun uygulanmasına karar verdiğinde söz konusu yabancı hukuktaki kuralı yabancı devlet mahkemesi hangi durumda ve nasıl uygulayacak ise o şekilde uygulamalıdır.²² Ancak, lex foriye göre vasıflandırma yapıldığında hâkimin, yabancı hukuk kuralını, yabancı hukuk mahkemelerinin uygulamayacağı bir olaya uygulaması ihtimali vardır.²³ Örneğin, Türk mahkemeleri bir uyuşmazlıkta Fransız hukuk kuralı uyarınca bir hakkın varlığını tanıırken, aynı olaya Fransız mahkemelerinin ilgili kuralı uygulamamaları veya söz konusu hakkın varlığını tanımamaları ya da başka bir sonuca varmaları uluslararası özel hukukta istenmeyen bir durumdur. İngiliz yazar Beckett bu durumda hâkimin ne kendi hukukunu ne yabancı hukuku doğru uyguladığını belirtmektedir.²⁴ Kanımızca bu durum vasıflandırma probleminde aşılması en zor durumdur. Beckett'a göre uluslararası özel hukukta "atıf" kurumunun kabul edilmesine, kanunlar arasındaki ihtilafları en aza indirme arzusuyla birlikte, anılan bu zorluk yol açmıştır.²⁵ Gerçekten de doktrinde atıf kurumuna karşı yapılan eleştiriler hemen hemen lex fori vasıflan-

katı bir şekilde mahkemenin iç hukuku anlamına gelmez; kanunlar ihtilâfı hukukunun amacına uygun olarak üzerinde çalışılması gereken daha geniş bir kavramdır, Robertson (Characterization), s. 29.

¹⁹ Bartin'e göre mahkemenin iç hukukunda benzer bir müessese veya kuralın olmaması yabancı müessese veya kuralın mahkemenin değerlerine o kadar yabancı olduğu anlamına gelir ki, hâkimin söz konusu yabancı müessese veya kuralı uygulamayı kamu düzeni gerekçesiyle reddetmesi gerekir, Etienne Bartin, "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de loi", *Jurnal de Droit International Prive & Jurisprudence Comparee*, 24, 1897, s. 246; Beckett, s. 57.

²⁰ Beckett, s. 53-54; Çelikel/Erdem, s. 81.

²¹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 744-745.

²² Beckett, s. 47.

²³ Beckett, s. 55.

²⁴ Beckett, s. 47.

²⁵ Beckett, s. 55.

dırma lehine ileri sürülen argümanlarla aynıdır; lex fori vasıflandırmayı savunanlar atıf kurumunun önemli muhalifleridir.²⁶

B. Lex causeaya göre vasıflandırma

Despagnet lex foriye göre vasıflandırmaya getirilen eleştirilerden yola çıkarak lex causaeya göre vasıflandırma teorisini geliştirmiştir.²⁷ Despagnet'e göre hâkimin önündeki hayat ilişkisinin tâbi olduğu hukuk aynı zamanda onun vasıflandırılmasında da yetkili olan hukuktur.²⁸ Hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuku doğru uygulayabilmesi için söz konusu yabancı hukukun vasıflandırmasını benimsemesi gerekir.²⁹ Bu görüşe göre her müessese tâbi olduğu hukukun kendisine verdiği anlam içerisinde değerlendirilmelidir.³⁰ Hayat ilişkisine yabancı hukukun uygulanması, hayat ilişkisini yabancı hukukun yönettiği ve dolayısıyla hayat ilişkisinin mahiyetini yabancı hukukun belirlemesi gerektiği anlamına gelmektedir.³¹ Despagnet'e göre hâkimin önündeki uyuşmazlığa kendi kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yabancı hukukun uygulanacağını söyleyip o uyuşmazlığı yabancı hukuka göre vasıflandırmaması yabancı hukuku hiç uygulamamasıyla eşdeğerdir.³²

Bartın vasıflandırmanın lex foriye tâbi olduğunu öne süren orijinal tezine 1930 yılında şu sınırlamayı getirmiştir:³³ "Lex fori vasıflandırma uya-

²⁶ Beckett, s. 55.

²⁷ Frantz Despagnet, "Des conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques", *Clunet*, 1898; Lorenzen, "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, 20, 1920, s. 262; Robertson, (A Survey) s. 750; Robertson (Characterization), s. 27; Beckett, s. 58.

²⁸ Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262; Arthur Henry Robertson, "A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws: Part I. Previous Statements of the Problem in English", *Harvard Law Review*, 52, 1939, s. 750.

²⁹ Robertson (Characterization), s. 27; Lorenzen (The Theory of Qualifications) s. 263; Çelikel/Erdem, s. 81.

³⁰ Martin Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3rd ed., Springer, 1954, s. 154; Çelikel/Erdem, s. 81.

³¹ Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262.

³² Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 262; Robertson, (A Survey) s. 750; Dicey, *Morris&Collins*, 16th Ed, 2022, s. 48.

³³ Etienne Bartin, "La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois", 31 *Recueil des cours*, 1930, s. 565-603; Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 747.

rınca belirli bir hukuki müesseseye uygulanmak üzere yabancı bir hukuk belirlendikten sonra bu hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkan ve uyumsuzluğun karara bağlanması için gerekli olan tüm tâli vasıflandırmalar yabancı hukuka tâbidir”.³⁴ Ancak hemen belirtmek gerekir ki Bartin’in “tâli vasıflandırmalar” olarak adlandırdığı faaliyet esasında teknik anlamda uygulanacak hukukun tespiti için yapılan bir vasıflandırma değildir. Burada kastedilen, hayat ilişkisi *lex fori*ye göre vasıflandırılıp uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra, söz konusu yabancı hukukun uygulanması sırasında karşılaşılan kavramlar yorumlanırken yabancı hukukta kendilerine verilen anlamın dikkate alınacağıdır.³⁵ Cheshire ve Robertson bunu “ikinci derece vasıflandırma” olarak adlandırarak vasıflandırmayı *lex causaenun* tayin edilmesinden önce ve sonra olmak üzere zaman bakımından ayırmıştır.³⁶ Yazarlara göre *lex causaeya* ulaşmak için yapılan vasıflandırma birinci derece vasıflandırmadır ve *lex fori*ye tâbidir; *lex causaeya* ulaştıktan sonra yapılan vasıflandırmalar ise ikinci derece vasıflandırmadır ve *lex causaeya* tâbidir.³⁷ Birinci derece vasıflandırma-ikinci derece vasıflandırma ayrımı bugün terk edilmiştir.³⁸ Ancak bu ayırmadan bağımsız olarak yetkili yabancı hukuk tayin edildikten sonra, *lex causaenun* uygulanması sırasında *lex causaeda* yer alan hukuki kavram veya müesseselerin vasıflandırılması ihtiyacı doğabilir. *Lex fori* vasıflandırma uyarınca bir sözleşme veya haksız fiilin X hukukuna (*lex causae*) tâbi olduğu kabul edildiğinde, sözleşmenin kredi sözleşmesi mi yoksa rehin sözleşmesi mi olduğu veya işverenin işçinin haksız fiillerinden sorumlu olup olmadığı ve bu bağlamda işveren ve işçi ile ne kastedildiği gibi, söz konusu sözleşme veya haksız fiil ile ilgili ortaya çıkan tâli sorunlara elbette X hukuku (*lex causae*) uygulanır.³⁹

Lex causaeya göre vasıflandırma görüşüne göre yetkili yabancı hukukun uygulanması sırasında karşılaşılan “tâli vasıflandırmalar”

³⁴ Lorenzen, (Qualification, classification, or characterization), s. 747.

³⁵ Beckett, s. 52.

³⁶ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 755.

³⁷ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 755. Robertson ve Cheshire hangi konuların ikinci derece vasıflandırmanın kapsamına girdiği konusunda fikir birliğine varamamıştır.

³⁸ Nomer’e göre ikinci derece vasıflandırma yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının yorumundan ibaret olup yabancı hukukun uygulanması konusuna ait bir problem teşkil etmektedir, Nomer, s.99.

³⁹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 758.

kadar söz konusu yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı kararı da *lex causaeya* tâbidir.⁴⁰ Hayat ilişkisinin *lex causaeda* *lex foriden* farklı vasıflandırılması halinde, hâkim *lex causaeda*daki vasıflandırmayı kabul ederse başka bir ülke hukukunun uygulanması sonucuyla karşılaşabilir. Beckett, *lex causaeya* göre vasıflandırmanın kabul edilmesi halinde, hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları üzerindeki hâkimiyetinin kamu düzenine aykırılık ile sınırlı olacağını belirtmiştir.⁴¹

Lex causaeya göre vasıflandırma çok az yazar tarafından benimsenmiştir. Bu görüşe getirilen en temel eleştiri yetkili hukukun tayin edilebilmesi için öncelikle ilgili hayat ilişkisinin vasıflandırılması gerektiğidir.⁴² Bu görüşün, uyumsuzluğa uygulanma ihtimali olan birden çok hukuk olması halinde hangi hukukun vasıflandırmasının tercih edileceği konusunda bir çözüm sunamaması bir diğer eleştiri konusudur.⁴³ Gemma, hâkimin henüz tespit edilmemiş bir hukuk olan *lex causaeya* dayanarak vasıflandırma yapmasının imkansız olduğunu belirtip hayat ilişkilerini uluslararası yaşamın gerekliliklerinden hareket ederek vasıflandırmanın ülkeler arasında yeknesaklığı sağlayabileceğini söyleyerek yeni bir teorinin tohumlarını ekmiştir.⁴⁴

C. Bağımsız teoriler: karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi (analytical jurisprudence)

Gemma'ya göre hukuki ilişki ve müesseselerin işlevlerinin uluslararası hayatın gerekliliklerine uygun olarak önyargısız bir şekilde değerlendirilebilmesi için bunların devletlerin pozitif hukuklarından ayrı tutulması gerekir.⁴⁵ Hâkim, hukuki ilişkinin sınır-ötesi boyutunun gelişimine en uygun olan hukukun vasıflandırmasını dikkate almalıdır.⁴⁶ Gemma'nın, *lex fori* veya *lex causae* yerine uluslararası ilkeleri dikkate alma konusundaki düşünceleri doktrinde yeni görüşlerin or-

⁴⁰ Beckett, s. 58.

⁴¹ Beckett, s. 58.

⁴² Çelikel/Erdem, s. 81.

⁴³ Beckett, s. 58; Çelikel/Erdem, s. 82.

⁴⁴ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 745.

⁴⁵ Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 263.

⁴⁶ Lorenzen (The Theory of Qualifications), s. 263.

taya çıkmasını sağlamıştır.⁴⁷ Bu yöndeki en çarpıcı görüş Rabel tarafından ileri sürülmüştür.⁴⁸ Rabel'e göre bir kanunlar ihtilâfı kuralının arka planında yalnızca ait olduğu ülkenin iç maddi hukuk anlayışının olduğunu varsaymak hatalı olur.⁴⁹ Her ülkenin uluslararası özel hukuk mevzuatı kendi hukukuyla diğer tüm ülkelerin hukukları arasında yeknesaklık oluşturmak amacıyla tasarlanmıştır ki bu da ancak belirli bir ülkenin somut hukuki müesseseleri yerine daha soyut kavramlardan hareket edilerek elde edilebilir.⁵⁰ Rabel, medeni devletlerin hukuki kavramları arasında bir takım farklılıklar olsa da, bunların genellikle tüm yerel hukuklar için geçerli olacak daha soyut kavramların yaratılmasına izin verecek kadar birbirlerine benzediklerini ileri sürmüştür.⁵¹ Ancak, Rabel, yerel mevzuattaki farklılıklar ve karşıt görüşler üzerinde uzlaşma sağlanamaması halinde karşılaştırmalı hukuk yönteminin vasıflandırma probleminde çözüm getiremeyeceğini de kabul etmiştir.⁵² Beckett da Rabel gibi kanunlar ihtilâfı kurallarının fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri için bütün hukuk sistemlerindeki kural ve müesseselerin özellikleri dikkate alınarak uygulanmaları gerektiği görüşündedir.⁵³ Beckett'a göre kanunlar ihtilâfı kurallarının anlamı yalnızca analitik içtihat bilimi ve karşılaştırmalı hukuktan çıkarılabilecek genel nitelikte olmalıdır.⁵⁴

Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi pratik olmadığı, davanın süresini ve maliyetini uzatacağı, sonuçlarının öngörülemeyen olduğu, hukuk sistemlerindeki farklılıkların nasıl aşılacağı konusunda çözüm getiremediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁵⁵ Falconbridge, karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma yapılabilmesi için, karşılaştırmalı hukukta derinlemesine bilgi sahibi, uyuşmazlık ve

⁴⁷ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

⁴⁸ Ernst Rabel, "Das Problem der Qualifikation", *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 5, 1931, s. 241-288.

⁴⁹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

⁵⁰ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

⁵¹ Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

⁵² Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 746.

⁵³ Beckett, s. 59; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 747; Robertson (A Survey), s. 763.

⁵⁴ Beckett, s. 59; Lorenzen (Qualification, classification, or characterization), s. 747; Robertson (A Survey), s. 763.

⁵⁵ Collier's Conflict of Laws, s. 271.

sorunları lex foriden ayırma yeteneğine sahip ve kendilerine tamamen yabancı bir tekniği benimsemeye istekli ulus-üstü bir hâkim sınıfına (supranational class of judges) ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir.⁵⁶ Hemen belirtmek gerekir ki Falconbridge'in saydığı bu kriterleri uluslararası tahkim uyuşmazlıklarını gören hakemlerin taşıdığını söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, bağımsız teoriler altında yapılan değerlendirmeler uluslararası tahkim bakımından önem kazanmaktadır.

II. KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA KABUL EDİLEN GÖRÜŞLERİN ULUSLARARASI TAHKİMDE UYGULANABİLİRLİĞİ

Uluslararası tahkimde hakem heyetinin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tayin ederken yerel mahkemeler gibi “kendiliğinden” uygulayacağı kanunlar ihtilâfı kuralları yoktur.⁵⁷ Dolayısıyla uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağı sorusu ile birlikte hangi ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağı sorusuna da cevap vermek durumundadır.⁵⁸ Kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayan yerel mahkemeler böyle bir zorlukla karşılaşmazken; tahkim yeri örneğin Cenevre olan bir tahkim yargılamasında hakem heyeti, İsviçre kanunlar ihtilâfı kurallarını mı yoksa tahkim yerinden bağımsız üçüncü bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını mı uygulayacağı sorunuyla karşılaşır.

Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlı olduğu yönündeki geleneksel yaklaşım, 1963 yılında Goldman'ın, uluslararası tahkim için bağımsız bir kanunlar

⁵⁶ Falconbridge, hâkimin lex fori uyarınca vasıflandırma yapacağını ancak bunu yaparken yabancı hukukun vasıflandırmasını (benimsemek zorunda olmasa da) dikkate alması gerektiğini böylece lex fori vasıflandırma ile lex causae vasıflandırma arasında bir “orta yol” (“via media”) bulunabileceğini söylemiştir, John D. Falconbridge, “Characterization in The Conflict of Laws”, *Law Quarterly Review*, 53, 1937, s. 245; Robertson (A Survey), s. 767.

⁵⁷ Born, s. 2824.

⁵⁸ Filip De Ly, “Conflict of Law in International Arbitration-An Overview”, *Conflict of Laws in International Arbitration*, editors Franco Ferrari, Stefan Kröll, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019, s. 1.

ihtilâfı sistemi⁵⁹ geliştirmesi ile terk edilmiştir.⁶⁰ Goldman hakem heyetinin *lex foris*inin olmayışından ve tahkim yerinin genellikle uyuşmazlık konusuyla bağlantısı olmayan yalnızca tarafsızlığı sebebiyle seçilen bir konum olduğundan yola çıkarak tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kuralları yerine uygulanacak bağımsız bir kanunlar ihtilâfı sistemi öne sürmüştür.⁶¹ Goldman'ın öne sürdüğü bağımsız sistem düşüncesi zaman içerisinde gelişerek hakem heyetinin kanunlar ihtilâfı kurallarını kümülatif olarak uygulaması, uygun bulunduğu kanunlar ihtilâfı kuralını uygulaması, kanunlar ihtilâfı kurallarını göz ardı ederek doğrudan maddi hukuk kurallarını uygulaması, hukukun genel ilkelerini uygulaması gibi yaklaşımların ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁶² Bu sayede yerel hukuk sistemlerinden bağımsız, uluslararası sözleşmelere, ticari teamül ve uygulamalara, hukukun genel ilkelerine dayanan bir "maddi ulus-ötesi hukuk" (*lex mercatoria*) teorisinin geliştirilmesinin önü açılmıştır.⁶³ Uluslararası tahkim hukukunun 1960'larda başlayan liberalizasyonu, devletlerin tahkim mevzuatı ve mahkeme kararlarında etkisini göstermiş, yeknesak tahkim kurallarının hazırlanmasını sağlamıştır.⁶⁴ Uluslararası tahkimde görülen liberalleşmenin en önemli örnekleri arasında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri (*competence-competence* ilkesi), gerek tahkim usûlüne gerek uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından taraflara tanınan irade muhtariyeti,⁶⁵ tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemlere tanınan takdir yetkisi sayılabilir. Uluslararası tahkimde irade muhtariyeti o kadar geniş kabul edilmiştir ki taraflar bir devletin pozitif hukukuyla sınırlı kalmaksızın her türlü hukuk kuralını (huku-

⁵⁹ Berthold Goldman, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit prive", 109 Recueil des Cours, 1963, s. 347-483.

⁶⁰ De Ly, s. 3.; Born, s. 2836.

⁶¹ De Ly, s. 4; Redfern and Hunter, para 3.213.

⁶² De Ly, s. 4; Born, s. 2844-2865.

⁶³ De Ly, s. 4; *Lex mercatoria* hakkında bkz. Berthold Goldman, "The applicable law: general principles of law-the *lex mercatoria*", Contemporary Problems in International Arbitration, Lew, J.D.M. (ed), Springer, 1987, s. 113-126.

⁶⁴ De Ly, s. 4.

⁶⁵ İrade muhtariyeti bugün tüm uluslararası tahkim kanunlarında, uluslararası sözleşme ve konvansiyonlarda, kurumsal tahkim kurallarında kabul edilen uluslararası tahkimin "yol gösterici ilkesi"dir, Redfern and Hunter, para.1.53, 3.97,6.07; Born, s. 525, 2295, 2877; Moses, s. 72-83.

kun genel ilkeleri, *lex mercatoria*, UNIDROIT ilkeleri⁶⁶ vb.) uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçebilir.⁶⁷ Hakemler de hukuk seçiminin yokluğu halinde tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate almadan, uygun gördükleri bir kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca yetkili olan hukuku⁶⁸ veya herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralına başvurmaksızın uygun gördükleri bir maddi hukuku doğrudan uygulayabilir.⁶⁹

⁶⁶ Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts), Türkçe güncel metin için bkz. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Turkish-bl.pdf>

⁶⁷ Born, s.2966-2983; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 124-125; UNCITRAL (United Nations Commission On International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Kanunu m. 28(1)'de, hakem heyetinin uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuk kuralı (rule of law) uyarınca karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

⁶⁸ UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 33(1) uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığın esasına tarafların seçtiği hukuku, böyle bir hukuk seçimi yoksa uygulanabilir gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralı uyarınca tayin edilen hukuku uygular. UNCITRAL Model Kanunu m. 28(2)'de UNCITRAL Tahkim Kurallarıyla paralel olarak taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında, hakem heyetinin uygun gördüğü kanunlar ihtilâfı kuralları uyarınca yetkili hukuku uygulayacağı düzenlenmiştir. UNCITRAL Model Kanunu m. 28(2) hakemlerin ilk fıkradan farklı olarak "hukuk kuralını" değil "hukuku" (law) uygulayacakları düzenlenmiştir. İki fıkra arasındaki bu farklılık, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, hakem heyetinin ulusal olmayan hukuk kurallarını uygulayıp uygulayamayacağı konusunda tartışma yaratmıştır, Born, s.2840.

⁶⁹ Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce, "ICC") Tahkim Kuralları m. 17(1) uyarınca taraflar hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı kuralları serbestçe kararlaştırabilirler. Böyle bir seçimin olmadığı hallerde hakem heyeti uyuşmazlığa uygun gördüğü hukuk kurallarını uygulayabilir. İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları (Swiss Rules of International Arbitration) m. 22(1) uyarınca hakem heyeti uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuk veya hukuk kuralları uyarınca, böyle bir seçim yapılmamışsa, uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili gördüğü hukuk veya hukuk kuralları uyarınca çözecektir. Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association) Tahkim Kuralları m. 28 uyarınca hakem heyeti taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk veya hukuk kurallarını uygulayacaktır. Tarafların böyle bir seçim yapmaması halinde, hakem heyeti uygulanabilir olduğuna karar verdiği hukuku veya hukuk kurallarını uygulayacaktır; Born, s. 2842; Özel, s. 131 vd.; Veijo Heiskanen, "And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration", *The Journal of London Court of International Arbitration*, 26, 4, 2010, s.451.

Yukarıdaki açıklamalarımız, uluslararası tahkim hukuku ve uygulamasında klasik kanunlar ihtilâfı kurallarının öneminin giderek azaldığını düşündürebilir. Eğer hakemler uygun gördükleri herhangi bir ihtilâf kuralını uygulayabiliyor ve hatta kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan doğrudan uygulanacak hukuku belirleyebiliyorsa, uluslararası tahkimde geleneksel kanunlar ihtilâfı yöntemlerinin gerçek bir rolü veya işlevi olduğu söylenebilir mi? Kanımızca kanunlar ihtilâfı meselelerinin uluslararası tahkimde hiçbir öneminin olmadığını söylemek yanlış bir değerlendirme olur. Uluslararası tahkimde elbette kanunlar ihtilâfı sorunları ortaya çıkmaktadır; ancak bu sorunlar yerel mahkemelerden farklı olarak iç hukuk ve yabancı hukuk ayrımından kaynaklanmamaktadır. Uluslararası tahkimde hakem heyeti için hiçbir hukuk iç hukuk olmadığı gibi tüm hukuklar ona aynı ölçüde yabancıdır. Bu sebeple bir vasıflandırma gereksinimi doğduğunda vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağını tespit etmek kolay olmayabilir. Lex forisi olmayan hakem heyeti önündeki uyuşmazlığı hangi hukuka göre vasıflandıracaktır? Bu noktada tahkim yeri hukukunun hakem heyetine diğer tüm hukuklar kadar yabancı olduğu unutulmamalıdır.⁷⁰ Uluslararası tahkimde vasıflandırmanın tâbi olduğu hukuk konusunda yapacağımız değerlendirmelerde bu anlayıştan hareket edilecektir.

A. Hakemlerin bir lex forisinin olmaması ve tahkimin ulus-ötesi niteliği

Uluslararası tahkimde uyuşmazlığı gören hakem heyetinin bir "mahkemesi", "forumu" ya da bu anlamda tâbi olduğu bir hukuk sistemi yoktur.⁷¹ Uluslararası tahkimdeki "tahkim yeri" kavramının da "lex fori"yi karşılamadığı kabul edilmektedir.⁷² Uluslararası tahkimde, tahkim yeri, hakem heyetinin yargı yetkisinin ülkesel sınırlarını çizen

⁷⁰ Heiskanen, s. 450.

⁷¹ Goldman (Les conflicts de lois), s.347-483; Pierre Lalive, "Les regles de conflicts de lois appliquees au fond du litige pas l'arbitre international siegeant en Suisse", Revue de l'arbitrage, 1976, s. 159; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Globalization of Arbitral Procedure", Vanderblit Journal of Transnational Law, 36, 2003, s.1315; De Ly, s. 4; Redfern and Hunter, para 3.212-3.213; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Michael Kröll, Comperative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 111.

⁷² Heiskanen, s. 449.

bir ifade olmayıp, çoğun kez fiziki/hukuki uygunluğu veya popülerliği sebebiyle tercih edilen, uyumsuzlukla veya taraflarla ilgisi olmayan tarafsız bir yerdir. Nitekim uluslararası tahkimde hakem heyetinin tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm hukuklardan bağımsız olması gerektiği görüşü bu düşünceden kaynaklanmaktadır.⁷³ Dolayısıyla, uluslararası tahkimde hakem heyeti, mahkeme yargısında hâkim için önem arz eden iç hukuk/yabancı hukuk ayrımıyla ilgilenmez.⁷⁴ Mahkemelerin hukuk sisteminin bir parçası oldukları ülke ve o ülkenin hukukuyla (lex fori) ilişkisi ile hakem heyetinin tahkim yeri ve bu yerin hukuku (lex loci arbitri) ile ilişkisi birbirlerinden tamamen farklıdır. Hakem heyeti ve tahkim yeri arasındaki ilişki devamlı olmayan ad hoc bir ilişkidir.⁷⁵ Hakem heyetleri belirli bir yargı çevresindeki uyumsuzlukların çözülmesi için teşekkül etmez. Yerel mahkemeler ise buldukları yerin hukuk sisteminin bir parçası, yargı organıdır. Neredeyse tüm modern uluslararası tahkim kurallarınca kabul edilen hakem heyeti ve yerel mahkemeler arasındaki bu farkın en temel sonucu uluslararası tahkimde hakem heyetinin tahkim yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlı olmadığıdır. Nitekim bu durum Sapphire⁷⁶ tahkim davasında hakem heyeti tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Adına adalet dağıttığı Devletin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına uymakla yükümlü olan bir Devlet hâkiminin aksine,

⁷³ Tarafların, tahkim anlaşmasıyla, tahkim yargılamasını tahkim yeri hukuku dahil tüm hukuklardan delokalize edip edemeyeceği, tahkimin tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına tâbi olup olmadığı, tahkim yerinde iptal edilen bir hakem kararının tanıma ve tenfizinin mümkün olup olmadığı konuları yabancı doktrinde 1980li yıllarda oldukça tartışılmıştır: Jan Paulsson, “Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin”, *International and Comparative Law Quarterly*, 30, 1981, s. 358; Hans Smit, “A-National Arbitration”, *Tulane Law Review*, 63, 1981, s. 629; Jan Paulsson, “Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters”, *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, s. 53; William W. Park, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983, s. 21; Jan Paulsson, “The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs”, *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986, s. 297; William W. Park, “Judicial Controls in the Arbitral Process”, *Arbitration International*, 5, 1989, s. 230.

⁷⁴ Heiskanen, s. 449.

⁷⁵ Heiskanen, s. 449.

⁷⁶ 15.03.1963 tarihli *Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co.* Hakem kararı.

hakem bu tür kurallara bağlı değildir. Tarafların ortak iradelerini aramalı ve doktrinde ve yargı kararlarında çoğunlukla kullanılan bağlama noktalarını kullanmalı ve ulusal özellikleri dikkate almamalıdır".⁷⁷

Hakem heyetinin tahkim yerinin veya herhangi bir devletin kanunlar ihtilâfı kuralları ile bağlı olmadığı göz önüne alındığında, vasıflandırmanın geleneksel kural veya yaklaşımlar uyarınca yapılması tahkimin karakteristik özellikleriyle bağdaşmayacaktır. Tahkim anlaşmasında taraflarca uyuşmazlığın esasına veya tahkim usûlüne uygulanacak hukuk seçilmiş ise, hakem heyeti yetkili hukuku uygularken karşılaştığı kavramları o hukuk sistemi içerisinde kalarak o ülkenin hâkimi gibi yorumlayacaktır. Hakem heyeti, hukuk seçimi olmadığı durumlarda hangi hukukun uygulanacağını tespit ederken, iç hukuk/yabancı hukuk arasında bir seçim yapmayacak, tahkim yeri hukuku, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tanıma ve tenfiz yeri hukuku, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk, *lex mercatoria* gibi çok daha geniş seçeneklerle karşı karşıya kalacaktır. Öte yandan, mahkeme yargısında hâkimin önündeki meseleye *lex fori* veya *lex causaen* uygulanacağı sonucuna ulaşabilmesi için usûl/esas ayrımı bakımından da bir vasıflandırma yapması gerekmektedir. Uluslararası tahkimde, hakem heyetinin *lex forisi* olmadığı için, usûle ilişkin konularda *lex foriyi* uygulama zorunluluğu yoktur.⁷⁸ Tarafların tahkim yargılama sürecinde usûle uygulanacak hukuku da seçebildikleri⁷⁹ dikkate alındığında uluslararası tahkimde usûl/esas ayrımı bakımından yapılacak olan vasıflandırma da mahkeme yargısından farklıdır.⁸⁰

⁷⁷ "Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules. He must look for the common intention of the parties, and use the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national peculiarities", *Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co.*, 15.03.1963, *International and Comparative Law Quarterly*, 13, 1964, s. 1011.

⁷⁸ Saar A. Pauker, *Substance and procedure in international arbitration*, *Arbitration International*, 2020, s. 13.

⁷⁹ Born, s. 113; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, BETA, İstanbul, 2019, s. 365; Akıncı, s. 166.

⁸⁰ Uluslararası tahkimde, uygulanacak hukuk bakımından yapılan usul ve esas ayrımı hakem heyetine o konuda tanınan takdir yetkisini ve iptal davası ve tanıma/tenfiz süreçlerinde kararın karşılaşıcağı incelemenin derecesini etkilemektedir.

Bizimde katıldığımız görüşe göre, uluslararası tahkimde vasıflandırmanın hangi hukuka tâbi olacağı sorunuyla karşılaşan hakem heyeti, başvurulacak bir lex forinin yokluğunda vasıflandırılması gereken konu özelinde ve uyuşmazlığın “ulus-ötesilik”⁸¹ derecesini dikkate alarak bir değerlendirme yapmalıdır.⁸² Nitekim pek çok farklı kriter bakımından ulus-ötesi unsurlar taşıyan tahkim yargılamaları kadar tek uluslararası unsurun tahkim yeri veya tarafların vatandaşlığı olduğu tahkim yargılamaları da mevcuttur. Heiskanen’e göre somut olaydaki koşullara bakıldığında tahkim yargılaması ulus-ötesi olmaktan ziyade yerel nitelikler taşıyorsa hakem heyetinin vasıflandırmayı tahkim yeri hukukuna göre yapması daha uygun olabilir.⁸³ Bunun sebebi, tahkim yargılamasını idare eden hukukun (*lex arbitri*) tahkim yeri hukuku olduğunun kabul edilmesidir.⁸⁴ Buna karşılık, tahkim yargılaması ulus-ötesi niteliği haiz ise, hakem heyetinin vasıflandırmayı tahkim yeri hukuku yerine ulus-ötesi standartları dikkate alarak yapması daha uygun olacaktır.⁸⁵ Ulus-ötesi unsurlar taşıyan bir tahkim yargılamasında vasıflandırma problemiyle karşılaşan hakem heyeti, tahkim yerinin emredici kurallarına otomatik olarak öncelik vermek yerine, önündeki mesele bakımından ulus-ötesi kamu düzenine uygun olan kuralı uygulanacak hukuk olarak tayin etmelidir.

B. Vasıflandırmada başvurulacak ulus-ötesi standartların tespiti

Hakem heyetinin tahkim yeri hukuku ve ulus-ötesi standartlar arasında yapacağı seçim kendisinin uluslararası tahkim algısı ve anlayışını da ortaya koymaktadır. Eğer kendisini tahkim yerinin hukuk sisteminin sınırları içerisinde hareket eden bir yargı organı gibi görüyorsa büyük olasılıkla yerel kurallara göre bir vasıflandırma yapacaktır. Ancak, kendisini tüm yerel hukuklardan bağımsız ulus-ötesi bir

⁸¹ Ulus-ötesi hukuk hakkında bkz. Philip C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.

⁸² Heiskanen, s. 457.

⁸³ Heiskanen, s. 457.

⁸⁴ Redfern and Hunter, para 3.53; Kaufmann-Kohler, s. 1315; Born, s.1727; Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul, 2014, s. 38; Özel, s. 59.

⁸⁵ Heiskanen, s. 457.

uyuşmazlık makamı olarak görüyorsa, ulus-ötesi standartları uygulamak konusunda daha gönüllü olacaktır. Öte yandan, hakem heyetinin tahkimin ulus-ötesilik derecesini nasıl ölçeceği, ulus-ötesi (veya evrensel olarak kabul gören) kuralları uygulaması gerektiğine kanaat getirdiğinde bu kuralları nerede bulacağı tartışma konusu olmuştur.⁸⁶

Her tahkim yargılaması tahkim yeri, tarafların vatandaşlığı, işyeri merkezleri, sözleşmenin yapıldığı ve/veya ifa edildiği yer, sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakem kararının etkilerinin hissedileceği yer gibi taşıdığı unsurlar bakımından farklılık gösterir. Hakem heyeti karşılaştığı bir vasıflandırma sorununu lex arbitriye mi yoksa ulus-ötesi standartlara göre mi çözeceğine karar verirken tüm bu unsurları dikkate almalıdır.⁸⁷ İlgili unsurları değerlendirip tahkim yeri ile bağlantının diğer ülkelerden göz ardı edilemeyecek kadar fazla olup olmadığını tartmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hakem heyeti yaptığı değerlendirme sonucunda tahkim yeri hukukunu değil ulus-ötesi normları uygulamaya kanaat getirirse, bu normları karşılaştırmalı hukukta bulacaktır.⁸⁸

Karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisi kapsamında öne sürülen düşüncelerden yola çıkarak, uluslararası tahkimde vasıflandırmanın, tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm iç hukuklardan bağımsız olarak karşılaştırmalı hukuk aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun soyut ve genel kavramlar kullanılarak yapılmasının en isabetli yöntem olacağı kanısındayız. Başka bir deyişle, hakem heyeti, karşılarındaki meseleyi, mümkün olduğu ölçüde, belirli bir yerel hukuk sistemi veya geleneğinin dar kalıplı sınıflandırmalarına başvurmak yerine, evrensel olarak kabul gören hukuki kategorilere atıfta bulunarak vasıflandırmalıdır⁸⁹. Örneğin, karşılaştığı bir ilk itirazın yetkiye mi yoksa kabul edilebilirliğe mi ilişkin olduğunu vasıflandırmak durumunda kalan hakem heyeti, bu konudaki uluslararası içtihat ve doktrinin karşılaştırmalı analizini yaparak yetki ve kabul edilebilirlik arasındaki sınırı tespit etmelidir.

⁸⁶ Heiskanen, s. 457.

⁸⁷ Heiskanen, s. 457.

⁸⁸ Heiskanen, s. 457.

⁸⁹ Zachary Douglas: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, s. 46.

Doktrinde karşılaştırmalı hukuk ve analitik hukuk bilimi teorisine getirilen eleştiriler uluslararası tahkim bakımından geçerli olmaz. Hakemlerin lex forisi olmadığı için önlerindeki uyumsuzluğu değerlendirirken herhangi bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalmak eğiliminde değillerdir.⁹⁰ Tahkim ulus-ötesi bir yargılama türü olduğu için hakem heyetinin de ulus-ötesi olduğu rahatlıkla söylenebilir. Hakem heyeti çoğunlukla farklı ülkelerden gelen farklı hukuki eğitim, altyapı ve deneyime sahip hakemlerden oluştuğu için, kanımızca hakemlerin karşılaştırmalı hukuk analizi yapmaları hâkimlere göre daha kolay olacaktır.

SONUÇ

Hakem heyeti tahkim yargılamasının farklı aşamalarında vasıflandırma faaliyetine başvurmak durumunda kalabilir. Lex forisi olmayan hakem heyetinin bu vasıflandırmayı hangi hukuka göre yapacağı tespit edilmesi gerekmektedir. Tahkim yargılaması yerel nitelikler taşıyorsa tahkim yeri hukukunda yer alan kavramlar dikkate alınabilir. Bunun sebebi tahkim yargılamasını bir bütün olarak idare eden hukukun tahkim yeri hukuku olmasıdır. Ancak uyumsuzluğun ulus-ötesi niteliği ağır basıyorsa vasıflandırma tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere tüm iç hukuklardan bağımsız ulus-ötesi standartlar uyarınca yapılmalıdır. Hakem heyeti karşılaştığı bir vasıflandırma sorununu lex arbitriye mi yoksa ulus-ötesi standartlara göre mi çözeceğine karar verirken tahkim yeri, tarafların vatandaşlığı, işyeri merkezleri, sözleşmenin yapıldığı ve/veya ifa edildiği yer, sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakem kararının etkilerinin hissedileceği yer gibi çeşitli unsurları dikkate almalıdır.⁹¹ Hakem heyeti yaptığı değerlendirme sonucunda tahkim yeri hukukunu değil ulus-ötesi normları uygulamaya kanaat getirirse, bu normları karşılaştırmalı hukukta bulacaktır.⁹² Sonuç olarak uluslararası tahkimde vasıflandırmanın uluslararası içtihat ve doktrinin karşılaştırmalı analizi aracılığıyla elde edilen, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına uygun soyut ve genel kavramlar kullanılarak yapılmasının en isabetli yöntem olacağı kanısındayız.

⁹⁰ Redfern and Hunter, para 3.212-3.213.

⁹¹ Heiskanen, s. 457.

⁹² Heiskanen, s. 457.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, *Vedat Kitapçılık*, 4. Baskı, İstanbul, 2016.
- Aygül Musa, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, On İki Levha, 2.Baskı, İstanbul, 2014.
- Berki Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 1959.
- Blackaby Nigel, Partasides Constantine, Redfern Alan, Hunter Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed., Oxford University Press, 2015.
- Born Gary B., International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 3rd ed., 2021.
- Çelikel Aysel, Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, BETA, 2021.
- Lew Julian D. M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M., Comperative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Mapesbury Lord Collins, Harris Jonathan, Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 16th ed., Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, London, 2022.
- Moses Margaret L., The Principles and Practise of International Commercial Arbitration, 3rd ed., Cambridge, 2017.
- Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, BETA, İstanbul, 2017.
- Özel Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Robertson Arthur Henry, Characterization in the Conflict of Laws, Harvard University Press, 1940.
- Rogerson Pippa, Collier's Conflict of Laws, 4th ed., Cambridge University Press, 2013.
- Şanlı Cemal, Esen Emre, Ataman-Figenmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, BETA, İstanbul, 2021.
- Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, BETA, İstanbul, 2019.
- Wolff Martin, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3rd ed., Springer, 1954.
- Jessup Philip C., Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956.
- Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge, 2009.

Kitap Bölümleri

- Bartin Etienne, "La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois", 31 *Recueil des Cours*, 1930.
- Berthold Goldman, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit prive", 109 *Recueil des Cours*, 1963.
- De Ly Filip, "Conflict of Law in International Arbitration-An Overview", *Conflict of Laws in International Arbitration*, editors Franco Ferrari, Stefan Kröll, NYU Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, Juris, 2019.
- Goldman Berthold, "The applicable law: general principles of law-the lex mercatoria", *Contemporary Problems in International Arbitration*, Lew, J.D.M. ed., Springer, 1987.

Makaleler

- Bartin Etienne, "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de loi", *Journal de Droit International Prive & Jurisprudence Comparee*, 24, 1897.
- Beckett William E., "The Question of Classification ("Qualification") in Private International Law", *British Year Book of International Law*, 15, 1934.
- Despagnet Frantz, "Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques", *Clunet*, 1898.
- Falconbridge John D., "Characterization in The Conflict of Laws", *Law Quarterly Review*, 53, 1937.
- Heiskanen Veijo, "And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration", *The Journal of London Court of International Arbitration*, 26, 4, 2010.
- Kaufmann-Kohler Gabrielle, "Globalization of Arbitral Procedure", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 2003.
- Lalive Pierre, "Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige pas l'arbitre international siégeant en Suisse", *Revue de l'arbitrage*, 3, 1976.
- Lorenzen Ernest G., "The Qualification, classification, or characterization problem in the conflict of laws", *Yale Law Journal*, 50, 1940-1941.
- Lorenzen Ernest G., "The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, 20, 1920.
- Park William W., "Judicial Controls in the Arbitral Process", *Arbitration International*, 5, 1989.
- Park William W., "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983.
- Paulsson Jan, "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of Its Country of Origin", *International and Comparative Law Quarterly*, 30, 1981.
- Paulsson Jan, "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters", *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 1983.
- Paulsson Jan, "The Extent of Independence of International Arbitration from the Law of the Situs", *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1986.
- Rabel Ernst, "Das Problem der Qualifikation", *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 5, 1931.
- Saar A. Pauker, Substance and procedure in international arbitration, *Arbitration International*, 2020.
- Smit Hans, "A-National Arbitration", *Tulane Law Review*, 63, 1981.

Hakem Kararları

- Sapphire International Petroleum Ltd v The National Iranian Oil Co., 15.03.1963, *International and Comparative Law Quarterly*, 13, 1964.

