

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: X

SAYI: 1

YIL: 2015

HAZİRAN – 2015
KAYSERİ

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR

Osman ÖZDEMİR

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Yayıncı: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. Sağlık Sok No:21 Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 435 30 30 –
Fax: 0312 435 24 72 – www.seckin.com.tr – yayin@seckin.com.tr
Baskı : Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. **Sertifika No:** 12416

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programında ki otomatik başlıklandırılmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri evrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Aynur CİDECİGİLLER
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Murat DOĞAN Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

EDİTÖR YARDIMCILARI

Yrd. Doç. Dr. Aynur CİDECİGİLLER Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Yrd. Doç. Dr. Aynur CİDECİGİLLER, Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK, Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL, Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN, Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL, Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Aslı NANECİ ARICI, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Fatih AYDIN, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Özlem ERKAL, Arş. Gör. Beyza ESKİCİ, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ, Arş. Gör. Emine GÜLSELCEN KAFKASYALI, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Aslıhan KAYIK, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM, Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ, Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN Onuruna Hazırlanan Armağan Sayısına İlişkin
Konuşma XV

ÖZEL HUKUK

Banu Fatma GÜNARSLAN

Değer Artış Payı Alacağıın Artık Değer Hesabına Etkisi..... 1

KAMU HUKUK

Doç. Dr. Fatma TAŞDEMİR

Arş. Gör. Adem ÖZER

Uluslararası Hukuk Açısından Kırım Sorunu: Kosova'nın Rövanşı mı?.....43

Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK

Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir- Bilinçli Taksir Ayrımı
(Komplikasyon- İzin Verilen Risk Ayrımı Bağlamında)63

Dr. İlyas ŞAHİN

Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda
Esas Alman İlkeler 107

Arş. Gör. Abdurrahman TEKİN

The Improvement of the Protection of Human Rights in Constitutional Systems..... 145

Arş. Gör. Abdulkadir YILDIZ

Osmanlı'da Yasama Yetkisinin Dönüşümü 163

CONTENTS

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

The Presentation of the Anniversary Volume in Honour of Prof. Doğan
SOYASLAN..... XV

PRIVATE LAW

Banu Fatma GÜNARSLAN

Effects Of Value Added Share Receivable On Estimating Surplus Value 1

PUBLIC LAW

Ass. Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR

Res. Asst. Adem ÖZER

The Problem of Crimea From the Perspective of International law: Is it the
Kosovo's Revenge?..... 43

Assist. Prof. Dr. Fatih BİRTEK

The Distinguishing of Negligence and Recklessness in Terms of Medical
Malpractice (As Between Complication- Permitted Risk) 63

Dr. İlyas ŞAHİN

Territorial Jurisdiction of Criminal law and Core Principles of Turkish
Penal Code..... 107

Res. Asst. Abdurrahman TEKİN

The Improvement of the Protection of Human Rights in Constitutional
Systems 145

Res. Asst. Abdulkadir YILDIZ

Transformation of Ottoman Legislation Power 163

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN Onuruna Hazırlanan Armağan Sayısına İlişkin Konuşma

*Prof. Dr. Doğan SOYASLAN**

Kısacası hayat; biraz ümit, biraz tutku ve nihayet elveda.

Her insan gibi bende doğdum, canlı olarak yaşam mücadelesi verdim. Dür-tülerimi, güdülerimi tatmin ettim. Bazı güdülerin (yükselme, profesör olma, eser verme gibi) diğer güdülerimi bastırdı. Onları baskı altına aldı. Bazı güdülerin değerini bastırmasında ailenin o güdülerini güçlendirmesinin veya güdülerin do-đuştan güçlü olmasının rolü olabilir. Aile büyüklerinin çocuklarının büyüdü-ğünde bazı makamlarda olmasını dilemesi ve çocuklarına telkinde bulunmasın-da olduğu gibi.

Bazı güdülerin tatmin olmasından sonra baskı altına alınan güdüler kuvvetli şekilde ortaya çıkmaya başladılar.

İlkokul ve ortaokulda öğretmen olmayı düşündüm. Çocuklar için öğretmen her şeydir. En büyüktür. Aslında başka büyük tanıma imkânımız olmadığı için öğretmenimiz en büyükmüş.

Lise yıllarında etrafımda hukukçular gördüm. Hâkim olacakları söylenirdi. Bizde hâkim olmaya heveslendik, aklımız erince bunun için çok çalıştık.

Fakülte yıllarında doçentler ve profesörler gördük biz de profesör olabilir miyiz acaba? dedik. 1416 Sayılı Kanun uyarınca Adalet Bakanlığı'nın sınav açtığını tamamen tesadüfen öğrendik. Sınava girdik ve başarılı olduk. Artık profesör olabileceğime anladım. Avrupa'ya giderken hocalarımızdan birisi "ar-tık herkes bir lisan biliyor, sen iki lisan öğren gel" dedi.

Önce İtalyanca sonra Fransızca öğrendim, yetmez İngilizce de öğrenelim dedim. Profesörlükten sonra politika yapabileceğimi düşündüm. Bu düşüncede amcamın çocukken benim güdülerim üzerinde yaptığı etkilerin öneminin var olduğuna inanıyorum. Amacım halkımıza hizmet etmektir.

Önce Doktor, sonra Doçent ve Profesör olmak için çok çalıştım. Sınavlarda başarısız sayıldığım oldu. Sübjektif değerlendirmelere tanık oldum. Hayal kırık-lıklarına uğradım. Ama neticede profesörlük tutkumu tatmin ettim.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Bir güdünün iradeye etki ederek onu yönlendirmesi halinde tutku söz konusu olmaktadır.

Daha sonra politik güdü ve tutkularımı tatmin etmek istedim. Laik, demokratik Avrupalı değerlerine sahip ve haksızlığa itiraz eden bir kafa ile muhafazakâr değerler üzerine politika yapan Anadolu insanlarının kafa yapısının uyummadığını gördüm. Politika yapamadım ve hayal kırıklığına uğradım. Sahip olduğum değerler ve kişilikle politika yapamayacağımı anladım ve hocalığa devam etmek durumunda kaldım. Ancak diğer dürtüleri boğazlayan güç tutkusu beni rahatsız etmeye devam ediyor. Fakat kendisini kanalize edecek bir yer bulamıyorum. Kendimi çıkmaz sokakta hapis olmuş gibi hissediyorum. Ancak politik güdü ve bu yönde güçlenme duygum halen beni rahatsız etmektedir. Elde etsem kısa zamanda bu güdünün de tatmin olacağına ve yeni hayaller peşinde koşacağıma inanıyorum.

Elbette güdü ve tutkularım sadece bunlardan ibaret değildi. Başka güdülerim de vardı. Bunların bir kısmı tatmin olmamış ve hayal kırıklığına uğramıştıdır. Bir kısmını da tatmin etmişimdir. Ancak bir takım mevkilere gelme ve güçlü olma tutkusu diğer güdülerimden daha baskın olmuştur. Belki bu baskınlık insanı bir yerlere getirmektedir.

İradeye etki eden güdüler hiç bitmiyor ama insanın yaşına ve enerjisine göre güçlü veya zayıf oluyorlar. Güdülerin iradeye etkisi bitince peşinde koşacak meşgale kalmıyor ve hayat bitiyor, sadece canlı bir varlık oluyorsunuz.

Neticede hayatın bir Fransız'ın deyimiyle biraz umutla yaşamak biraz tutkunun gerçekleşmesinden ibaret olduğunu anladım. Umutlarımın ve tutkularımın bir kısmı gerçekleşti, bir kısmı gerçekleşmedi. Mutlu insan elbette hayatta umutlarını gerçekleştiren insandır.

Bunun yolu da hayatın kişiye vereceği şeyleri umut etmekten geçmektedir.

Kayseri / 14 Mart 2015

Özel Hukuk/ Private Law

DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ ARTIK DEĞER HESABINA ETKİSİ

*Banu Fatma GÜNARSLAN**

ÖZET

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'muzda edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Değer artış payı alacağı ve katılma alacağı edinilmiş mallara katılma rejiminde, yasada düzenlenmiş kurumlardır. Değer artış payı alacağı 4721 sayılı TMK'nın 227. maddesinde, katılma alacağı ise 231 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, karşılığı verilerek edinilen mallarda, diğer eşin de hak sahibi olduğu esasına dayanan adil bir rejimdir. Bu rejiminin tasfiyesi sonucunda, eşlerden biri lehine katılma alacağı hakkı doğmaktadır. Katılma alacağının tespiti için ise, öncelikle artık değer hesabının yapılması gerekmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin her türlü malvarlığı değerleri edinilmiş ve kişisel mal olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Zira, katılma alacağı, eşlerin edinilmiş malları üzerinden yapılan artık değer hesabı ile tespit edilmektedir.

Değer artış payı alacağı, eşlerden birinin, diğer eşin malvarlığı unsuruna emek veya malvarlığı ile yaptığı katkısının karşılığını oluşturmaktadır. Değer artış payı alacağı, tasfiyede gündeme gelmesi ve bir malvarlığı değeri olması nedeniyle, edinilmiş ve kişisel mal ayrımına tabi tutularak artık değer hesabında dikkate alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mal Rejimi, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Katılma Alacağı, Artık Değer, Değer Artış Payı Alacağı

ABSTRACT

The regime of participating acquired property is accepted as legal regime of property in 4721 numbered Turkish Civil Code (TCC) which became effective on 1st January 2002. In the regime of participation acquired property, value added share receivable and participating receivable are the enacted institutions. While value added share receivables is resolved in the 227. article and participation receivables in 231 vd article of 4127 numbered Turkish Civil Code.

The regime of participating acquired property is a fair regime based on the fact that other spouse is also concessionaire for the acquired property which is paid for. Consequence of the liquidation of this regime originates participation receivable right in

* Boğazlıyan Hakimi-Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi

favour of the spouse. For the determination of participation receivable, it is necessary to estimate surplus value, at first. In the regime of participating acquired property, all the property values of husband and wife must be separated as acquired property and personal property, because participation receivable is determined by estimating surplus value in terms of acquired property of husband and wife.

Value added share receivable compensates for the contribution of husband and wife to property of each other by property or endeavor. Value added share receivable as being the issue in liquidation and property value, is paid attention to estimate surplus value by separating acquired property and personal property.

Keywords: Regime of Property, The Regime of Participating to Acquired Property, Surplus Value, Participation Receivables, Value Added Share Receivables

GİRİŞ

Eşlerin, mallarının yönetimi ve paylaşımı hususunda mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları, herhangi bir tercihte bulunmadıkları takdirde yasadan ötürü, kendiliğinden tabi olacakları mal rejimi yasal mal rejimidir.¹ "Yasal mal rejimi" kenar başlıklı TMK m.202'ye göre "*Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler mal rejimi sözleşmesi ile kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler*". Evliliklerin çok büyük bir kesimine uygulanan yasal mal rejimi, eşler arasında dengeyi sağlamalı, malvarlığı değerlerine ilişkin karşılıklı çıkar ilişkilerini gözetmeli, hakkaniyete uygun olmalıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin rejimin devamı süresince edindikleri malların, ortak dayanışma ve emeğin ürünü olması ve eşlerin bu kazanımlarda eşit hak sahibi olmaları esasına dayanmaktadır. Bu nedenle kadınlar, ev hanımı olarak evde emek harcamakla ya da eşlerinin iş veya işletmelerinde yardımcı olmakla bu malların edinilmesine katkıda bulunmaktadırlar.² Bu rejim emek ürünlerinde diğer eşin de katkısını kabul eden, adil ve çağdaş bir rejimdir.³

TMK 218. maddesi hükmüne göre, "*edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar*." Edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki tür mal grubu yasada düzenlenmiştir. Edinilmiş mallar yasada tanımlanmış ve örnek olarak sayılmış, kişisel mallar da sınırlı sayıda sayılmıştır. Mal gruplarının değişmezliği ilkesi gereğince, eşler, kural olarak, edinilmiş mallara dahil olması gereken mallarını kişisel mal; kişisel mallara dahil olması gereken mallarını edinilmiş mal olarak kabul edemezler.⁴ Buna göre, mal rejiminin tasfiyesinde, eşlerden her birinin her türlü malları edinilmiş mal veya kişisel mal olarak sınıflandırılacak, bu mal gruplarından birine özgülenecektir. Malvarlığı değerleri

¹ Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt:3, Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2015, s.195-196; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt*, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2015, s.144

² Ahmet Kılıçoğlu, *Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu*, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, s.91; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, s.179.

³ Turan Ateş, *Türk Medeni Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi*, 2.b, İstanbul 2007, s.73.

⁴ Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2.b, Ankara 2008, s.90; Mehmet Beşir Acabey, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları, İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler*", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007, s.500; Zarife Şenocak, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi*", AÜHFHD, C.58, S.2, 2009, s.390-391.

üzerinde tek başına mülkiyet veya birlikte mülkiyet bulunmasının bu anlamda bir önemi yoktur.⁵

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden her birinin, diğer eşin edinilmiş mallarından pasifler çıkarılınca kalan artık değer, kural olarak yarısı oranında 'katılma alacağı' bulunmaktadır. Eşlerden biri, diğerine ait malvarlığına karşılıksız olarak katkıda bulunmuşsa, bu malvarlığında ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında 'değer artış payı alacağı' adı verilen alacak hakkına sahiptir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, oldukça ayrıntılı ve komplike bir tasfiye süreci söz konusudur. Değer artış payı alacağı, katkı yapan eş açısından alacak, katkıyı alan eş açısından borç teşkil etmekte olup, artık değer hesabında dikkate alınmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle edinilmiş mallara katılma rejiminde yer alan malvarlığı değerleri üzerinde durulacak, 'edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi' başlığı altında, konuyla ilişkisine binaen, özellikle katılma alacağı ve değer artış payı alacağına ilişkin genel hatları ile açıklama yapılarak hesaplama yöntemi incelenecek, 'değer artış payı alacağının artık değer hesabına etkisi' başlığı altında çeşitli ihtimaller dahilinde değerlendirme yapılarak, örnek hesaplamalara yer verilecek ve yeri geldikçe Yargıtay kararlarına değinilecektir.

I. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE YER ALAN MALVARLIĞI DEĞERLERİ

A. Edinilmiş Mallar

Edinilmiş mal kavramı TMK m.219'da düzenlenmiştir. Buna göre, edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. TMK m.219 hükmü ile edinilmiş malların tanımı yapılarak, rejim süresince karşılığı verilerek elde edilen malvarlığı değerlerinin edinilmiş mal sayılacağı kabul edilmiş, ayrıca, birtakım malvarlığı değerlerinin, örnek niteliğinde sayılarak,⁶ edinilmiş mal olarak dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Yasada örnek niteliğinde sayılan bu malvarlığı değerlerinin, tanımda yer alan "rejim süresince elde edilme",⁷ "karşılığı veri-

⁵ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.90.

⁶ Yasada "edinilmiş mallar özellikle bunlardır" ifadesi kullanılmış olduğundan, bu sayımın örnekleyici (tadadi) olup, sınırlayıcı (tahdidi) bir sayım olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bkz. Mehmet Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 2009, s.133; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.501.

⁷ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.95.

lerak elde edilme"⁸ unsurlarını taşıyıp taşımadığı araştırılmayacaktır. Ancak yasada örnek niteliğinde belirtilen edinilmiş malların da genellikle emek yoğun edinimler olduğu dikkati çekmektedir. Ayrıca, kişisel mallar TMK m.220'de sınırlı sayıda sayıldığından ve eşlerin edinilmiş ve kişisel malları dışında başka bir malvarlığı grubu bulunmadığından, TMK m.220'de sayılan kişisel mallar dışında kalan bütün malvarlığı değerleri edinilmiş mal kabul edilecektir. Burada mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal sayılan malvarlığı değerlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. O halde edinilmiş mallar, kanunda sayılan kişisel mallar ile mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak kabul edilmiş malvarlığı değerleri dışındaki bütün malvarlığı değerleri olarak tanımlanabilmektedir.⁹

TMK m.219'da öncelikle edinilmiş malların tanımı yapılarak unsurları belirlenmiş, ikinci fıkrada ise, edinilmiş mallardan bazıları örnek niteliğinde sayılmıştır. Buna göre; bir eşin çalışmasının, emeğinin karşılığı olarak elde ettiği tüm malvarlığı değerleri edinilmiş maldır (TMK m.219/f.2-b.1). Buna göre, eşin çalışması karşılığı elde ettiği gelir her halde edinilmiş maldır. Bu anlamda eşin hizmet sözleşmesine bağlı olarak veya kamu hukuku kuralları çerçevesinde ya da bir işletme faaliyeti kapsamında çalışmasının bir önemi yoktur.¹⁰

Sosyal Güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler de edinilmiş maldır (TMK m.219/f.2-b.2). Bu anlamda, Sosyal Güvenlik Kurumu Yardımlaşma ve Dayanışma sandıkları tarafından yapılan ödemeler edinilmiş mal sayılacaktır.¹¹ Bu tür ödemeler, hak sahibinin emek ve çalışmasının karşılığı olarak, çalışma süresine göre hesaplanır.¹² Söz konusu ödemeler, çalışma gücünün kaybı veya azalması nedeniyle meydana gelen kaybı telafi amacıyla öngörüldüğünden, kanun koyucu tarafından çalışma karşılığı edinimlerle bir tutulmuş ve edinilmiş mal kabul edilmiştir. Sosyal güvenlik ve sosyal yardım kuruluşlarının yaptığı ödemeler, yasada açıkça edinilmiş mal olarak düzenlendiğinden, ödemelerin hangi mal grubundan finanse edildiğinin bir önemi yoktur.¹³ Özel emeklilik sigortası kapsamında yapılan ödemeler, bu bent kapsamında edinilmiş mal olarak değerlendirilemez.¹⁴ Özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılan bu tür ödemeler, ikame ilkesi gereği, primlerin ağırlıklı olarak finanse

⁸ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.98.

⁹ Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007, s.135 ve dn.86.; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.492.

¹⁰ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.102; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.502.

¹¹ Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri*, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2007 s.39.

¹² Ahmet Kılıçoğlu, *Katkı-Katılma Alacağı*, Ankara 2011, s.104.

¹³ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.106-107; Saibe Oktay Özdemir, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*", İstanbul Barosu, SEM Cumartesi Forumları-1, 2007, İstanbul 2008, s.267.

¹⁴ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.108; Kılıçoğlu, 2011 (*Katkı-Katılma*), s.104.

edildiği mal grubuna bakılarak edinilmiş veya kişisel mal kabul edilebilir, diğer mal grubu lehine denkleştirme yapılır.¹⁵ Kanımızca da, özel emeklilik ve hayat sigortası kapsamında yapılan ödemelerin hangi mal grubuna ait olacağına belirlenmesinde, sigorta primlerinin kaynağına bakmak gerekmektedir. Buna göre, söz konusu primler edinilmiş mallardan ödenmiş ise, edinilmiş mal, kişisel mallardan ödenmişse kişisel mal olarak değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar da yasa gereği edinilmiş mal kabul edilmiştir (TMK m.219/f.2-b.3). Bu hüküm ikinci bentte getirilen düzenleme ile paralellik göstermektedir. Bu anlamda çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödendiğinden yasa koyucu tarafından edinilmiş mal kabul edilmiştir. Çalışma karşılığı gelirden mahrum kalmasına neden olacak, haksız fiil, hukuka aykırı olarak tutuklanma, haksız rekabet, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre eşin talep edebileceği ödemeler bu bent kapsamında edinilmiş mal olarak değerlendirilecektir.¹⁶ Hak sahibi eşe Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan toptan ödemenin ve işgücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatın, evliliğin devam ettiği süreye tekabül eden miktarı edinilmiş mal sayılacak, rejimin sona ermesi tarihinde hak sahibi eşin kalan yaşam süresine tekabül eden miktarı ise, kişisel olarak kabul edilecektir.¹⁷

Kişisel malların gelirleri, yasada edinilmiş mal olarak sayılmıştır (TMK m.219/f.2-b.4). Buna göre, kişisel malların doğal ve medeni semereleri edinilmiş mal kabul edilecektir. Eşler mal rejimi sözleşmesi ile kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırabilirler (TMK m.221/f.2).

Edinilmiş malların yerine geçen değerler de edinilmiş maldır (TMK m.219/f.2-b.5). Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin kural olarak malları üzerinde tasarruf serbestisi bulunmaktadır. Bu tasarruflar sonucu, bir edinilmiş malın elden çıkması ve yerine başka bir malvarlığı değerinin dahil olması müm-

¹⁵ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.108; Hanswerner Odendahl, "Türk Medeni Kanunu'nun Yeni "Mal Rejimi" Hükümleri Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s.484; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.506-507; Özüğür, 2007, s.40; Mehmet Beşir Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka- Barış Özbilen-Ebru Şensöz, İstanbul 2007, s.22.

¹⁶ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.114.

¹⁷ Kılıçoğlu, 2011 (*Katki-Katılma*), s.104; Özüğür, 2007, s.39; Ebru Ceylan, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt:2, İstanbul 2002, s.1030; Tahir Büyüktanır, "Türk Medeni Kanunu'nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi", Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, s.120; bu konudaki eleştiri ve tartışma için bkz. Acabey, 2007, (*Karineler*), s.35 vd.'da yer alan soru-cevap kısmı.

kündür. Eşlerin iradesi dışında gerçekleşen olaylar nedeniyle de edinilmiş mal malvarlığından çıkmış olabilir. Edinilmiş malların değerinin azalmasının önlenmesi amacıyla bu hüküm getirilmiştir.¹⁸ Bu kural taraf iradelerinden bağımsızdır.¹⁹ Örneğin, eşlerden birinin çalışmasının karşılığı olan ücretleri biriktirmesi ile satın aldığı ev, bu evin satılarak arsa alınması halinde arsa, arsanın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yükleniciye verilip karşılığında elde edilen taşınmazlar,²⁰ otomobil alınması halinde otomobil veya otomobilin kaza yapması sonucunda sigortadan aldığı tazminat,²¹ edinilmiş malların yerine geçen değer olarak edinilmiş mal sayılacaktır. Bu konu ile ilgili olarak, eşlerden birinin şans ve talih oyunları ile kazandığı değerlerin edinilmiş mal mı kişisel mal mı sayılacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre,²² ikame ilkesinden yola çıkarak, şans oyunlarının oynanmasında hangi mal grubu kullanılmışsa kazanılan ikramiye de o mal grubuna ait olacaktır. Bu görüşe göre, milli piyango, loto gibi oyunlarda oyun bedeli edinilmiş mallardan karşılanmışsa kazanılan değer edinilmiş mal, kişisel mallardan karşılanmışsa kazanılan değer kişisel mal sayılacaktır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise,²³ piyango gibi şans oyunlarından kazanılan ikramiye, eşin emek ve çalışmasının karşılığı olmayıp, kişinin özel, kişisel şansının ürünü olduğundan kişisel mal sayılmalıdır. Bu görüş kanımızca da edinilmiş mallara katılma rejiminin özüne daha uygun düşmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ise 11.04.1995 tarihli kararında, lotodan kazanılan ikramiyenin edinilmiş mal sayılacağına hükmetmiştir. Anılan kararın özetinde, edinilmiş mallardan bir loto kuponu satın alınmışsa elde edilen ikramiyenin, ZGB Art. 197 Abs. 2 Ziff. 5 anlamında edinilmiş malların yerine geçen bir değer teşkil edeceği belirtilmiştir²⁴.

B. Kişisel Mallar

Yasakoyucu "kişisel mal" kavramının tanımını yapmamıştır. TMK m.220 düzenlemesi ile eşlerin kişisel mallarının neler olduğu sınırlı sayıda sayılmıştır. Kişisel malların sınırlı sayıda sayıldığı bu madde hükmü emredici niteliktedir.

¹⁸ Sarı, 2007, s.165.

¹⁹ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2004, s.256.

²⁰ Kılıçoğlu, 2011 (*Katkı-Katılma*), s.106.

²¹ Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.207; Öztan, 2004, s.256.

²² Sarı, 2007, s.141-143; Öztan, 2004, s.257; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.205; Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.133 ve dn. 277; Özdemir, 2008, s.268.

²³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2002, s.45-46; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.100 vd., Ateş, 2007, s.80; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011, s.103-104.

²⁴ "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı", Çeviren: Fahri Erdem Kaşak, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S.1, s.265-268

Bu anlamda, eşler anlaşarak kişisel mallarını edinilmiş olarak belirleyemezler ancak, TMK m.221'de belirtilen edinilmiş malları mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal grubuna ekleyebilirler.²⁵

TMK m.220 hükmü ile yasa gereğince kişisel mallar sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre;

Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya kişisel maldır (TMK m.220/b.1). Bu anlamda kadın eşe ait makyaj malzemeleri, mücevherler²⁶ erkek eşe ait traş takımı, özel giyim eşyaları gibi kişisel kullanım eşyaları eşlerin kişisel mallarıdır.²⁷ Eşlerden birinin kişisel kullanımı gerekli görüldüğünden, diğer eşin veya ailenin diğer fertlerinin kullandığı eşya, bu anlamda kişisel mal sayılmayacaktır. Bir malın kişisel mal sayılmasında kullanım amacı önemlidir. Kişisel kullanım eşyasının edinilmiş mallardan karşılanması, onu edinilmiş mal yapmaz.²⁸ Bunun yanı sıra, eşlerden biri, kişisel kullanım eşyası için normal ailenin gelirini aşacak bir bedel ödemişse, rejimin tasfiyesinde edinilmiş mal grubu ile bir denkleştirme yapılması gerekir.²⁹

Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri kişisel maldır (TMK m.220/b.2). Bu anlamda, eşlerin yasal mal rejiminin başlangıcından önce sahip oldukları bütün malvarlıkları kişisel mallarıdır.³⁰ Yasaya veya ölüme bağlı tasarruflara dayanarak miras yoluyla intikal eden mallar, bağış, piyango, çekilişlerden kazanılan değerler, bedelsiz olarak kazanılan sahipsiz eşya, bulunmuş eşya, define, kazandırıcı zamaşaşımı ile iktisap edilen malların kişisel mal sayılacağı kabul edilmiştir.³¹ Karma bağışlama olması halinde ise, ivaz kişisel mallardan karşılanmışsa kazanılan mal kişisel maldır. İvaz edinilmiş mallardan karşılanmışsa ve ivazsız kısım ağırlıkta ise kazanılan mal yine kişisel maldır ancak, edinilmiş mallar lehine denk-

²⁵ Öztan, 2004, s.257; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.104-105.

²⁶ Yalnızca yatırım amaçlı alınan mücevher kişisel kullanıma özgülenmediğinden kişisel mal sayılmayacaktır. Edinildikleri tarih ve verilen karşılık nazara alınarak edinilmiş veya kişisel mal olarak değerlendirilecektir. Bkz. Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.125,-126; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.106; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.513; Özdemir, 2008, s.269.

²⁷ Öztan, 2004, s.257; Ateş, 2007, s.76; Özüğür, 2007, s.42; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.125.

²⁸ Sarı, 2007, s.172; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.125; Şenocak, 2009, s.384; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.208; Acabey, 2007 (*Karineler*), s.24.

²⁹ Öztan, 2004, s.258; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.106-107 Zeytin, 2008 (*Tasfiye*) s.125 vd.; Ceylan, 2002, s.1030; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.515; Acabey, 2007 (*Karineler*) s.24.

³⁰ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.46; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.107.

³¹ Sahipsiz eşyanın kazanılması, bulunmuş eşya, define ve kazandırıcı zamaşaşımı yoluyla iktisap edilen malların kişisel mal sayılması hususunda, Bkz. Öztan, 2004 s.259.

leştirme yapılır. İvaz edinilmiş mallardan karşılanmış ve ivazlı kısım ağırlıkta ise, bu kez de kazanılan mal edinilmiş mallar içinde yer alır, bu durumda da kişisel mallar lehine denkleştirme yoluna gidilir. İvazlı ve ivazsız kısımların eşit olması halinde ise, tercih ilkesi gereği, mal edinilmiş mal sayılacak ancak kişisel mallar lehine denkleştirme gündeme gelecektir.³²

Manevi tazminat alacağı da yasa gereği kişisel maldır (TMK m.220/b.3). Kişilik hakkının ihlali nedeniyle ödenen manevi tazminat, kişiliğe bağlı hak olması nedeniyle kişisel mal sayılmıştır.³³

Kişisel malların yerine geçen değerler ikame ilkesi gereği kişisel mal sayılmıştır (TMK m.220/b.4)

Ayrıca, TMK 228/f.2 uyarınca, sosyal güvenlik kurumlarının yaptığı toptan ödemeler ve işgücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatın irad şeklinde ödenmiş olması durumunda, rejimin sona ermesinden sonraki dönemde ödenecek iradların sermayeye çevrilmiş değerleri kişisel mal olarak kabul edilmektedir.³⁴

TMK m.221 hükmü uyarınca, eşler mal rejimi sözleşmesi ile, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler ve kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırabilirler. TMK 121/f.1'de yer alan hüküm, İsviçre Medeni Kanununda (İMK 199/1), "...bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetinin sürdürülebilmesi için tahsis edilmiş olan malvarlığı değerleri..." şeklinde düzenlenmiştir.³⁵ Bizim de katıldığımız görüşe göre,³⁶ söz konusu hükmün bizde de, bu şekilde anlaşılması gerekmektedir. Zira burada bir çeviri hatası olduğu kabul edilmelidir.³⁷ Aksi halde, "bir mesleğin yapılması ya da işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan", elde edilen kazanç ile alınan edinilmiş malların, bir nevi çalışma karşılığı kazançların, mal rejimi sözleşmesi ile

³² Ceylan, 2002, s.1030; Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.134; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.519; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.128-129; Sarı, 2007, s.140-141.

³³ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.114.

³⁴ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.47 vd.; Ceylan, 2002, s.1030; Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.133; Konu ile ilgili örnek hesaplama için bkz. Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.523-524.

³⁵ Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.135.

³⁶ Bkz. Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.114; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.133; Sarı, 2007, s.183; Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s. 49; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.209; Özüğür, 2007, s.44; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.525; Acabey, 2007 (*Karineler*), s.26

³⁷ Muzaffer Şeker, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İsviçre İle Karşılaştırılması", Uygulamalı Aile Hukuku Setifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz, İstanbul 2007, s.149.

kişisel mal olarak belirlenmesinin yolu açılmış olacaktır. Bu durum ise rejimin özüne ve amacına aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu hüküm ile amaçlanan, mesleki ve ticari faaliyetin devamı için gerekli olan edinilmiş malların, tasfiye dışı bırakılarak, zarar görmesini önlemek, eşin ekonomik güvencesini sağlamaktır.³⁸ Örneğin, avukatın büro malzemeleri, kitapları, doktorun muayenehanesinde bulunan aletler, fabrikada bulunan elektronik aletler bu anlamda kişisel mal olarak kararlaştırılabilir.³⁹

Eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak, TMK m.219/b.4 uyarınca edinilmiş mal sayılan kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırabilirler (TMK m.221/f.2.). Örneğin, eşlerden birine miras kalan evin kira geliri veya bağışlanan paranın getirisi olan faiz miktarının kişisel mal sayılacağını ve böylece tasfiyeye tabi olmayacağını kararlaştırabilirler.⁴⁰

II. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİ

A. Artık Değerin Hesaplanması ve Katılma Alacağı

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiesi ve bu tasfiye sonucu belirlenen katılma alacağının ödenmesi TMK 226 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiesinin amacı, eşlerin katılma alacaklarının belirlenmesidir. Katılma alacağının belirlenmesi için öncelikle artık değer hesaplanması gerekir. Artık değer tespiti için ise, eşlerin malvarlıklarının kişisel mal ve edinilmiş mal olarak gruplara ayrılması, yasa da gösterilen durumların varlığı halinde, edinilmiş mallara eklenmesi gereken değerlerin eklenmesi⁴¹, mal grupları arasında denkleştirme yapılması

³⁸ Şıpka, 2011, (*Uygulama Sorunları*), s.120; Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.50; Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.136; Ceylan, 2002 s.1031.

³⁹ Örnekler için bkz. Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.49; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.119.

⁴⁰ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.121.

⁴¹ İsviçre Federal Mahkemesi, edinilmiş mallara katılma rejiminde her bir eşin, edinilmiş mallarını dilediği gibi tasarruf yetkisinin bulunduğunu, bunun tek istisnasının İMK. 208. maddesinde (karşılığı TMK m.229) yer alan tasarruflar olabileceğini, eşlerin İMK. 170. madde kapsamında mali durumları hakkında bilgi vermemelerinin ise, boşanma açısından etkili olabileceğini belirtmiştir. "...Eğer davalı koca 30.000 Frankı nereye harcadığı konusunda bilgi vermekten kaçınmış ise o zaman Kanton Mahkemesi'ne göre davacı iddiasını ispat etmiş sayılır. Yani bu paranın halen davalının elinde olduğu ya da Art. 208/I anlamında (son 5 yıl içinde) kullanıldığı sonucuna varılmıştır...Kanton Mahkemesi (Obergericht) demek ki meselenin aslı ile ilgili iki olasılık öngörmüştür. Ya mal varlığı değeri hala mevcuttur, ya da koca mal varlığı değerini kendi yararına kullanmıştır. Sonucu durumda Kanton Mahkemesi edinilmiş malların tasfiesinden dolayı tazminat alacağını şu şekilde neticelendirmektedir: Mal varlığı mevcut olmamasına rağmen malvarlığının değeri, ileri sürülen hesaplamada hesaba katılmak zorundadır. Kanton Mahkemesi her bir eşin kendi edinilmiş mallarını yasal sınırlar içerisinde serbestçe kullanabileceği ve serbestçe tasarruf edebileceğini kabul etmemiştir. Oysa, eşlerin

ve edinilmiş mallara ilişkin borçların çıkarılması gerekmektedir. Bu şekilde edinilmiş malların aktiflerinden pasiflerinin çıkarılması sonucu geriye kalan tutar artık değer olacaktır.⁴² Değer eksilmeleri ise göz önüne alınmayacaktır (TMK m.231/f.2). Buna göre, eşlerden birinin edinilmiş mallarının pasifleri aktiflerinden fazla ise, ortaya çıkan eksi değere diğer eşin katılımı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca, yapılan hesaplama sonucu edinilmiş malvarlığı grubu eksi değere ulaşan eşin, diğer eşten katılma alacağı miktarında da bir eksilme meydana gelmeyecektir.⁴³

Eşlerin edinilmiş ve kişisel malları, tasfiye öncesinde eşlerin malvarlıkları içinde gizli olarak bulunurlar.⁴⁴ Edinilmiş ve kişisel mal ayrımı mal rejiminin tasfiyesi aşamasında önem arz etmektedir. Zira, eşlerin edinilmiş malları tasfiyeye tabi tutulacak, kişisel mallar ise, tasfiye dışı bırakılacak ve artık değer hesabında dikkate alınmayacaktır⁴⁵. Edinilmiş mallar ve kişisel malların belirlenmesinde, mal rejiminin sona erme anı göz önüne alınırken (TMK m.228/f.1), edinilmiş malların değerinin tespitinde, tasfiye anı esas alınır (TMK m.235). Edinilmiş malların kural olarak sürüm değeri (piyasa değeri) göz önünde tutulur.⁴⁶ Bütünlük arz eden tarımsal işletmelerde ise gelir değeri esas alınmıştır (TMK m.233/f.1). Ancak tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılığı işletmenin sürüm değeri üzerinden hesaplama yapılmasını isteyebilir.⁴⁷ Ayrıca, özel durumlarda hakime hakkaniyet arttırımı yapabileme olanağı

hiçbiri edinilmiş mal oluşturmak yükümlülüğü altında değildir. Eşlerden her biri bu nedenle yükümlülüğünü zedelediği müddetçe, ailenin iaşesine yardım etmek adına biriktirmiş olduğu edinilmiş mal değerlerini tüketmeye ilke olarak hak sahibidir. Edinilmiş mallar evliliğe aykırı nedenlerle kullanılırsa, bu durum sadakat ve yardım yükümlülüğünü ihlal teşkil eder. Böylece bu durumun boşanma hukukuna dair etkileri olabilir. Kanton Mahkemesi'nin düşüncesine aykırı olarak kabul ettiğimiz durum şudur: Koca dava konusu meblağı sadece kendi özel ihtiyaçları için harcamış, edinilmiş mallara dair hiçbir tazminat talebi hasıl olmamışsa, bu durum harcanan meblağın mal tasfiyesinde hesaba katılmasına olanak verir." Bkz. Şükran Şıpka/ Pınar Özlem Demir, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Edinilmiş Malların Tasfiyesi"ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.255-262.

⁴² Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.198; Öztan, 2004, s.294-295; Acabey, 2007 (*Mal Grupları*), s.493; Tahir Büyüktanır, "*Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar*", Ankara Barosu Dergisi 2002/2, s.81; Şenocak, 2009, s.382.

⁴³ Şenocak, 2009, s.386.

⁴⁴ Şenocak, 2009, s.382.

⁴⁵ Kişisel mallardaki değer dalgalanmaları diğer eşi etkilemez. Bu husus İsviçre'deki edinilmiş mallara katılma rejimini, Almanya'daki kazanç ortaklığı rejiminden ayırmaktadır. Bkz. Heinz Hausheer, Çev. Bilge Öztan, "*Türk İsviçre Hukuk Topluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler*", TBB Dergisi, S.76, 2008, s.213.

⁴⁶ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.52; Öztan, 2004, s.297.

⁴⁷ Ceylan, 2002, s.1036.

tanınmıştır (TMK m.234). Bu değere ise doktrinde hakkaniyet değeri⁴⁸ veya özel hal değeri⁴⁹ denilmektedir.

Tasfiye sırasında mevcut edinilmiş mallar (TMK m.255/f.1), edinilmiş mallara eklenecek değerler (TMK m.229), kişisel mala giden edinilmiş malların karşılıkları (denkleştirme) (TMK m.230) ve değer artış payı alacağı (TMK m.227/1) edinilmiş malların aktifini oluşturur. Değer artış payı borcu (TMK m.227/1), edinilmiş mala giden kişisel malların karşılıkları (denkleştirme) (TMK m.230) ve diğer borçlar (TMK m.231) ise edinilmiş malların pasifini oluşturmaktadır.⁵⁰

TMK m.229 hükmü, artık değer hesabında eklenecek değerleri düzenlemiştir. Buna göre, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde,⁵¹ diğer eşin rızası olmaksızın, olağan bağışlar dışında yaptığı, karşılıksız kazandırmalar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir (TMK m.219/f.2-b.1). Diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler de eklenecek değerler içinde yer alır (TMK m.219/f.2-b.2). Bu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin iyiniyetle hareket etmeleri ilkesinin bir yansımasıdır. Maddenin birinci bendinde, süre koşuluna bağlı olarak yapılan temlikler, tasfiyede edinilmiş mallara eklenecek değerler olarak öngörülmüş, ayrıca, katılma alacağını azaltma kastı aranmamıştır. Maddenin ikinci bendinde ise devirler için belli bir süre kısıtlaması getirilmemiş ancak, alacak kaçırma kastının varlığı şart koşulmuştur. Söz konusu madde ile ilgili dikkat edilmesi gereken husus, yapılan temlik ve devirlerin iptal ve geçersizliğinden söz edilmemesidir. O halde bu temlik ve devirler geçerliliğini koruyacak, tasfiyede bu devirler yapılmamış gibi edinilmiş malların hesabında dikkate alınacaktır.⁵² Ancak eşlerin bu maddeden yararlanmak yerine, genel hükümlere göre muvazaanın varlığını ispat etmek suretiyle, işlemin geçersizliğini ileri sürmeleri de mümkündür.⁵³ Edinilmiş mallara eklenmesi gereken bu kazandırmalar, malın devredildiği tarihteki değerine göre hesaba katılacaklardır.⁵⁴

⁴⁸ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.53.

⁴⁹ Akıntürk/Karaman, 2015, s.167.

⁵⁰ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.216 vd.

⁵¹ İMK.m.208 hükmünde ise yasamızdan farklı olarak mal rejiminin sona ermesinden önceki beş yıl içinde yapılan karşılıksız kazandırmaların edinilmiş mallara ekleneceği öngörülmüştür. Bu hükümde İsviçre Kanun koyucusunun, mirasta tenkis hesabına esas terekenin hesaplanmasında, bazı değerlerin terekeye ekleneceğini öngören hükümlerin örnek alındığı belirtilmiştir. Bkz. Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.143 ve dn. 298'de yer alan yazarlar.

⁵² Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.54-55.

⁵³ Şükran Şıpka, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*", İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-1 2007, İstanbul 2008, s.277.

⁵⁴ Acabey, 2009 (*Yasal Mal Rejimi*), s.144; Ceylan, 2002, s.1036.

Artık değer hesabında dikkate alınması gereken diğer bir hüküm, mal grupları arasında denkleştirmeyi düzenleyen TMK m.230 hükmüdür. Bu madde bir eşin edinilmiş malları ile kişisel malları arasındaki değer kaymalarını önleyen adil bir hükümdür. Bir eşin kişisel malına ilişkin borcu, edinilmiş mallarından ya da bunun tersi olarak, edinilmiş malına ilişkin borcu kişisel mallarından karşılanmış olabilir.⁵⁵ Bu durumlarda edinilmiş mal lehine ya da kişisel mal lehine denkleştirme istenebilecektir.

TMK m.236 hükmüne göre, eşler arasında aksine anlaşma yoksa, eşler artık değerın yarısı oranında katılma alacağına sahip olur. Ayrıca, evlilik birliği zina, hayata kast nedeniyle sona erdirilmiş ise, hakim, boşanmada kusurlu eşin, pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.⁵⁶ Eşler, ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarını etkilememek şartıyla⁵⁷ mal rejimi sözleşmesi⁵⁸ ile eşit paylaşım

⁵⁵ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.55.

⁵⁶ TMK m. 236/2 hükmü Kaynak İMK'da bulunmamaktadır. TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejiminin kabul edilmesinin koşulu olarak yasaya konulmuştur. Zina veya hayata kast eylemleri ile ilgili gerekli yaptırımlar TMK'da bulunmaktadır. Bunların yanında kusurlu eşin evlilik boyunca emeğinin yok sayılması isabetli görülmemektedir. Ayrıca katılma alacağıının kusura dayalı bir alacak hakkı olmadığı belirtilerek, söz konusu düzenleme öğretilde eleştirilmekte, Kaynak İMK'da bulunmayan TMK m.236/2 hükmünün kaldırılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Acabey, Şeker, Gençcan, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Konusunda Eleştiri ve Önerilerle İlgili Genel Tartışma*", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz, İstanbul 2007, s.159-160; Kılıçoğlu, 2011 (*Katkı Katılma*), s.123.

⁵⁷ Ölen eşin malvarlığının tamamının ya da büyük bir kısmının edinilmiş mallardan oluştuğu hallerde artık değerın tümünün diğer eşe bırakılması şeklinde mal rejimi sözleşmesi yapıldığında, mirasçılardan ölen eşin malvarlığından tamamen yoksun bırakılması ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle saklı paylı mirasçılardan, mal rejimi sözleşmeleri karşısında korunması önemlidir. Yasa, mal rejimi sözleşmesine karşı eşlerin ortak olmayan çocuklarını ve onların altsoylarının saklı paylarını korumaktadır. Zira, buradaki düşünce, eşlerin ortak çocuklarının diğer eşin ölümü ile artık değer üzerinde miras haklarının gündeme gelecek olmasıdır. Ancak sağ kalan eşin yeniden evlenmesi ve sonrasında ölmesi halinde, önceki evliliğinden doğan katılma alacağıında ikinci eşinin miras hakkı olacaktır. Bu durumda da ilk evlilikten ortak çocukların miras haklarının azalması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle İsviçre Hukuku uygulamasında sıklıkla, mal rejimi sözleşmelerine yeniden evlenmeme şartı konulduğu görülmektedir. Bu tür anlaşmaların kişilik haklarına aykırı olup olmadığı ise öğretilde tartışmalıdır. Geniş olarak bkz. Şenocak, 2009, s.390 vd; ortak olmayan çocukların saklı paylarının korunmasına ilişkin örnek için bkz. Faruk Acar, "*Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı*", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz, İstanbul 2007, s.68.

⁵⁸ Artık değere katılma oranı ile ilgili anlaşmaların miras sözleşmesi ile yapılması halinde, miras sözleşmesi, mal rejimi sözleşmesinin şekil şartlarını taşıdığından, bu anlaşmanın tahvil suretiyle geçerli kılınması mümkün olacaktır. Şenocak, 2009, s.389.

yerine farklı bir oran belirleyebilirler.⁵⁹ Buna göre; katılma alacağı=Artık değer/2 (veya sözleşme ile kararlaştırılan oran).⁶⁰ Tasfiye talebi üzerine eşlerin artık değer alacakları ayrı ayrı hesaplanır ve TMK m.236 hükmü uyarınca yasa gereği kendiliğinden takas edilir.⁶¹ Bu takas sonucu, sadece eşlerden birisi lehine katılma alacağı doğar^{62,63}.

Kanuna göre, artık değere katılma alacağı olarak tabir edilen bu alacak, öğreti ve uygulamada katılma alacağı şeklinde ifade edilmekte olup, TMK'nın 231 vd. maddelerinde hükme bağlanmıştır. Katılma alacağında, eşlerden birinin değerinin malvarlığına katkıda bulunup bulunmadığı koşulu aranmamaktadır. Katılma alacağı katkı oranına bakılmaksızın, tasfiye sonucu ortaya çıkan artık değer kural olarak yarısıdır. Bu nedenle, alacaklı eşin, evlilik ilişkisini ve edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığını ispat etmesi yeterlidir.⁶⁴

B. Değer Artış Payı Alacağı ve Hesaplanması

Eşlerden birinin, diğerinin bir malının edinilmesi, iyileştirilmesi, korunmasına, hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuş olması halinde TMK m.227'de düzenlenen değer artış payı alacağı söz konusu olacaktır. Buna göre, katkıda bulunan eş, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olacak ve değer artış payı alacağı katkı yapılan malın tasfiye anındaki değerine göre hesaplanacaktır.

⁵⁹ Ceylan, 2002, s.1035; Artık değere katılma ile ilgili anlaşmaların hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Geniş olarak bkz. Şenocak, 2009, s.396 vd.

⁶⁰ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.59.

⁶¹ Kılıçoğlu, 2002 (*Edinilmiş Mallar*), s.65; Akıntürk/Karaman, 2015, s.175; Öztan, 2004, s.301; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.236-237.

⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.230.

⁶³ Mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi durumunda, ölen eşin terekesinin belirlenebilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiyesi yapılmalı ve ölen eşin katılma alacağı ya da borcunun miktarı bulunmalıdır. Mal rejiminin tasfiyesi sonucu, ölen eşin katılma alacaklısı olduğu anlaşılırsa, bu alacak terekenin aktifinde; sağ kalan eşin katılma alacaklısı olduğu anlaşılırsa, ölen eşin bu borcu terekenin pasifinde yer alır. O halde çifte tasfiye yapılması gereklidir. Geniş bilgi için Bkz. Şenocak, 2009, s.387; Acar, 2007 (*Miras Hakkı*), s.61 vd; ayrıca örnek için bkz. Şenocak, 2009 s.387-388; Olması gereken hukuk bakımından ölüm halinde mal rejiminin tasfiyesinin yapılmaması, bunun yerine sağ kalan eşin miras payının artırılması gerektiği görüşünde bkz. Şıpka, 2008 (*Forum*), s.271; Alman yasal mal rejimi olan kazanç ortaklığı (Zugewinnngemeinschaft) rejiminde, eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eşin miras payına mirasın dörtte biri eklenmektedir. Bkz. Hanswerner Odendahl, "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Alman Yasal Mal Rejimi ile Karşılaştırılması ve Alman Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi*", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz, İstanbul 2007, s.115.

⁶⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, "*Eşlerin Birbirinden Alacakları*", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.404.

Değer artış payı kavramının, esasen tam karşılığını ifade eden durum, diğer eşe ait malın edinilmesine, iyileştirilmesine, korunmasına katkıda bulunulduğunda, bu malın değerinin, katkının yapıldığı tarihe nazaran tasfiye anında artmış olması halidir.⁶⁵

Evlilik birliği, çoğunlukla, uzun yıllar devam eden bir birlikteliktir. Eşler, evliliğin bitebileceğini düşünmeksizin, uzun yıllar boyunca birbirlerine katkıda bulunmaktadırlar. Bu nedenle, bir eşin değerinin malına yaptığı katkı nedeniyle isteyebileceği değer artış payı, çoğu zaman, katkının yapıldığı tarihten uzun bir süre sonra gündeme gelmektedir. Bu süre zarfında, katkı yapılan malda, enflasyon, gayrimenkul piyasası, konjonktürel dalgalanmalar gibi nedenlerle, tasfiye tarihine kadar değer artışı söz konusu olabilmektedir.⁶⁶ İşte bu madde hükmü ile, bir eşin edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı yaptığı malvarlığı değerindeki artıştan, sadece mal sahibi diğer eşin yararlanmasının yaratacağı adalete aykırı duruma engel olmak ve katkıda bulunan eşin katkısının bu değer artışı içindeki karşılığını alabilmesini sağlamak amaçlanmıştır.⁶⁷

Bu anlamda olmak üzere, değer artış payı alacağı, eşlerin malvarlıkları arasındaki değer kaymalarının ve karşılıksız değer artışlarının mal rejimi kuralları çerçevesinde iadesi amacını taşımaktadır.⁶⁸

Bir malvarlığı unsurundaki değer artışı konjektürel ve endüstriyel olabilmektedir. Konjonktürel değer artışı, eşlere ait belirli bir malvarlığı unsurunda, eşlerin ve üçüncü kişilerin kişisel edimine dayalı değer artırıcı faaliyetlerinden kaynaklanmayan, kişilerin özel bir çabasını gerektirmeyen, daha çok piyasadaki arz talep değişikliklerinden kaynaklanan değer artışıdır. Endüstriyel değer artışı ise, eşin ya da üçüncü bir kişinin olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışması sonunda gerçekleşen değer artışıdır.⁶⁹ Öğretide hakim görüş, konjonktürel değer artışının, TMK m.227 hükmüne göre değer artış payı alacağına neden olacağını, endüstriyel değer artışının ise, TMK m.227/f.1 kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır.⁷⁰ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, üçüncü kişinin olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışmasının sonucu ortaya çıkan değer artışının, değer artış payı alacağıının hesaplanmasında dikkate alınması

⁶⁵ Sarı, 2007, s.276.

⁶⁶ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.202.

⁶⁷ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.202; Sarı, 2007, s.276; Öztan, 2004, s.269; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara 2007, s.134.

⁶⁸ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.182.

⁶⁹ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.145; Gençcan, 2010, s.778.

⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.220; Gençcan, 2010, s.778; Öztan, 2004, s.271; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.136.

gereklidir.⁷¹ Eşin kendi kişisel faaliyetine dayalı endüstriyel değer artışlarının TMK m.227/f.1 kapsamında yer almayacağı kanımızca da uygundur. Ancak, diğer eşin dışında üçüncü bir kişinin olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışmasının sonucu ortaya çıkan değer artışından katkıda bulunan eşin yararlanamaması, kendisi dışında ortaya çıkan bu artıştan yalnızca katkıda bulunulan mal sahibinin yararlanması haksızlık olacaktır. Zira üçüncü bir kişinin çalışmasının karşılığı olan kazanç, edinilmiş mal da sayılmayacaktır. Ancak öğretilerde ve uygulamada kabul edilen hakim görüşe göre, TMK m.227 anlamında değer artış payı alacağındaki değer artışı yalnızca konjonktürel değer artışıdır. Değer artış payı alacağında, katkıda bulunan eş, katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak, katkıda bulunulan malın tasfiye anındaki değeri esas alınarak belirlenmektedir.⁷²

Katkı yapılan malın değer kazanması halinde, değer artış payı alacağı şu şekilde hesaplanabilir:

Öncelikle katkının yapıldığı andaki katkı miktarı belirlenmelidir. Bunun için katkı yaptığı iddiasında olan eş, bu katkısını, miktarını ve karşılıksız olduğunu ispat etmelidir. Yapılan katkının değeri, katkı yapıldığı andaki sürüm değerine göre tespit edilmelidir. Bu anlamda, katkı para olarak yapılmışsa, hesaplamada katkı miktarı belirlenirken, paranın katkı anındaki nominal değeri esas alınacaktır. Katkının çalışma ile yapılması söz konusu ise, bu kez de çalışmanın katkı yapıldığı andaki değeri esas alınacaktır. Bu durumda, yapılan katkı değeri olarak, katkının yapıldığı anda, benzer bir çalışma için meslek veya iş sahibine ödenmesi gereken değer hesaplamada dikkate alınacaktır.⁷³

Katkı miktarı belirlendikten sonra, katkı yapılan malın başlangıç değeri belirlenmelidir. Başlangıç değeri, katkı oranının tespiti için yapılan katkı miktarının oranlandığı, malın başlangıçtaki değeridir. Bu anlamda başlangıç değeri katkı oranının belirlenmesinde son derece önem arz etmektedir. Başlangıç değerinin tespiti hususunun, özellikle malın edinilmesine yapılan katkı söz konusu olduğunda, öğretilerde farklılıklar gösterdiği görülmüştür. Öğretilerde bir görüşe göre, eğer katkı o malın edinilmesine yapıldıysa, başlangıç değeri, malın edinilmesi için ödenen paradan ibarettir. Bu durumda, başlangıç değeri, o malın piyasadaki sürüm değerinden fazla olabilir. Örneğin katkı yapılan mal, murisin terekesinden eşin miras payına mahsuben edinilmiş ise, başlangıç değeri mahsup edilen değer kadar olacaktır. Katkının malın edinilmesinden sonra yapılma-

⁷¹ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.145; Zafer Zeytin, "Değer Artış Payı, Eklenecak Değerler ve Denk-leştirme Alacağı", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka, Barış Özbilen, Ebru Şensöz, İstanbul 2007, s.45.

⁷² Gençcan, 2010, s.809; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.145; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.134.

⁷³ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.148; Zeytin, 2007 (*Değer Artış Payı*), s.47.

sı durumunda ise, başlangıç değeri, katkı anındaki malın sürüm değeridir. Örneğin, eşin kredi kullanarak satın aldığı aracının kalan son kredi taksidinin ödenmesine diğer eş katkıda bulunmuşsa, katkı anındaki otomobilin sürüm değeri malın başlangıç değeridir. Ayrıca TMK m.233 kıyasen uygulandığında, katkının yapıldığı andaki gelir değerinin dikkate alınması da mümkündür.⁷⁴ Diğer bir görüşe göre ise, malın edinilmesine katkı, iktisap edildiği anda yapılıyorsa, başlangıç değeri malın satın alma değeri ile yapılan katkı tutarının toplamı kadardır.⁷⁵ Ancak katkı, başlangıçta malın edinilmesine değil de özellikle iyileştirilmesine (tadilat, tamirat, onarım masrafları gibi) yapılıyorsa, herhalde malın katkı tarihindeki değerine, yapılan katkıların eklenmesi suretiyle başlangıç değeri bulunmaktadır.⁷⁶ Yine malın iktisabından sonra yapılan katkılar yönünden, başlangıç değeri, malın katkı tarihindeki sürüm değeri ile katkı miktarının toplamıdır.⁷⁷

Katkı yapılan malın, tasfiye anında değerinin azalmış olması durumunda ise, katkıda bulunan eşin, başlangıçta yapmış olduğu katkı kadar alacak hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, katkıya dayanan değer artış payı alacağı, malın değerindeki azalmadan etkilenmeyecektir.⁷⁸ Kanun koyucu burada, katkıda bulunan eşi değer kaybına karşı korumuştur. Katkı para olarak yapılmışsa, değer artış payı alacağı aynı tutarda paradan oluşacak; ayın olarak yapılmışsa, bunun katkının yapıldığı tarihteki sürüm değeri alacağın miktarını belirleyecektir.⁷⁹ Diğer bir ifade ile, değer kaybı durumunda, yapmış olduğu katkı, eşe iade edilecektir.⁸⁰ O halde, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden birinin diğerine ait malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, yapılan katkıya ilişkin olarak en az katkı kadar bir alacak garanti edilmiş durumdadır.⁸¹ Öğretide bu durum, "nominal değer garantisi"⁸² ve "verdiğini geri alma garantisi"⁸³ olarak adlandırılmaktadır.

⁷⁴ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.148; Zeytin, 2007 (*Değer Artış Payı*), s.46.

⁷⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.221.

⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.221; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.203; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.150.

⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s.221.

⁷⁸ Bir eşin kişisel malları ile edinilmiş malları arasındaki denkleştirmede ise, değer artış payından farklı olarak, değer artması da olsa, değer azalması da olsa, denkleştirme, katkı oranında tasfiye zamanındaki değere göre yapılacaktır. (Bkz. Sarı, 2007, s.275, d.n.25)

⁷⁹ Sarı, 2007, s.276.

⁸⁰ Öztan, 2004, s.272.

⁸¹ Gençcan, 2010, s.876.

⁸² Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.142; Zafer Zeytin, "Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, C.10. S.36, 2011, s.300; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.143

⁸³ Gençcan, 2010, s.876.

Katkı yapılan malın daha önce elden çıkarılması halinde ise, TMK m.227/2 hükmüne göre hakim, takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete göre bir değer belirleyecektir.

III. DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞININ ARTIK DEĞER HESABINA ETKİSİ

Değer artış payı alacağı katılma alacağından bağımsız bir alacak hakkı olmakla, katkıda bulunulan borçlu eşe karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak değer artış payı alacağı mal rejiminin sona ermesi ile tasfiyede gündeme geldiğinden, tasfiye aşamasında artık değer hesabına etki edip etmeyeceği, etki edecek ise bunun ne şekilde yapılacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde önemli bir yer teşkil etmektedir.

Katkının, eşin edinilmiş mal ya da kişisel mal grubundan yapılması veya diğer eşin edinilmiş mal ya da kişisel mal grubuna yapılması değer artış payı alacağı bakımından önem taşımamaktadır.⁸⁴ Burada önemli olan diğer eşin bir malvarlığı unsuruna, eşin emek ya da malvarlığı değeri ile katkıda bulunmasıdır.⁸⁵ Bu anlamda olmak üzere, katkının ve katkıda bulunulan malın edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımı açısından değişik özellikler göstermesi mümkündür. Diğer bir anlatımla, katkı eşin edinilmiş veya kişisel malından yapılabileceği gibi, katkıda bulunulan malvarlığı unsuru da, diğer eşin edinilmiş veya kişisel mallarından olabilir.

Eşlerden birinin diğerinin artık değerinin kural olarak yarısı üzerinde katılma alacağı hakkı bulunmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin kişisel malları üzerinde diğer eşin hakkı bulunmadığından, artık değer hesabında kişisel mallar dikkate alınmamakta, edinilmiş mallar üzerinden bir hesaplama gidilmektedir. Artık değer ise, edinilmiş malların aktiflerinden, pasiflerinin çıkarılması sonucu ortaya çıkan bir değerdir. Bu nedenle, artık değer hesabında, eşlerin her bir malvarlığı değeri edinilmiş ve kişisel malvarlığı grubuna özgülenmektedir. Değer artış payı alacağı da bir malvarlığı değeri olmakla, artık değer, dolayısıyla katılma alacağının hesaplanması yönünden kişisel mal ya da edinilmiş mal olarak ayrıma tabi tutulmaktadır.⁸⁶ Bunun yanında, değer artış payı alacağı, evlilik birliği içinde doğan ve rejimin sona ermesi ile tasfiye aş-

⁸⁴ Sarı, 2007, s.267; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.143; Kılıçoğlu, 2011 (*Katkı-Katılma*), s.13; Özüğür, 2007 s.56; Zeytin, 2007 (*Değer Artış Payı*), s.44; Zeytin, 2011 (*Katkı Alacağı İlişkisi*), s.306; Ateş, 2007, s.103; Akıntürk/Karaman, 2015, s.171; Kılıçoğlu, 2003 (*Yenilikler*), s.215.

⁸⁵ Sarı, 2007, s.269; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.195; Kılıçoğlu, 2011 (*Katkı-Katılma*), s.16; Gençcan, 2010, s.745; Özüğür, 2007, s.56; Öztan, 2004, s.269-270; Kılıçoğlu, 2009 (*Eşlerin Alacakları*), s.402; Zeytin, 2011 (*Katkı Alacağı İlişkisi*), s.306.

⁸⁶ Sarı, 2007, s.280

masında talep edilebilen bir alacak hakkı olduğundan eşlerin artık değer hesabında dikkate alınacaktır.⁸⁷

Değer artış payı alacağıının, artık değer hesabına etkisi bakımından, edinilmiş mal ya da kişisel mal grubu ile ilişkisine göre, farklı ihtimaller söz konusu olmaktadır.⁸⁸ Buna göre:

1. Bir eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına katkı yapılmış olabilir.
2. Bir eşin kişisel mallarından diğer eşin edinilmiş mallarına katkı yapılmış olabilir.
3. Bir eşin edinilmiş mallarından diğer eşin kişisel mallarına katkı yapılmış olabilir.
4. Bir eşin edinilmiş mallarından diğer eşin edinilmiş mallarına katkı yapılmış olabilir.

Bu katkılardan doğan değer artış payı alacağıının artık değer hesabında dikkate alınıp alınmayacağı, alınacaksa bunun ne şekilde yapılacağı her bir ihtimal yönünden ayrı ayrı değerlendirilecektir.

A. Katkıda Bulunan Eşin Malvarlığı Yönünden

Eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yaptığı katkı, eşin hangi mal grubundan karşılandıysa, değer artış payı alacağı da o mal grubuna özgülenecektir. Başka bir anlatımla, katkı, katkıda bulunan eşin hangi mal grubundan yapıldı ise, değer artış payı alacağı da tasfiyede o mal grubu lehine oluşacak ve o mal grubunun aktifinde yer alacaktır.⁸⁹ Bu anlamda, öğretide hakim görüşe göre, değer artış payı alacağıının artık değer hesabına etkisi bakımından, katkının finanse edildiği mal grubu belirleyici olacaktır. Kanımızca, katkıda bulunulan malda meydana gelen değer artışı, o malın geliri olarak edinilmiş mal sayılmamalıdır. Özellikle, konjonktürel değer artışının, değer artışına sebebiyet verdiği göz önüne alındığında, gelir ile değer artışının farklı durumlar olduğu anlaşılacaktır. Buna karşılık, katkının kaynağı-

⁸⁷ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.157.

⁸⁸ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.156; Sarı, 2007, s.280 vd; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.222; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.205 vd; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.137 vd; İsviçre'de değer artış payının kendiliğinden edinilmiş mal olmadığı, katkı yerine geçen değer olduğu kabul edilmektedir. Katkı kişisel maldan yapılmışsa, değer artış payı kişisel mala döner, katkı edinilmiş mala yapılmışsa, değer artış payı edinilmiş malları azaltır. (Bkz. Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.487 ve dn. 38 ve 39'da adı geçen eserler.)

⁸⁹ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.158; Sarı, 2007, s.280; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.137; Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.487.

na göre, değer artış payı alacağını o mal kesimine dahil etmek, edinilmiş mallara hakim olan ikame ilkesinin bir sonucudur.

Katkı eşin edinilmiş malından yapıldı ise, değer artış payı alacağı da o eşin edinilmiş mallarına; katkı eşin kişisel malından yapıldı ise, değer artış payı alacağı da o eşin kişisel mallarına özümlenecektir.⁹⁰

Bir eşin kişisel malından yapılan katkı söz konusu ise, değer artış payı alacağı, katkıda bulunan eşin kişisel mallarına özümlenecektir. Ancak kişisel mallar tasfiyede, artık değer hesabında, hesaba katılmadığından, eşin kişisel malından kaynaklanan değer artış payı alacağı da, katkıda bulunan eşin artık değer hesabında dikkate alınmayacaktır.⁹¹

Bir eşin edinilmiş malından yapılan katkı söz konusu ise, değer artış payı alacağı, katkıda bulunan eşin edinilmiş mallarına özümlenecektir. Buna göre, değer artış payı alacağı hesabının yapılmaması durumu saklı kalmak üzere, katkıda bulunan eşin değer artış payı alacağı, o eşin edinilmiş mallarına eklenerek, artık değer hesabında aktif tarafta yer alacaktır.⁹²

B. Katkıda Bulunulan Eşin Malvarlığı Yönünden

Katkıda bulunan eşin değer artış payı, katkıyı alan, diğer bir değişle malına katkı yapılan eş yönünden ise, borç olacaktır. Katkı, katkıda bulunulan eşin hangi mal grubuna ait malvarlığı unsuruna yapıldı ise, söz konusu borç da, o mal grubuna ait olacaktır. Bu anlamda, katkı, katkıda bulunulan eşin kişisel malına yapılmışsa, borç o eşin kişisel mal grubunun; katkı, katkıda bulunulan eşin edinilmiş malına yapılmışsa, borç o eşin edinilmiş mal grubunun borcu olacaktır.⁹³

Eşlerden biri diğerinin kişisel malına katkıda bulunmuşsa, katkıda bulunan eşin değer artış payı alacağı, katkıda bulunulan eşin kişisel mal grubuna ait borcu olacaktır. Ancak, kişisel mal grubu tasfiyede, artık değer hesabında dikkate alınmadığından, eşin kişisel malına yapılan katkıdan kaynaklanan söz konusu borç, katkı yapılan eşin artık değer hesabında dikkate alınmayacaktır.⁹⁴

Eşlerden biri, diğerinin edinilmiş malına katkıda bulunmuşsa, değer artış payı alacağı hesabının yapılmaması durumu saklı kalmak üzere, katkıda bulu-

⁹⁰ Gençcan, 2010, s.885; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.158; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.137.

⁹¹ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.158.

⁹² Şıpka, *Uygulama Sorunları*, s.207; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.158.

⁹³ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.159-160; Gençcan, 2010, s.886.

⁹⁴ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.160.

nan eşin değer artış payı alacağı, katkıda bulunulan eşin edinilmiş mal grubunun borcu olacak ve artık değer hesabının pasifinde yer alacaktır.⁹⁵

Bu şekilde katkı yapan eş ve katkıyı alan eş yönünden ayrı ayrı açıklamada bulunduktan sonra, bu iki durumu birleştirmek suretiyle, sözü edilen dört farklı ihtimal hususunda değerlendirme yapmak gerekmektedir. Buna göre;

Eşlerden biri kendi kişisel malından, diğer eşin kişisel malına katkıda bulunmuşsa, yukarıda açıkladığımız gibi, kişisel mallar artık değer hesabına katılmadığından, değer artış payı ne alacak olarak katkıda bulunan eşin artık değerinin aktifinde yer alır ne de borç olarak katkı yapılan eşin artık değerinin pasifinde yer alır. Bu halde hesaplanan değer artış payı alacağı, eşlerin her ikisinin de artık değeri dolayısıyla katılma alacağıın hesabında dikkate alınmayacaktır.⁹⁶ Ancak bağımsız bir değer artış payı alacağı olarak talep edilmesi mümkündür. Bu halde değer artış payı alacağı katkıda bulunan lehine eksiksiz bir etki göstermektedir.⁹⁷ Zira bu durumda, kişisel mal sayılan bu alacak üzerinde, katkı yapılan eşin katılma alacağı hakkı bulunmamaktadır.

Örnek 1

Ayşe'nin annesinden, onarım gerektiren 250.000 TL değerinde bir apartman dairesi miras kalmıştır. Dairenin onarımı için eşi Ali evlenmeden önceki birikimi olan 50.000 TL değerinde malzeme ve işçilik parası olarak katkıda bulunmuştur. Bu taşınmazın tasfiye anındaki değeri ise 450.000 TL'dir.

Hesaplama:

Katkı miktarı = 50.000 TL (Ali)

Yapılan katkı sonucu malın başlangıç değeri = 250.000+50.000 = 300.000 TL

Katkı oranı (Değer Artış Oranı) = 50.000/300.000 = 1/6

Değer Artış Payı Alacağı = 450.000 x 1/6 = 75.000 TL Ali'nin Ayşe'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır.

Ali'nin kişisel malından, Ayşe'nin kişisel malına yapılan bir katkı söz konusudur. Ali'nin 75.000 TL değer artış payı alacağı, mal rejiminin tasfiyesinde, artık değer hesabında dikkate alınmayacaktır. Ali bu alacağını, bağımsız bir değer artış payı alacağı olarak Ayşe'den talep edecektir.

⁹⁵ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.160; Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.206.

⁹⁶ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.205; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.222; Sarı, 2007, s.280; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.157; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.137, 138.

⁹⁷ Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.487.

İkinci ihtimal olarak, eşlerden birinin kişisel malı ile diğer eşin edinilmiş malına katkı yapması söz konusu olabilir. Bu halde yukarıda açıkladığımız üzere, katkı kişisel maldan kaynaklanmış ise, katkıda bulunan eşin artık değerinde dikkate alınmayacaktır. Ancak, diğer eşin edinilmiş malına katkı yapılması dolayısıyla, bu alacak hakkı, katkı yapılan eşin edinilmiş malının borcu olarak bu eşin artık değerinin pasifinde yer alacaktır.^{98, 99}

Örnek 2

Ali uzun zamandır hayalini kurduğu yazlık evi, evliliği boyunca maaşından yapmış olduğu birikimlerle 200.000TL'ye satın alır. Ayşe ise, kendisine miras kalan 40.000 TL para ile yazlığın alınmasında eşine katkıda bulunmuştur. Yazlığın tasfiye anındaki değeri 350.000 TL'dir.

⁹⁸ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.206; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.222; Sarı, 2007, s.281; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.138

⁹⁹ Y.8 HD. 19.03.2012, 2011/4168, 2012/1935 sayılı kararında özetle; "Dosya kapsamı ve dava dilekçesindeki açıklamalara göre; davacı vekilinin talebi dükkân üzerindeki değer artış payı ve katılma alacağı isteğine ilişkindir. Bu tür davalarda, eklenecek değerlerden (TMK m.229) ve denkleştirmeden (TMK m.230) elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere edinilmiş malın (TMK m.219) toplam değerinden mala ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan artık değer (TMK m.231) yarısı üzerinden (TMK m.236/1) tarafların kazanılmış hakları da dikkate alınarak katılma alacağının hesaplanması ve TMK'nın 227. maddesi hükümleri uyarınca; eşlerden biri, diğerine ait malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuş ise, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında değer artış payı alacağının belirlenmesi gerekir. Davacıya ait altınlar, TMK 220/2. bendi gereğince onun kişisel malı olup, bozdurulan altın parası ise, aynı maddenin 4.bendi uyarınca kişisel malların yerine geçen değer niteliğindedir. O halde dava; TMK'nın 227. maddesi uyarınca değer artış payından kaynaklanan alacak ve katılma alacağı isteğine ilişkin olup mahkemece, usulüne uygun olarak araştırma ve inceleme yapılmadığı gibi taraflar arasındaki uyumsuzluğa hatalı anlam yüklenerek farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Dava konusu taşınmaz 21.06.2006 tarihinde elden çıkarılmıştır. TMK'nın 227/2 "...Böyle bir malın daha önceden elden çıkarılmış olması halinde, hakim diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler" hükmünü içermektedir. Mahkemece, değer artış payı alacağının hesabı için öncelikle ziynet eşyalarının verildiği tarihteki değeri ile taşınmazın bu tarihteki sürüm (rayiç) değerinin ayrı ayrı saptanması, davacının katkı yaptığı tarihteki sürüm değeri ile katkıda bulunduğu miktarın (altın parası) toplamı gözetilerek davacı kadının yaptığı katkının sözü edilen toplam değer içindeki oranının bulunması, bu oranın tasfiye tarihindeki sürüm değeri ile çarpılarak çıkacak miktarın değer artış payı alacağı olarak karar altına alınması (TMK'nın 227). TMK'nın 232 ve 235/1. maddelerine göre taşınmazın tasfiye anındaki sürüm değeri, Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre tasfiye tarihi olarak eldeki davanın karar tarihine en yakın tarih olarak kabul edilmesi, değer artış payı hesaplanıp taşınmazın tasfiye anında belirlenecek değerinden düşürüldükten sonra kalan bakımından TMK'nın 231 ve 236/1. madde ve fıkrası uyarınca davacının katılma alacağının saptanması, dava dilekçesinde yemin deliline dayanılmış olduğundan davacı tarafa yemin teklif etme hakkının hatırlatılması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekirken yetersiz araştırma ve hatalı değerlendirmeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." (UYAP Portal ortamından alınmıştır.)

Ayşe'nin kişisel malından, Ali'nin edinilmiş malına katkı söz konusudur. Eşlerin başka malvarlıkları bulunmadığını varsayarsak, değer artış payı alacağı hesabı ve artık değere etkisi şu şekilde olacaktır:

Hesaplama:

Yazlığın katkı tarihindeki değeri = 200.000 TL (Ali'nin edinilmiş malı)

Katkı miktarı = 40.000 TL (Ayşe'nin kişisel malı)

Katkı oranı = 40.000/200.000=1/5

Yazlığın tasfiye tarihindeki değeri = 350.000TL (Ali'nin edinilmiş malı)

Değer artış payı alacağı = 350.000 x 1/5 = 70.000 TL Ayşe'nin Ali'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır.

Ayşe kişisel malvarlığı ile katkıda bulunduğundan değer artış payı alacağı, Ayşe'nin artık değer hesabında dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle, Ayşe'nin başka malvarlığı bulunmuyorsa, Ayşe'nin artık değer hesabı yapılmayacaktır. Ancak, Ali'nin yazlığı edinilmiş mal sayıldığından, Ayşe'nin değer artış payı alacağı, Ali'nin edinilmiş mal gurubuna ait bir borçtur ve artık değerinin pasifinde yer alacaktır. Buna göre;

Ali'nin artık değer hesabı=(Yazlığın tasfiye tarihindeki değeri)-(Ayşe'nin DAPA alacağı)=350.000-70.000=280.000

Ayşe'nin katılma alacağı (başka bir oran belirlenmemişse)=280.000/2=140.000

Bu durumda, mal rejiminin tasfiyesi sonunda, Ayşe, Ali'den, 70.000 TL değer artış payı alacağı ve 140.000 TL katılma alacağı, toplamda 210.000 TL alacak hakkı elde eder.

Diğer bir ihtimal ise, eşlerden birinin edinilmiş malından, diğerinin kişisel malına katkı yapılması halidir. Bu durumda da, katkı, katkıda bulunan eşin edinilmiş malından finanse edildiğinden, değer artış payı alacağı, edinilmiş mallara özgülenecek ve katkıda bulunan eşin artık değerinde aktif tarafta yer alacaktır. Diğer eş yönünden ise, kişisel mala ilişkin borç olarak tasfiye dışında tutulacaktır.¹⁰⁰

Örnek 3

Ayşe'nin annesinden, onarım gerektiren 250.000 TL değerinde bir apartman dairesi miras kalmıştır. Dairenin onarımı için eşi Ali maaşından yaptığı birikiminden 50.000 TL değerinde malzeme ve işçilik parası olarak katkıda bulunmuştur. Bu taşınmazın tasfiye anındaki değeri ise 450.000 TL'dir.

¹⁰⁰ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.207; Dural/Öğüz/Gümüş, 2015, s.222-223; Sarı, 2007, s.281; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.138.

Yukarıda çözümünü yaptığımız üzere, Ali'nin Ayşe'den 75.000 TL değer artış payı alacağı bulunmaktadır.¹⁰¹ Ali'nin edinilmiş malından, Ayşe'nin kişisel malına katkısı söz konusudur. Katkı, Ali'nin edinilmiş malından yapıldığına göre, değer artış payı alacağı da Ali'nin artık değerinin aktifinde yer alacaktır. Apartman dairesi Ayşe'nin kişisel malı olduğundan tasfiye dışında tutulacaktır. Buna göre eşlerin başka malvarlıkları bulunmuyorsa;

Ali'nin artık değer hesabı=Ali'nin DAPA alacağı

Ayşe'nin katılma alacağı=75.000/2=37.500 TL olacaktır.

Bu noktada, edinilmiş maldan kişisel mala katkı yapılması halinde değer artış payının hesaplanması ile ilgili olarak Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2011/6653, 2012/947 sayılı kararını incelemeyi uygun görmekteyiz. *"...Davacı vekilinin 1069 sayılı parsel ile bankada bulunan hesaplardaki paralara ilişkin teyiz itirazlarına gelince; davalı dosyadaki bilgi ve belgelere göre, 1069 parsel sayılı taşınmazı 08.02.2005 tarihinde yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinmiş bulunduğu kural olarak, katılma alacağına konu olabilmektedir. Ne var ki, davacı ev hanımı olup, herhangi bir geliri olmayan bir kişidir. Davalı 07.02.2005 tarihinde Merkez Bankasındaki hesabından 123000 TL (aslında TL mi yoksa döviz hesabından yabancı bir para mı çekildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden tam olarak anlaşılamamaktadır) çektiği ve 1069 sayılı parselin alımına harcadığı görülmektedir. Para 07.02.2005 tarihinde çekilmiş, bir gün sonra 08.02.2005 tarihinde 1069 parsel sayılı taşınmazı aldığına göre, çekilen bu paranın anılan taşınmazın alımına harcadığının ve hayatın olağan akışına uygun bulunduğu kabulü gerekmektedir. Çekilen bu paranın 01.01.2002 tarihinden taşınmazın satın alındığı 08.02.2005 tarihine kadar olan getirisi (faiz, nema vs. gibi) TMK'nın 219/4.bendi uyarınca edinilmiş mal sayılır. 01.01.2002 tarihinden sonra kişisel malların gelirleri üzerinde de, eş hiç çalışmamış olsa dahi TMK'nın 236. maddesi uyarınca yarı oranında katılma alacağı hakkı söz konusudur. Bu bakımdan 01.01.2002 tarihinden paranın bankadan çekildiği ve taşınmazın alımına harcadığı 08.02.2005 tarihine kadar olan süre içerisinde 1069 sayılı parselin alımına harcanan paranın miktarı (çekilen döviz cinsinden ise aynı tarihteki TL karşılığı) faiz cinsinden getirisinin (faiz vs. gibi) hesaplanması, hesaplanan bu miktarın yarısı üzerinde davacının hakkının olduğunun gözetilmesi ve yarı miktarına isabet eden faiz gelirinin edinilen taşınmaza harcadığı gözönünde tutularak taşınmazın alım tarihindeki değeri karşısında katkı oranının bulunması, bu oranın kişisel mala yapılan edinilmiş mal olduğunun kabulü ile taşınmazın karar tarihine en yakın tarihte tespit edilecek gerçek değeriyle (TMK m.235) çarpılması sonucu bulunacak mikta-*

¹⁰¹ Bkz. Örnek-1 hesaplama

rın değer artış payı alacağı olarak davacı yararına hüküm altına alınması gerekmektedir. (TMK m.227)...¹⁰²

Davalının davaya konu Merkez Bankası hesabındaki parasının, evlenmeden önce biriktirmiş olduğu, bu haliyle davalının kişisel malı olduğu karar özetinden anlaşılmaktadır. Faiz getirisi ise, kişisel malın geliri olarak TMK m. 219/f.4 uyarınca davalı eşin edinilmiş malıdır. Burada dikkat edilmesi gereken ve kararda göz ardı edilen husus, davalıya ait kişisel malın gelirin, yine davalıya ait edinilmiş mal olduğudur. Kararda "...yarı miktarına isabet eden faiz gelirin edinilen taşınmaza harcandığı göz önünde tutularak..."edinilmiş maldan kişisel mala katkı yapıldığının kabulü ile değer artış payı alacağı hesaplanması gerektiği belirtilmiş ise de, değer artış payı alacağından söz edilebilmesi için, eşlerden birinin diğerine ait bir malvarlığı değerine katkı yapmış olması gerekmektedir. Somut olayda ise, davalı eşin edinilmiş malından kişisel malına katkı söz konusu olup, eşin kendi mal grupları arasında bir değer kayması mevcuttur. O halde, değer artış payı alacağı değil, denkleştirme gündeme gelecektir. Somut olayda, 08.05.2005 tarihinde davalı eşin kişisel malı sayılan biriktirdiği paralarla satın aldığı 1069 sayılı parsel davalının kişisel malı olduğundan, davacının bu taşınmaz üzerinde katılma alacağı hakkı bulunmamaktadır. Ancak, 01.01.2002 tarihinden 08.02.2005 tarihine kadar olan faiz getirisi davalının edinilmiş malı olarak kişisel malının alımına harcandığından denkleştirme yapılacak ve davalının artık değer hesabının aktifinde yer alacaktır. Davalı eşin artık değerinin yarısı üzerinde ise, davacı eşin katılma alacağı hakkı bulunmaktadır. Ancak burada, kararda belirtildiği gibi davacı eşin değer artış payı alacağından söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Başka bir ihtimal ise, eşlerden birinin edinilmiş malından, diğer eşin edinilmiş malına katkı yapması durumudur. Bu halde, değer artış payı alacağı katkıda bulunan eşin edinilmiş mallarına eklenmesi gerektiğinden artık değerinin aktif tarafında; diğer eş yönünden ise borç olarak edinilmiş mallardan çıkarılması gerektiğinden artık değerinin pasif tarafında yer alacaktır. Sonuçta, tasfiyede eşlerden herbirinin artık değeri üzerinde diğer eşin kural olarak ½ oranında katılma alacağı bulunacağından değer artış payı alacağı'nın hesaplanmasının ve ifasının bir gereği kalmayacaktır. Zira değer artış payı alacağı hesabı yapılırsa dahi eşlerden her birinin katılma alacağı'nın miktarında bir değişiklik olmayacaktır. Ancak eşler mal rejimi sözleşmesi ile katılma oranını değiştirmişlerse, değer artış payı alacağı hesaplanmalı ve mal rejiminin tasfiyesinde yer almalıdır.¹⁰³

¹⁰² Y8 HD, 20.02.2012, 2011/6653, 2012/947 sayılı kararı (UYAP Portal ortamından alınmıştır)

¹⁰³ Şıpka, 2011 (*Uygulama Sorunları*), s.208; Sarı, 2007, s.281; Acar, 2007 (*Mal Rejimleri*), s.138; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.165; İsviçre uygulamasında da, edinilmiş maldan edinilmiş mala katkı yapılması durumunda, nihai sonucu etkilemediği takdirde önem verilmediği hususunda bkz. Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.487

Örnek 4

Ayşe 2003 yılında maaşından birikim yaparak 300.000 TL değerinde bir apartman dairesi satın almıştır. Ali bu dairenin alındığı sırada, tadilat tamirat masrafları için, maaşından biriktirdiği paradan 50.000 TL harcama yapmıştır. Eşler arasında bu katkıya ilişkin ve katılma alacağının oranına ilişkin özel bir anlaşma bulunmamaktadır. Eşler 2006 yılında boşanmışlardır. Tasfiye anında dairenin sürüm değeri 420.000 TL olmuştur.

Burada, Nurdan'ın edinilmiş malına, Mete'nin edinilmiş malından katkı yapılması söz konusudur.

Hesaplama:

Dairenin katkı tarihindeki değeri=300.000TL

Katkı miktarı=50.000TL

Başlangıç değeri=300.000 + 50.000=350.000TL

Katkı oranı=50.000/350.000=1/7

Değer artış payı alacağı=420.000 x 1/7=60.000TL Ali'nin Ayşe'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır.

Katkı Ali'nin edinilmiş malından yapıldığından, değer artış payı alacağı, artık değerinin aktifinde yer alacaktır. Buna göre Ali, değer artış payı alacağının yarısını Ayşe ile paylaşacaktır. Eşlerin başka malvarlıkları olmadığını varsaydığımızda;

Ali'nin artık değeri=60.000 TL

Ayşe'nin katılma alacağı=60.000/2=30.000TL

(Ali değer artış payı alacağının yarısını Ayşe ile paylaştığından, kendisine 30.000 TL değer artış payı alacağı kalacaktır.)

Katkı Ayşe'nin edinilmiş malına yapıldığından Ayşe'nin edinilmiş malının borcu olarak artık değerinin pasifinde yer alır.

Ayşe'nin artık değeri=420.000-60.000=360.000TL

Ali'nin katılma alacağı=360.000/2=180.000TL

Katılma alacakları karşılıklı takas edildiğinde (180.000-30.000=150.000TL), Ali'nin 150.000TL katılma alacağı olacaktır. Bu alacağa değer artış payı alacağı da eklendiğinde (150.000+60.000) sonuçta Ali'nin toplamda Ayşe'den 210.000TL alacağa sahip olacaktır.

Değer artış payı alacağı hesaplanmadan, doğrudan artık değer hesabıyla da aynı sonuca ulaşılmaktadır (420.000/2= 210.000 TL). Bu nedenle değer artış payı alacağının hesaplanmasından vazgeçilebilir.

C. Global Hesaplama ve Artık Değer Hesabına Etkisi

TMK m.227/f.1 maddesi, "Eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa..." şeklinde düzenlenmiştir. Eşlerden biri diğerine ait bir malına katkıda bulunmuşsa değer artış payı alacağıının hesaplanmasında bir sorun yaşanmazken, eşlerden biri diğerinin birden çok malına aynı zamanda veya farklı zamanlarda katkıda bulunmuşsa, hesaplamanın nasıl yapılacağı hususu önem arz etmektedir¹⁰⁴.

Eşlerden biri diğerine ait birden çok mala aynı zamanda veya farklı zamanlarda katkıda bulunmuşsa, değer artış payı her bir katkı için ayrı ayrı hesaplanacaktır.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Aydınlatıcı olması bakımından, farklı zamanlarda yapılan katkılara ilişkin İsviçre uygulamasında hesaplama yöntemine yer vermek gerekmiştir. "Hausheer, değer artışının hesaplanması ve mal grubuna bağlanmasına ilişkin olarak Basler Kommentar'da 350.000 İsviçre Frankı'na (SFR) bir yıllık ev satın alan adam örneği vermektedir. Bu paranın 300.000 SFR'lik kısmı kendi çalışma gelirlerinden (yani edinilmiş maldan) gelmiş, adamın eşi de annesinden miras kalan 50.000 SFR ile (yani kişisel malı ile) bu alıma katkıda bulunmuştur. Beş yıl sonra evin rayiç bedeli 420.000 SFR'e ulaşmış ve evin tamiri için kadın, kendi çalışma gelirlerinden (yani edinilmiş maldan) 30.000 SFR ödemiştir. Mal rejiminin tasfiyesi sırasında evin değeri 525 SFR'e yükselmiştir. Artık değer burada zamansal değişiklikten dolayı iki aşamada belirlenmektedir.

Tamirat öncesi değer (1. Aşama) itibarıyla kadının kişisel malı başlangıçtaki yatırıma 1/7 oranında katılmıştır. (300.000:50.000); yani evin değeri sonradan 420.000'e çıktığında kadının katılma payı 60.000 SFR olmakta, adamın da 360.000 SFR'lik bir hakkı bulunmaktadır.

Tamirat sonrasında (2. Aşama) ise, evin değeri 420.000+30.000=450.000 SFR olmuştur. Böylelikle kadının yatırım içindeki toplam payı, 1. Aşamadaki katılımdan gelen 60.000 SFR'lik hissesine ek olarak tamirat için sağladığı 30.000 SFR ile birlikte 1/5 oranındadır (360.000:90.000) ve 525.000 SFR'lik son değerde kadının payına düşen miktar da, toplam 105.000 SFR olacaktır.

Burada kadının her iki aşamada farklı mal gruplarından yaptığı "yatırımlar" (toplam 105.000 SFR), geldikleri mal grubuna göre aralarında bir oranlamaya tabi tutulmaktadır (60.000:30.000). Böylelikle kadın, kocasının edinilmiş mallarından, kişisel mallarıyla ilgili olarak 2/3 oranında yani 70.000 SFR, edinilmiş mallarıyla ilgili olarak da 1/3 oranında yani 35.000 SFR tutarında bir hakka sahip olmaktadır. Başkaca değer artış payları veya değer eksilmeleri mevcut değilse, edinilmiş maldan yapılan katkıdan doğan hakkın hesaba katılmasından vazgeçilebilir. Kadının 70.000 SFR tutarındaki kişisel mal hakkı, koca tarafında bir artı değer azalmasına yol açarak, edinilmiş malvarlığı değerini 455.000 SFR'e (525.000-70.000) düşürmektedir. Böylelikle kadın, 70.000 SFR tutarındaki kişisel mal alacağıının yanı sıra, tamamen edinilmiş mallarla karşılanmış kısımda da, hesaplama göre yarı oranında, yani 227.500 SFR tutarında bir hakka sahip olmakta, sonuçta toplam tutarın 297.500 SFR'lik kısmı kadına, 227.500 SFR'lik kısmı da kocaya düşmektedir" (Bkz. Odendahl, 2005 (Karşılaştırma), s.487-488'den naklen)

¹⁰⁵ Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s.349; Zeytin, 2008 (Tasfiye), s.147; Öztan, 2004, s.274; Zeytin, 2007 (Değer Artış Payı), s.48.

TMK m.227 hükmünün Kaynak Kanundaki karşılığı olan İMK.206 maddesinde, "eşlerden biri diğerine ait malların¹⁰⁶ edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa..." şeklindedir.¹⁰⁷ Görüldüğü üzere, İMK 206 maddesinde, TMK 227 maddesinden farklı olarak çoğul "mallar" ifadesine yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak İMK 206 maddesine göre, global hesaplama imkan tanınmıştır. Buna göre, bir malda ortaya çıkan değer azalması, diğer malda ortaya çıkan değer artışı ile telafi edilmektedir.¹⁰⁸ Global hesaplamada, "nominal değer garantisi" ya da diğer bir ifade ile "verdiğini alma garantisi" toplam katkı bedeli için geçerli olup, katkıda bulunulan her bir mal için geçerli değildir. Başka bir deyişle, birden fazla mala yapılan katkılarda, değer artışları ve değer kayıpları birbirinden mahsup edilecek, bu işlem sonunda kalan değer varsa o miktar, eğer negatif bir değer ortaya çıkmakta ise, nominal değer garantisi nazara alınarak, yapılan katkıların toplamı, eşin değer artış payı alacağını oluşturacaktır.¹⁰⁹ Global hesaplama yöntemi ile katkıda bulunan eşin karlı bir banker haline gelmesinin, katkıyı alan eşin ise zararın tümünü yüklenmesinin önüne geçilmektedir.¹¹⁰

Bizim de katıldığımız öğretideki hakim görüşe göre,¹¹¹ her ne kadar TMK m.227'de, "bir mal"dan söz edilmekte ise de,¹¹² Kaynak maddedeki düzenlemeye uygun olarak yorumlanmalı ve global hesaplama Türk Hukuku için de kabul edilmelidir. Aksi halde, değer artış ve azalışları birbirinden düşülmeden, değer artışının olduğu her bir mal için değer artışından katkıda bulunan eşe pay verilirken değer kaybının olduğu her bir mal için ise yapılan katkının nominal karşılığının katkıda bulunan eşe verilmesi, tüm değer kayıplarının katkıda bulunulan eşin üzerinde bırakılması sonucunu doğurur.¹¹³ Böyle bir durum ise kanımızca da, adalete ve hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir.

Eşlerden birinin diğerine ait birden fazla mala katkı yaptığı hallerde değer artış ve kayıpları bulunuyorsa, nominal değer garantisi gereği, her mal

¹⁰⁶ "İsviçre Parlamentosu'ndaki görüşmeler sırasında maddede yer alan "mal" (Vermögensgegenstand) ifadesi, "mallar" (Vermögensgegenstände) şeklinde değiştirilmiştir" (Bkz. Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.481'den naklen)

¹⁰⁷ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.154; Gençcan, 2010, s.878.

¹⁰⁸ Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.480.

¹⁰⁹ Gümüş, 2008, s.351; Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.154-155; Gençcan, 2010, s.878-879; Öztan, 2004, s.274.

¹¹⁰ Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.481.

¹¹¹ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.154; Gümüş, 2008, s.351; Gençcan, 2010, s.879-880; Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.481; Şeker, 2007, s.151.

¹¹² Bu durumun bir çeviri hatasından kaynaklandığı görüşünde bkz. Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.481; Şeker, 2007, s.151.

¹¹³ Odendahl, 2005 (*Karşılaştırma*), s.481.

grubu en azından katkının yapıldığı andaki değerini korur. Geri kalan değer artışı ise, hangi mal grubundan kaynaklanmış ise o mal grubuna özgülenecektir.¹¹⁴

Örnek 5

Ali, 100.000 TL'lik miras payına mahsuben, annesinin mirasından 120.000 TL değerinde bir ev almıştır. Ayşe evin alımı için kişisel mallarından 20.000 TL'lik katkıda bulunmuştur. Ali ayrıca, kendi edindiği mallardan 30.000 TL ödeme yaparak 40.000 TL değerinde otomobil satın almıştır. Eşi Ayşe, bu bedelin 10.000 TL'sini kendi edindiği mallardan ödemiştir. Tasfiye anında evin değeri 180.000 TL olmuş iken, otomobilin değeri 20.000 TL olmuştur.

Hesaplama:

Evin katkı tarihindeki değeri=120.000 TL (Ali'nin kişisel malı)

Katkı miktarı=20.000 TL (Ayşe'nin kişisel malı)

Katkı oranı=20.000/120.000=1/6

Evin tasfiye tarihindeki değeri=180.000TL (Ali'nin kişisel malı)

Değer artışı= 180.000-120.000=60.000TL

Ayşe'nin değer artış hissesi =60.000/1/6=10.000 TL

Değer artış payı alacağı=180.000 x 1/6=30.000 TL Ayşe'nin Ali'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır (ev için).

Otomobilin katkı tarihindeki değeri=40.000 TL (Ali'nin edinilmiş malı)

Katkı miktarı=10.000 TL (Ayşe'nin edinilmiş malı)

Katkı oranı=10.000/40.000=1/4

Otomobilin tasfiye tarihindeki değeri=20.000TL (Ali'nin edinilmiş malı)

Değer kaybı=40.000-20.000=20.000TL

Ayşe'nin değer azalış hissesi=20.000x1/4=5.000TL (-)

Değer artış payı alacağı=20.000 x 1/4=5.000 TL Ayşe'nin Ali'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır (otomobil için). (Birden fazla mala katkı yapıldığında, tasfiye anında değer kaybeden mal yönünden nominal değer garantisinden söz edilemez).

¹¹⁴ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.159; Öztan, 2004, s.276.

Ayşe'nin, Ali'nin birden fazla malına katkısı yönünden $10.000-5.000=5.000$ TL değerinde değer artışı olmuştur.¹¹⁵ Bu durumda değer artış payı alacağı ise toplam katkılara değer artışının eklenmesi ile bulunacaktır.¹¹⁶

$DAPA= 20.000+10.000+5.000=35.000$ TL Ayşe'nin Ali'den değer artış payı alacağıdır.

Görüldüğü üzere otomobilde değer kaybı söz konusudur. Ayşe, otomobile edinilmiş malından katkıda bulunmuştur. Ayşe'nin edinilmiş malında 5000 TL'lik değer azalışı olmasına rağmen, nominal değer garantisi nedeniyle, otomobile katkıdan doğan değer artış payı alacağı katkı miktarı kadardır (10.000TL). Evde ise değer artışı meydana gelmiştir. Ayşe ev için kişisel mallarından harcama yapmıştır. Bu nedenle Ayşe'nin kişisel mallarında 10.000 TL'lik değer artışı oluşmuştur. Ayşe'nin edinilmiş mallarındaki 5000 TL'lik değer azalış hissesi, kişisel mallarındaki 10.000 TL'lik değer artış hissesinden mahsup edilecektir. Kalan 5000 TL'lik değer artışı ise, değer artışının kaynaklandığı kişisel mallarına eklenecektir. Diğer bir ifade ile, toplam (30.000+5.000) 35.000 TL değer artış payı alacağının, değer kaybı bulunan otomobile 10.000 TL edinilmiş maldan yapılan katkı, nominal değer garantisi nedeniyle edinilmiş mal grubuna özgülenecek, geri kalan 25.000 TL ise, değer artışının kaynaklandığı kişisel mal grubuna özgülenecektir.

Eşlerden birinin kendi edinilmiş ve kişisel mallarından, diğer eşin edinilmiş ve kişisel mal grubuna ait mallarına katkı yapması halinde, katkı yapılan mallardan birinde değer artışı değerinde değer azalması bulunuyorsa, global hesaplamada artan değerden azalan değer çıkarılır. Bu durumda katkıda bulunulan eşin borcu, hem değer artışının hem değer azalmasının tamamından oluşur.¹¹⁷ Bu durumun eşlerin mal gruplarına özgülenmesini de bir örnekle açıklayalım.¹¹⁸

Örnek 6

Ali, 100.000 TL miras payı (kişisel mal) ve eşi Ayşe'nin maaşının birikiminden (edinilmiş mallarından) yaptığı 100.000 TL'lik katkısıyla 200.000 TL değerindeki bir arsayı (kişisel mal) terekeden alır. Ali, ayrıca 60.000 TL değerinde bir tablo satın alır. Tablonun 40.000 TL'lik kısmını Ali edinilmiş mallarından, 20.000 TL'lik kısmını Ayşe kişisel mallarından finanse eder. Tasfiyede

¹¹⁵ Değer artışı ve azalışlarının mahsubu sonucu negatif bir değer çıkarsa (örneğin değer azalış payı 10.000 TL, değer artış payı 5.000 TL olursa) değer artış payı alacağının hesaplanmasında, toplam katkı miktarına eklenecek olan miktar, nominal değer garantisi nedeniyle sıfır (0) alınmalıdır. (Bkz. Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.155)

¹¹⁶ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.155-156.

¹¹⁷ Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.161-162; Öztan, 2004, s.277-278.

¹¹⁸ Konuya ilişkin farklı örnek çözümleri ve hesaplamaları için bkz. Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.162.

arsanın değeri 400.000 TL, tablonun değeri ise 30.000 TL'dir. (Artık değer hesabı yönünden kolaylık sağlamak amacıyla eşlerin başka malvarlıkları olmadığını varsayacağız)

Hesaplama:

Başlangıç değeri=200.000 (Ali'nin kişisel malı)

Katkı miktarı=100.000 (Ayşe'nin edinilmiş malı)

Katkı oranı=1/2

Arsanın tasfiye tarihindeki değeri=400.000TL (Ali'nin kişisel malı)

Değer artışı=400.000-200.000=200.000TL

Ayşe'nin değer artış hissesi=200.000x1/2=100.000TL

Değer artış payı alacağı=400.000 x 1/2=200.000 TL Ayşe'nin Ali'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır (arsa için).

Başlangıç değeri=60.000 (Ali'nin edinilmiş malı)

Katkı miktarı=20.000 (Ayşe'nin kişisel malı)

Katkı oranı=1/3

Tablonun tasfiye tarihindeki değeri=30.000TL (Ali'nin edinilmiş malı)

Değer kaybı= 60.000-30.000= 30.000TL

Ayşe'nin değer azalış hissesi= 30.000 x 1/3= 10.000 TL (-)

Değer artış payı alacağı=30.000 x 1/3=10.000 TL Ayşe'nin Ali'den talep edebileceği değer artış payı alacağıdır (tablo için)

Nominal değer garantisi=20.000 TL

Ayşe'nin, Ali'nin birden fazla malına katkısı yönünden 100.000-10.000=90.000 TL değerinde değer artışı olmuştur.¹¹⁹ Bu durumda değer artış payı alacağı ise toplam katkılara değer artışının eklenmesi ile bulunacaktır.

DAPA= 100.000+20.000+90.000=210.000 TL Ayşe'nin Ali'den değer artış payı alacağıdır.

Ayşe'nin Ali'den toplam 210.000TL değer artış payı alacağı bulunmaktadır. Ayşe'nin toplam 210.000TL değer artış payı alacağıının, değer kaybı bulunan

¹¹⁹ Değer artışı ve azalışlarının mahsubu sonucu negatif bir değer çıkarsa (örneğin değer azalış payı 10.000 TL, değer artış payı 5.000 TL olursa) değer artış payı alacağıının hesaplanmasında, toplam katkı miktarına eklenecek olan miktar, nominal değer garantisi nedeniyle sıfır (0) alınmalıdır. (Bkz. Zeytin, 2008 (*Tasfiye*), s.155)

tabloya 20.000 TL kişisel maldan yapılan katkı, nominal değer garantisi nedeniyle kişisel mal grubuna özgülenecek, geri kalan 190.000 TL ise, değer artışının kaynaklandığı edinilmiş mal grubuna özgülenecektir. Diğer taraftan Ayşe, Ali'nin edinilmiş mal grubundan (20.000 TL Katkı-10.000 TL Ayşe'nin değer azalış hissesi) 10.000 TL alacaktır. Ayşe ayrıca, Ali'nin kişisel mal grubundan (100.000 TL Katkı + 100.000 TL değer artış hissesi) 200.000 TL alacaktır. Buna göre Ayşe'nin artık değerini (başka malvarlığı bulunmuyorsa) 190.000 TL'lik (edinilmiş mal grubuna ait) değer artış payı alacağı oluşturacaktır.

Ayşe'nin artık değer hesabı= DAPA alacağı=190.000TL

Ali'nin katılma alacağı=190.000/2=95.000TL

Ali'nin edinilmiş mallarına yapılan katkıdan doğan, Ayşe'nin değer artış payı alacağı ise, Ali'nin edinilmiş mal grubunun borcu olmakla, artık değerinin pasifinde yer alacaktır.

Ali'nin artık değer hesabı =(Edinilmiş malı)-(DAP borcu)

=30.000-10.000=20.000TL

Ayşe'nin katılma alacağı=20.000/2=10.000TL

Karşılıklı alacaklar takas edildiğinde (95.000-10.000=85.000TL), Ali'nin 85.000TL katılma alacağı ortaya çıkacaktır. Ancak Ayşe'nin toplam 210.000TL değer artış payı alacağı bulunmaktadır. Karşılıklı alacaklar takas edildiğinde (210.000-85.000=125.000TL), Ayşe'nin 125.000TL değer artış payı alacağı bulunacaktır.

Değer artış payı alacağının artık değer hesabına etkisi bakımından Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 29.11.2011 tarih, 2011/4036-7895 sayılı kararının gerekçesine değinmeyi uygun görmekteyiz. Kararda; "...Davalı vekilinin temyizi üzerine yapılan incelemede; uyuşmazlık konusu aracın 17.02.2005 tarihinde satın alındığı ve davalı adına trafikte kayıtlı bulunduğu anlaşılmıştır. Bu durum karşısında davanın edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde araç edinildiğine göre istek yapılan ıslah ile katılma alacağı isteğine yöneliktir. Ancak davacı 09.07.2009 tarihli yargılama oturumunda isteğini yeniden ıslah etmiş, aracın alımına davalının 1/3 oranında katkı yaptığının doğru olduğunu, bunu kabul ettiğini, istediği miktar olan 14.850 TL'nin 2/3'ünün tahsiline karar verilmesini istemiş ve beyanını bu şekilde düzelttiğini açıklamıştır. Kural olarak yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma alacağı bakımından davacının bu dönemde edinilen mala maddi bir katkısının olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Davalı adına trafikte kayıtlı bulunan araç 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra 17.02.2005 tarihinde alındığına göre edinilmiş mal sayılır. Davacının edinilmiş mala maddi bir katkısının olup olmaması ya da çalışıp

çalışmamasının bir önemi bulunmamaktadır. TMK'nın 231 ve 236/1. maddeleri uyarınca davacının artık değerın yarısı üzerinden katılma alacağı hakkı vardır. Mahkemece de istekle bağılı kalınarak 9.839,18 TL bakımından davanın kabulüne, vergi borcundan kaynaklanan alacak ile fazlaya ilişkin isteğın reddine karar verilmiştir. Bu tür davalarda uygulanması gereken hakkaniyet ve fedakarlığın denkleştirilmesi kuralları da gözönünde tutulduğunda yerel mahkeme hükmünün yerinde bulunduğuna anlaşılmıştır...¹²⁰ gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin

¹²⁰ Y.8 HD 29.11.2011 tarih, 2011/4036-7895 sayılı kararında özetle; "Karar düzeltme isteğı üzerine yapılan incelemede; gerçekten davacı dava dilekçesinde aracın aynen teslimini ve araç için ödediğı vergi borçlarına ait miktarın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Ne var ki, davacı 15.06.2009 havale tarihli cevaba cevap dilekçesinde; aracın aynen tesliminin mümkün olmaması halinde dava dilekçesinde gösterdiğı 14.850 TL'nin davalıdan, 3.000 TL vergi borcu alacağı ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiş, bu beyanını 26.05.2009 tarihli yargılama oturumunda da tekrarlamıştır. HMK'nın 176 ve HUMK'un 83 vd. uyarınca ıslah yazılı yapılabileceğı gibi sözlü de yapılabilir. Aynı zamanda dilekçe vermek suretiyle de ıslah isteğında bulunulabilir. Davacı cevaba cevap dilekçesiyle ıslah isteğında bulunduğuna gibi 26.05.2009 tarihli yargılama oturumunda da ıslaha yönelik isteğini tekrarlamıştır. Dava dilekçesinde; 14.850 TL'yi dava değeri göstermiş olup, bunun üzerinden gerekli başvuru ve ¼ peşin nispi harcın alındığında dosya kapsamıyla sabittir. Davacının cevaba cevap dilekçesindeki beyanı ile yargılama tutanağına geçen beyanları ıslah niteliğında olup aracın aynen tesliminin mümkün bulunmaması halinde 14.850 TL'nin tahsiline karar verilmesini istediğine göre eksik harç bulunmadığından ayrıca harç yatırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle Dairenin yukarıda tarih ve sayısı verilen bozma ilamında; açıklanan "yapılmış bir ıslah isteğı bulunmadığı gibi harcını yatırmak suretiyle yontemine uygun bir biçimde açılmış bir katkı payı alacağı ya da katılma alacağı davası bulunmadığı" biçimindeki ibare maddi yanılığın dayalıdır. Az önce de açıklandığı gibi davacının yöntemine uygun bir biçimde ıslah isteğında bulunduğunun kabulü gerekir.

Saptanan somut ve hukuki olgular karşısında Dairenin maddi yanılığın dayalı 07.04.2011 tarih ve 2010/5253 Esas, 2011/1986 Karar sayılı bozma ilamının kaldırılmasına karar verilip, işin esasının temyiz incelenmesine geçildi;

Davalı vekilinin temyizi üzerine yapılan incelemede; uyuşmazlık konusu aracın 17.02.2005 tarihinde satın alındığı ve davalı adına trafikte kayıtlı bulunduğuna anlaşılmıştır. Bu durum karşısında davanın edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğı dönemde araç edinildiğine göre istek yapılan ıslah ile katılma alacağı isteğine yöneliktir. Ancak davacı 09.07.2009 tarihli yargılama oturumunda isteğini yeniden ıslah etmiş, aracın alımına davalının 1/3 oranında katkı yaptığının doğru olduğunu, bunu kabul ettiğini, istediğı miktar olan 14.850 TL'nin 2/3'ünün tahsiline karar verilmesini istemiş ve beyanını bu şekilde düzelttiğini açıklamıştır. Kural olarak yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma alacağı bakımından davacının bu dönemde edinilen mala maddi bir katkısının olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Davalı adına trafikte kayıtlı bulunan araç 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiğı 01.01.2002 tarihinden sonra 17.02.2005 tarihinde alındığına göre edinilmiş mal sayılır. Davacının edinilmiş mala maddi bir katkısının olup olmaması ya da çalışıp çalışmamasının bir önemi bulunmamaktadır. TMK'nın 231 ve 236/1. maddeleri uyarınca davacının artık değerin yarısı üzerinden katılma alacağı hakkı vardır. Mahkemece de istekle bağılı kalınarak 9.839,18 TL bakımından davanın kabulüne, vergi borcundan kaynaklanan alacak ile fazlaya ilişkin isteğın reddine karar verilmiştir. Bu tür davalarda uygulanması gereken hakkaniyet ve fedakarlığın denkleştirilmesi kuralları da gözönünde tutulduğunda yerel mahkeme hükmünün yerinde bulunduğuna anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle davalı S.Ö. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan yerel mahkeme hükmünün belirtilen sebeplerle ONANMASINA..." (UYAP Portal ortamından alınmıştır.)

kararı onanmıştır. Kararın gerekçesinde dikkati çekmek istediğimiz husus, değer artış payı alacağının artık değer hesabına ve katılma alacağına etkisi bakımından değerlendirme yapılmamış olmasıdır. Davacı, ıslah talebiyle aracın alımına 2/3 oranında katkı yaptığını belirterek dava dilekçesinde belirttiği 14.850TL'nin 2/3 oranında tahsilini talep etmiştir. Daire ise, aracın edinilmiş mal sayıldığını, davacının edinilmiş mala katkısının olup olmadığının önemli olmadığını, artık değer yarısı üzerinde katılma alacağı hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Kanımızca davacının aracın alımına 2/3 oranında katkı yaptığı iddiası bulunduğu göre, öncelikle davacının değer artış payı alacağı gündeme gelmelidir. Zira değer artış payı alacağı hesaplanmadan, doğrudan aracın tasfiye değerinin yarısı oranında katılma alacağına hükmedilmesi, katkıda bulunan eşle, katkıda bulunmayan eş arasında bir fark yaratmayarak hakkaniyete aykırı olacaktır gibi, açıkça TMK m.227 maddesine de aykırılık teşkil edecektir. Burada yapılması gereken davacının aracın alımına katkı oranının bulunarak aracın tasfiye değeriyle çarpılması suretiyle değer artış payı alacağının bulunmasıdır. Sonrasında ise, davacının değer artış payı alacağı, davalı eşin edinilmiş malının borcu olduğundan, aracın tasfiye anı değerinden çıkarılarak davalı eşin artık değeri bulunmalı ve artık değer yarısı oranında davacı eşin katılma alacağı hesaplanmalıdır. Bu şekilde davacı eşin hem değer artış payı alacağı hem katılma alacağı ortaya çıkacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, edinilmiş maldan edinilmiş mala katkı yapılmış ise, ayrıca değer artış payı alacağı hesabı yapılmasına gerek yoktur. Söz konusu Yargıtay kararında ise, davalı eşin edinilmiş malına katkı yapılmasından söz edilmesine rağmen değer artış payı alacağına değinilmemiş, yalnızca katılma alacağından bahsedilmiştir. Hem değer artış payı alacağı, hem katılma alacağı hesaplandığında da, sonuç olarak taleple bağlı kalınacağından onanan hükümde belirtilen alacak miktarına hükmedilmesi gerektiğinden alacak miktarında bir değişiklik meydana gelmeyebilir, ancak gerekçede, değer artış payı alacağından ve artık değer hesabına etkisinden söz edilmemiş olmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Eşler arasında adalet ve dengeyi gözetmek maksadıyla, çağın ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde, İsviçre Medeni Kanununda yasal mal rejimi olarak düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimi, bazı noktalarda farklılıklar göstermekle birlikte, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'muzda yasal mal rejimi olarak yerini almıştır.

Evliliğin devamı süresince, ortak yaşam kurma ve birlikte yaşamanın doğası gereği, eşlerin malvarlıkları adeta birbirine geçmiş şekilde olup, saf olmayan bu malvarlıkları arasında değer kaymaları ve eşlerin birbirlerine katkıları söz konusu olmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşler arası eşitlik ve adalet temeline dayandığından, oldukça ayrıntılı ve komplike bir tasfiye süreci söz konusudur.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde her bir eşin sahip olduğu malvarlığı değerleri 'edinilmiş mal' ve 'kişisel mal' olarak sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırma, mal rejimi herhangi bir şekilde sona erdiğinde, eşin katılma alacağıının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Zira, edinilmiş mallar mal rejiminin tasfiyesinde yer alırken, kişisel mallar tasfiye dışı tutulacaktır. Katılma alacağı, mal rejimi sona erdiğinde, eşin katkıda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, diğer eşe karşı sahip olduğu, kanundan doğan bir alacak hakkıdır. Eşin edinilmiş mallarının aktiflerinden pasiflerinin çıkarılması sonucu bulunacak artık değerlerin kural olarak yarısı oranında, diğer eşin katılma alacağı bulunmaktadır.

Değer artış payı alacağı ise, bir eşin malvarlığı veya emeği ile diğer eşin malvarlığına katkıda bulunması halinde sahip olduğu alacak hakkıdır. Değer artış payı alacağıının hesaplanmasında, eşlerin kişisel veya edinilmiş malları önem arz etmemekte, katkının malvarlığı veya emekle yapılması yeterli olmaktadır. Ancak, değer artış payı alacağı da bir malvarlığı değeri olmakla, kişisel veya edinilmiş mal grubuna özgülenerek, tasfiye sırasında göz önünde tutulacaktır. Değer artış payı, eşlerden birinin edinilmiş malının borcu veya alacağı olarak, artık değer hesabında aktif veya pasif tarafta yerini alacaktır. Değer artış payı alacağıının, artık değer hesabına etkisi bakımından tespit edilmesi gereken husus, katkının eşin hangi malvarlığı grubundan, diğer eşin hangi malvarlığı grubuna yapıldığıdır. Diğer bir deyişle, katkının, katkı yapan eşin hangi malvarlığı grubundan finanse edildiği ve katkıyı alan eşin hangi malvarlığı grubu lehine katkı yapıldığı hususu, artık değer hesabı açısından önem arz etmektedir. Katkı eşin edinilmiş malından finanse edilmiş ise, ikame kuralı gereği, alacaklı eşin edinilmiş malı yerine geçerek, artık değer hesabının aktifinde yer alacaktır. Katkı, borçlu eşin edinilmiş malı yararına yapılmış ise, bu kez de borçlu eşin değer artış payı ödeme borcu, edinilmiş mallarından çıkarılarak, artık değer hesabının pasifinde yer alacaktır. Kişisel mallar lehine yapılan ya da kişisel mallardan finanse edilen değer artış payı ise artık değer hesabında dikkate alınmayacaktır.

Birden fazla malvarlığı unsuruna katkı yapılması ve tasfiye sırasında, değer artış ve eksilmelerinin olduğu hallerde Kaynak İMK 206/1'den yola çıkılarak bir bütün halinde global hesaplama yoluna gidilmeli, nominal değer garantisi her bir malvarlığı için değil, sonuç olarak ortaya çıkan değer yönünden dikkate alınmalıdır. Buna göre, değer artış payı alacağı, yapılan katkılara, değer artışlarından eksilmelerin çıkarılması sonucu ortaya çıkan değerlerin eklenmesi ile bulunmaktadır. Bu durumun artık değer hesabına etkisi bakımından dikkat edilmesi gereken husus ise, mal gruplarına özgüleme yapılırken, her mal grubu lehine katkının yapıldığı andaki değerinin dikkate alınması, geri kalan değer artışının ise, hangi mal grubundan kaynaklanmış ise o mal grubuna özgülenmesi gerektirir.

KISALTMALAR

Art. : Artikel (Madde)

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)

Bkz. : Bakınız

b. : bent

C. : Cilt

DEÜ : Dokuz Eylül Üniversitesi

dn. : dipnot

E : Esas

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

İMK : İsviçre Medeni Kanunu

K : Karar

m : madde

s : sayfa

S : Sayı

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

vd. : ve devamı

Y : Yargıtay

KAYNAKÇA

- ACABEY Mehmet Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları, İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, İzmir 2007, (s.491-534) (*Mal Grupları*)
- ACABEY Mehmet Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka-Barış Özbilen-Ebru Şensöz, İstanbul 2007, (s.19-42) (*Karineler*)
- ACABEY Mehmet Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1999 (*Yasal Mal Rejimi*)
- ACAR Faruk, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı", Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran ŞIPKA-Barış ÖZBİLEN-Ebru ŞENSÖZ, İstanbul 2007, (s.61-83) (*Miras Hakkı*)
- ACAR Faruk, *Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara 2007, (*Mal Rejimleri*)
- AKINTÜRK Turgut/KARAMAN Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci cilt*, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2015
- ATEŞ Turan, *Türk Medeni Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi*, 2. Baskı, İstanbul 2007
- BÜYÜKTANIR Tahir, "Türk Medeni Kanunu'nda Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi", Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, (s. 103-130) (*Yasal Mal Rejimi*)
- BÜYÜKTANIR Tahir, "Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar", Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, (s. 55-110) (*Değişiklikler*)
- CEYLAN Ebru, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt 2, İstanbul 2002, (s. 1019-1053)
- DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2015
- GENÇCAN Ömer Uğur, *Mal Rejimleri Hukuku*, Ankara 2010
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008
- HAUSHEER Heinz, Çev. Bilge Öztan, "Türk İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler", TBB Dergisi, S.76, 2008, (s.201-216).
- KAŞAK Fahri Erdem, (Çeviren) "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Lotodan Kazanılan İkramiyenin Edinilmiş Mal Sayılacağına İlişkin 11.04.1995 Tarihli (BGE 121 III 201) Kararı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S.1, (s.265-268)

- KILIÇOĞLU Ahmet M., *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2002 (*Edinilmiş Mallar*)
- KILIÇOĞLU Ahmet, *Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003 (*Yenilikler*)
- KILIÇOĞLU Ahmet, *Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu*, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003
- KILIÇOĞLU Ahmet, *Katkı-Katılma Alacağı*, Ankara 2011 (*Katkı-Katılma*)
- KILIÇOĞLU Ahmet, *"Eşlerin Birbirinden Alacakları"*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, (s. 395-414) (*Eşlerin Alacakları*)
- ODENDAHL Hanswerner, *"Türk Medeni Kanunu'nun Yeni "Mal Rejimi" Hükümleri Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine bir Karşılaştırma"*, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, (s.475-496) (*Karşılaştırma*)
- ODENDAHL Hanswerner *"Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Alman Yasal Mal Rejimi İle Karşılaştırılması ve Alman Milletlerarası Özel Hukukunda Mal Rejimi"*, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka-Barış Özbilen-Ebru Şensöz, İstanbul 2007, (s.113-132) (*Alman Yasal Mal Rejimi*)
- ÖZDEMİR Saibe Oktay, *"Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi"*, İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-1 2007, İstanbul 2008, (s.255-300)
- ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2004
- ÖZUGÜR Ali İhsan, *Mal Rejimleri*, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2007
- SARI Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007,
- ŞEKER Muzaffer, *"Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İsviçre İle Karşılaştırılması"*, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka-Barış Özbilen-Ebru Şensöz, İstanbul 2007, (s.133-158)
- ŞENOCAK Zarife, *"Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi"*, AÜHFD, C.58, S.2, 2009 (s.377-411)
- ŞIPKA Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2011, (*Uygulama Sorunları*)
- ŞIPKA Şükran *"Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi"*, İstanbul Barosu SEM Cumartesi Forumları-1 2007, İstanbul 2008, (s.255-300) (*Forum*)
- ŞIPKA Şükran/DEMİR Pınar Özlem, *"İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Edinilmiş Malların Tasfiyesi"ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)"*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.255-262
- UYAP Yargıtay Karar Sorgulama
- ZEYTİN Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2. Baskı, Ankara 2008 (*Tasfiye*)

- ZEYTİN Zafer, "*Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi*" Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C.10, S.36, 2011, (s. 299-317) (*Katkı Alacağı İlişkisi*)
- ZEYTİN Zafer, "*Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı*" Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka-Barış Özbilen- Ebru Şensöz, İstanbul 2007, (s. 43-60) (*Değer Artış Payı*)

Kamu Hukuku/ Public Law

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KIRIM SORUNU: KOSOVA'NIN RÖVANŞI MI?

*Doç. Dr. Fatma TAŞDEMİR**

*Arş. Gör. Adem ÖZER***

ÖZET

Ukrayna devlet başkanı Victor Yanukoviç'in AB ile 2010 yılında paraf edilen "*Derinleştirilmiş Doğu Ortaklığı Projesi*" görüşmelerine katılmayacağını bildirmesi üzerine Kasım 2013'te Kiev'de Bağımsızlık Meydanı'nda başlayan eylemler Ukrayna'da bir iç krize neden olmuştur. Ukrayna'daki bölünmüş toplumsal ve siyasal yapı sonucu kriz kısa bir süre içinde Kırım'a yayılmış ve ayrılıkçı eğilimler alevlenmiştir. Akabinde Rusya'nın BM Şartı madde 2/4'teki kuvvet kullanma yasağını ve self determinasyon hakkını ihlal etmesiyle, Kırım, Ukrayna'dan ayrılarak Rusya'ya bağlanmıştır. Uluslararası ilişkilerin gündemine oturan bütün bu gelişmeler, uluslararası toplum tarafından Kırım'ın Ukrayna'nın rızası olmadan tek yanlı bir şekilde ayrılarak Rusya'ya bağlanmasının hukuki meşruiyetinin sorgulanmasına neden olmuştur. Kırım'ın ayrılması Kosova'nın bir rövanşı olup olmadığının sorgulanmasına yol açmıştır.

Anahtar Kelimeler: Self-Determinasyon, Ayrılma, Toprak Bütünlüğü, Kuvvet Kullanma Yasağı, Kırım.

ABSTRACT

The protests starting in November 2013 at the Independence Square after Ukrainian President Victor Yanukoviç's declaration of non attendance to the talks of "*Deepened the Eastern Partnership Project*" which was initialized between Ukrain and the EU in 2010, caused an internal crisis. Due to the fragmented social and political structures in Ukraine, these crisis spreaded to Crimea in a short time and the separatist tendencies were fired. Following Russia's violation of the prohibition of the use of force in Article 2/4 of the UN Charter and the right to self-determination, Crimea was seperated from Ukraine and annexed by Russia. These developments sitting at the heart of the international agenda led to international society's questioning of the legitimacy of the unilateral annexation of Crimea by Russia without taking the consent of Ukraine. This bore a question over whether the seperation of Crimea is a revenge of Kosovo.

Keywords: Self-Determination, Secession, Territorial Integrity, Prohibition of the Use of Force, Crimea.

* Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F., Uluslararası İlişkiler Bölümü, tfatma@gazi.edu.tr.

** Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F., Uluslararası İlişkiler Bölümü, ademmozerr@gmail.com.

GİRİŞ

Kasım 2013'te başkent Kiev'de bulunan Bağımsızlık Meydanı'nda yapılan gösterilerle ayyuka çıkan protestolar, Ukrayna devlet başkanı Victor Yanukoviç'in AB ile 2010 yılında paraf edilen "*Derinleştirilmiş Doğu Ortaklığı Projesi*" görüşmelerine katılmayacağını bildirmesi üzerine bir iç krize neden olmuştur.¹ İç krizin büyümesi çok sayıda insanın yaralanmasına ve yüzden fazla insanın ölmesine² sebebiyet vermiştir. Bu krizin bir çatışmaya dönüşmesinde milliyetçi gruplar, muhalefet partileri (özellikle Svoboda Partisi), zenofobik ve anti semitik gruplar etkili olmuştur.³ Protestolar karşısında çaresiz kalan Yanukoviç'in Rusya'ya sığınmasıyla Ukrayna Parlamentosu Yanukoviç'in cumhurbaşkanlığı görevinden azledilmesi kararı almıştır. Ülke içindeki kriz devam ederken, Rus birliklerinin Kırım'a müdahil olmasıyla sorun uluslararası bir boyut kazanmıştır. Akabinde gerçekleştirilen referandumla Kırım Rusya'ya bağlanma kararı almıştır. Rusya, Kırım'ın kendisine bağlanmasını self determinasyon hakkına dayandırmıştır. Ancak ABD ve AB başta olmak üzere Batılı devletler bu oldu-bittiyi uluslararası hukukun ihlali olarak görüp; Rusya'yı kınamıştır.

Bu minvalde çalışmanın temel amacı Kırım'ın Ukrayna'nın rızası olmadan ve Rusya'nın dahli ile ayrılıp, devamında Rusya ile birleşmesi olayını self determinasyon hakkı, kuvvet kullanma yasağı, iç işlerine karışma yasağı gibi uluslararası hukuk normları açısından incelemektir. Kırım ve Kosova örnekleri kıyaslanarak söz konusu uluslararası hukuk normları üzerindeki etkilerini tartışmaktır.

Çalışma altı bölüm üzerine inşa edilmiştir. Birinci bölümde; Ukrayna'nın toplumsal, siyasal ve ekonomik yapısına, ikinci bölümde; Kırım'ın siyasal tarihine, üçüncü bölümde SSCB'nin dağılmasından sonra Kırım'ın Ukrayna çatısı altındaki konumuna değinilecektir. Dördüncü bölümde ise referandum süreci ve Kırım'ın Rusya'ya bağlanma süreci, küresel aktörlerin etki ve girişimleri doğrultusunda değerlendirilecektir. Nihayetinde beşinci ve son bölümdeyse, Kırım'ın ayrılma kararının uluslararası hukuk bakımından bilhassa kuvvet kullanma hukuku, self determinasyon ve ayrılma hakkı bağlamında genel bir analizi yapıla-

¹ Vügar İmanbeyli, Ülke-İçi Krizinden Uluslararası Soruna Ukrayna-Kırım Meselesi, *SETA PERSPEKTİF*, Sayı:36, 2014, s.1, Mühdan Sağlam, 21. Yüzyılda Küresel Rekabetin Zeminini Ukrayna, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt:69, Sayı 2, 2014, s.435.

² BM Genel Sekreteri'nin İnsan Haklarından Sorumlu Yardımcısı Ivan Simonoviç, Ukrayna'da Krizin başladığı Kasım 2013'ten bu yana toplam 250 kişinin hayatını kaybettiğini kaydederek, buna Kasım 2013 ve Şubat 2014 tarihleri arasında Kiev'de Bağımsızlık Meydanındaki protesto eylemleri, Kırım vakaları ve ülkenin güneydoğusundaki olaylarda ölenlerin de dâhil olduğunu ifade etti. Bahtiyar Abdülkerimov, *BM'nin Ukrayna İnsan Hakları Raporu*, <http://www.aa.com.tr/rss/329495--bmnin-ukrayna-insan-haklari-raporu> Erişim Tarihi: 30.11.2014.

³ Christian Marxen, The Crimea Crisis –An International Law Perspective, *Zeitschrift ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, 74/2, 2014, s.368.

caktır. Bu çerçevede self determinasyon ilkesi içsel boyuttan dışsal boyuta ulaştı mı? Kosova ile benzerlikleri ve farklılıkları var mı? Kırım'ın bağımsızlığını ilan etmesiyle sorun çözüldü mü? Mevcut sorunlara emsal teşkil edecek mi? gibi sorulara yanıt aranacak ve çalışma genel bir değerlendirme ile son bulacaktır.

1. UKRAYNA'NIN TOPLUMSAL, SİYASAL VE EKONOMİK YAPISI

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği döneminde tarım ve sanayi bölgesi olarak telakki edilen Ukrayna SSCB'nin dağılmasından sonra 1991 yılında bağımsızlığını kazanmıştır.⁴ Hem stratejik hem de jeo-stratejik açıdan taşıdığı önem nedeniyle gerek Batı'nın gerekse de Rusya'nın her dönem ilgisine mazhar olmuştur. Nitekim Brzezinski *Büyük Satranç Tahtası* adlı eserinde, Ukrayna'nın jeopolitik bir eksen olduğuna işaret etmiş; Ukrayna'nın bağımsız bir devlet olarak mevcudiyetinin Rusya'nın dönüştürülmesine muavenet edeceğini vurgulamıştır.⁵ Brzezinski'ye göre, Ukrayna, Rusya'nın tahakkümünde varlık göstermesi halinde, Ukrayna'nın sahip olduğu 52 milyon⁶ nüfusa, doğal kaynaklara ve Karadeniz'deki stratejik konuma doğrudan sahip olabilecek; ayrıca Rusya'nın revizyonist ve irredentist politikaların gerçekleşmesinde maddi kaynaklar sağlayacaktır.⁷ Ukrayna'nın sahip olduğu bu nitelikler küresel aktörler arasında paylaşılabilen bir ülke konumuna gelmesinde rol oynamıştır. Ukrayna'nın etnik ve dini yapı olarak çeşitlilik göstermesi de ülkedeki istikrarsızlıkların bir başka kaynağı olmuştur. Zira ülkenin batısı Katolik inanca mensupken, doğusu Ortodokstur. Bu farklılığın önemli bir sebebi Batı Ukrayna'nın çok uzun süre boyunca Polonya ve Avusturya-Macaristan'ın bir parçası olması, Doğu Ukrayna'nın ise Rus Çarlığı ve sonrasında Sovyet egemenliğinde kalmasıdır. Etnik yapının bu farklılığı ülkenin dış politika eğilimlerinde de önemli etkiye neden olmuştur. Ukrayna'nın batısı AB ve ABD merkezli bir politik alan içerisinde hareket etmek isterken, ülkenin doğusu Rusya merkezli bir yapıyı ön görmüştür. Bu sorunlara ilaveten Osmanlı egemenliği altında bulunan Kırım Hanlığının bölge üzerindeki hâkim rolü,⁸ II. Dünya Savaşı'ndan sonra Ukrayna'ya tevdi edilmesi ve son dönemdeki gelişmeler neticesinde Ukrayna'dan kopuşu toplumsal rahatsızlıklara yol açmıştır. Başlangıçta ülke içi bir sorun olarak tezahür

⁴ Ukrayna kelimesi "*sınır bölgesi, hudut*" anlamındaki '*Okraina*' kelimesinden türemiştir.

⁵ Zbigniew Brzezinski, *Büyük Satranç Tahtası, Amerika'nın Küresel Üstünlüğü ve Bunun Jeostratejik Gereklilikleri*, Çev. Yelda Türedi, İnkılap Kitapevi, İstanbul, 2005, s.70-71.

⁶ Temmuz 2014'te tahmin edilen Ukrayna nüfusu; 44.291.413'dur. https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print/country/countrypdf_up.pdf Erişim Tarihi: 17.11.2014.

⁷ Brzezinski, *age*, s.71.

⁸ Cem Karadeli, Ortaçağ'dan Günümüze Ukrayna'nın Kısa Tarihi, *Uluslararası Politikada Ukrayna Krizi*, Ed. Hasret Çomak ve diğerleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.2.

eden Kırım meselesi, uluslararası aktörlerin meseleye girmesiyle beynelmilel bir boyut kazanmıştır.

2. KIRIM'IN SİYASAL TARİHİNE GENEL BİR BAKIŞ

Kırım, Karadeniz'in Kuzeyinde, Azak Denizi'nin güneyinde yer alan bir yarımadadır. Antikçağda Touric Chersonese (*Taurik Yarımadası*) olarak bilinen bugünkü adını Altın Orda Devleti döneminin başkenti "*Qırım*" şehrinden⁹ alan Kırım yarımadası etimolojik olarak "kaya kale (*rock fortress*)"¹⁰ anlamına gelmektedir. Başkenti Simferopol (*Akmescit*) olan Kırım'ın yüzölçümü 26100 km²'lik bir alana sahiptir. 2013 yılında nüfusu yaklaşık iki milyon (1.967.119) olan Kırım'da nüfusun %58'ini Ruslar, %24 'ünü Ukraynalılar, %12'sini Tatarlar¹¹ ve geriye kalan kısmını ise Ermeniler, Yahudiler ve Yunanlılar oluşturmaktadır.¹²

Heterojen bir toplum yapısına sahip olan Kırım'da etnik, dinsel ve kültürel çeşitlilik tarih boyunca birçok devletin ilgisine mazhar olduğunun kanıtıdır. Bu minvalde çok sayıda devletin hâkimiyeti altına girmiştir. Kırım, Antikçağda, Yunanlılar ve Romalılar tarafından kolonize edilmiş daha sonra Ostrogotlar, Hunlar, Moğollar dâhil olmak üzere birçok devletin istilalarına maruz kalmıştır. 13. yüzyılda Altın Orda Devleti içinde yer alan Kırım, daha sonra geniş sınırları kapsayan bir hanlığa¹³ dönüşmüştür. 1475 yılında Osmanlı Devleti, hâkimiyeti altındaki Kırım'a geniş otonomi, ayrıcalıklar ve özgürlükler tanımıştır. 1774 yılında Rusya ile imzalanan Küçük Kaynarca Antlaşması ile Osmanlı hâkimiyeti altında olan Kırım, Rus hâkimiyetine girmiştir. 1783 yılında ise Rus Çarı Katerina ile birlikte Kırım bütünüyle ilhak edilmiştir. Stratejik öneminden dolayı Kırım, Rusya tarafından etnik düzenlemeye tabi tutulmuş ve bölge tedrici

⁹ Yücel Acer, *Kırım'ın İlhakı ve Uluslararası Hukuk*, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-yucel-acer/kirim-in-ilhaki-veuluslararası-hukuk/>, Erişim Tarihi: 03.12.2014.

¹⁰ Doris Wydra, The Crimea Conundrum: The Tug of War Between Russia and Ukraine on the Questions of Autonomy and Self-Determination, *International Journal on Minority and Group Rights*, Volume 10, Issue 2, s.112.

¹¹ Kadim zamandan bu yana Kırım'da varlığını sürdüren Kırım Tatarları yarımadaının asli unsuru idi. Ancak Rusya'nın hâkimiyetine girmesiyle birlikte yarımadaındaki demografik yapı değişmiş, Kırım Tatarları azınlık durumuna düşmüştür. Ukrayna Anayasası içerisinde başlangıçta "*azınlık statüsü*" olarak kabul edilen Kırım Tatarları, yarımadaının Rusya tarafından ilhak edilmesiyle beraber Ukrayna tarafından "*yerli halk statüsü*" tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Bahadır Bumin Özarlan, Soğuk Savaş Sonrasında Kırım'ın ve Kırım Tatar Türklerinin Statüsü, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:10, Sayı:39, 2014, s.109-122.

¹² Ukraine & Crimea, Current Context, May 9, 2014 Edition, *California History-Social Science Project, UC Davis*, <http://chssp.ucdavis.edu> Erişim Tarihi: 02.12.2014.

¹³ Bu dönemde ortaya çıkan en büyük hanlık Kırım Hanlığı'dır. Akdes Nimet Kurat, *IV-XVIII. Yüzyıllarda Kuzeyindeki Türk Kavimleri ve Devletleri*, Murat Kitabevi Yayınları, Ankara, 1992, s.203-204'den aktaran Özarlan, agm, 98.

olarak Ruslaştırma¹⁴ politikalarına maruz kalmıştır. Bu politikalar neticesinde Kırım Tatarları sistematik olarak sürgüne¹⁵ tabi tutulmuştur. Doris Wydra bu noktada bölgenin Kırım Tatarlarının vatani olduğunu ve Rus İmparatorluğu'nun gücünü temsil etmesi bakımından önem arz ettiğini vurgulamıştır.¹⁶

1917 yılında Çarlık rejiminin yıkılmasıyla beraber ortaya çıkan kargaşa ortamında Kırım Tatarları Parlamentosu bir kurultay düzenlemiş ve bu kurultayda Noman Çelebi Cihan başkanlığında bir hükümet kurulmasını sağlamışlardır. Akabinde Kırım Demokratik Cumhuriyeti'ni ilan etmişlerdir. Hükümet, Sivastopol haricinde Kırım'ın büyük bir kısmında hâkimiyeti ele geçirmiştir. Ancak Rus Karadeniz filosunun ana üssü olan Akyar'da bulunan Rus bahriyelileri ile girişilen savaşta yenilgiyle ayrılmışlar¹⁷ ve Rus egemenliğine yeniden girmişlerdir.

1921 yılında Rusya'da Bolşeviklerin hâkimiyetlerini pekiştirmesiyle birlikte, Moskova'daki Komünist yönetim Sultan Galiyev'i Kırım'daki Tatarların durumuyla ilgili rapor hazırlaması için Kırım'a göndermiştir. Söz konusu rapordaki öneriler, Kırım'ın "Kırım Otonom Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti" adı altında SSCB bünyesine dâhil olmasında etkili olmuştur.¹⁸

1944 yılında, II. Dünya Savaşı'nda Hitler ile işbirliği yaptıkları gerekçesiyle Kırım'ın asli unsuru pozisyonunda bulunan Tatarlar ve diğer Türkler bölgeden çıkartılarak Orta Asya'da Özbekistan, Kazakistan, Tacikistan ve diğer Sovyet bölgelerine sürülmüş¹⁹ ve aynı yıl içerisinde Sovyetler tarafından Kırım'dan sürülen Tatarların yaklaşık 200 bini yollarda helak olmuştur.²⁰ Bundan sonraki dönemle birlikte Kırım'da Tatar kimliğini yansıtan izler silinmiş, Kırım'daki

¹⁴ Kırım'daki Türk hâkimiyetinin son bulduğu 1783 yılı itibarıyla savaş esirleri haricinde Kırım Yarımadasında meskûn bir Rus topluluğu bulunmamaktadır. Bu tarihten itibaren Rus yöneticiler, yarımada'nın Rus coğrafyasının bir parçası haline getirilmesine, bölgenin demografik yapısını değiştirmekle başladı. 1917 yılına kadar çoğunluğunu Rusların oluşturduğu yirmiden fazla millete mensup göçmenin yarımada'ya yerleşmesiyle çoğunluk, Kırım Tatarlarının aleyhine değişmiştir. Özarslan, agm, s.99.

¹⁵ 1812, 1828-1829, 1860-1861, 1890 ve 1902 yıllarında Kırım Tatarları kitlesel olarak sürgüne tabii tutulmuştur. Özellikle Osmanlı-Rus savaşlarının ardından gerçekleştirilmiştir. Çünkü olası bir Osmanlı-Rus savaşında Ruslara karşı Osmanlı safında yer alacağı endişesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Hakan Kırımlı, *İslam Ansiklopedisi, "Kırım" maddesi, Rus idaresi Dönemi*, Türkiye Diyanet Vakfı (TDV) Yayınları, Cilt: 25, Ankara, 2002, s.458.

¹⁶ Wydra, agm, s.112.

¹⁷ Wydra, agm, s.113-114. Alaeddin Yalçınkaya, Rus Reel politiğinin Ertelelediği Sorun: Kırım, Karadeniz Araştırmaları, Sayı: 8, Kış 2005, s.104.

¹⁸ Wydra, agm, s.113.

¹⁹ Elena Mizrokhi, *Russian "Separatism" in Crimea and NATO: Ukraine's Big Hope, Russia's Grand Gamble*, Chaire de recherche du Canada sur les conflits identitaires et le terrorisme and for the Programme Paix et sécurité internationales, Institut québécois des hautes études internationales at Laval University, Quebec city August 2009, s.3.

²⁰ "Ukraine & Crimea ...".

yerleşim yerlerinin Türkçe isimleri Yunan ve Hıristiyan geçmişlerine atıf yapılarak değiştirilmiştir. Akmescit-Simferopol, eski Kırım Tatar köyü Akyar-Sivastopol, Kefe-Feodosiya, Gözleve-Yevpatoriya olarak değiştirilmiştir.²¹ Ayrıca kütüphanelerde bulunan ve Kırım Tatar Türkçesi ile yazılmış eserler tahrip edilmiş ve yakılmıştır.²² Meydana gelen bu vandalizm bölgenin tarihsel ve kültürel dokusuna zarar vermiştir. 1945 yılında Kırım, 1921 yılında elde ettiği otonom statüyü kaybetmiş ve doğrudan SSCB'nin bir parçası olmuştur.²³

1954 yılında bölge, Ukrayna ile Rusya'yı birleştiren 1654 tarihli Preyaslav Antlaşması'nın 300. yıl dönümü münasebetiyle, Ukrayna doğumlu Sovyet lider Nikita Kruşçev tarafından Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'ne verilmiştir. Bu statü değişikliği ile II. Dünya Savaşı'ndan sonra Rusya, Ukrayna'da aleyhinde gerçekleştirilen eylemleri sindirme ve dindirme amacı güttüğü gibi Rusya'nın Sovyet Cumhuriyetleri'nde ve Doğu Bloğu ülkelerde gerçekleştirdiği Sovyetleştirme politikalarının oluşturduğu huzursuzlukları da minimize etmeyi de amaçlamıştır.²⁴ 1956 yılında ise Kırım Tatarlarına yönelik uygulanan sürgün ve menfi uygulamalar Kruşçev tarafından durdurulmuş ve Stalin döneminde yaşanan sorunlar ve göç ettirmeye zorlananlara²⁵ karşı özür bildirisi yayımlanmıştır.²⁶ 1989 yılında Sovyetler Birliği dağılmadan önce sürgün edilen Tatarların geri dönmelerine izin verilmiş, Mustafa Abdülcemil Kırım oğlu öncülüğünde Kırım Tatar Milli Hareketi kurulmuş ve bu kuruluş ile birlikte Kırım'a dönüşler sistematikleştirilmiştir.²⁷

3. SSCB'NİN DAĞILMASI VE KIRIM

SSCB'nin çözülmeye başlamasıyla birlikte Ukrayna'da gerçekleştirilen referandumda halkın %90'ı bağımsızlığı desteklemiştir. Ne var ki Kırım Ukrayna'nın bağımsızlık isteğine %54 gibi düşük bir oranla destek vermiştir.²⁸ Ukray-

²¹ Fatma Aslı Kelkitli, Kırım: Rusya İçin Vazgeçilmez Yarımada, Ed. Hasret Çomak ve Diğerleri, *Uluslararası Politikada Ukrayna Krizi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.291.; Kırımlı, age, s.458.

²² Yalçinkaya, agm, s.104.

²³ Acer, "Kırım'ın İlhakı ve...".

²⁴ Yalçinkaya, agm, s.104-105.

²⁵ Balkarlar, İnguşlar, Çeçenler, Kalmıklar ve Karaçaylar için yurtlarına geri dönme imkânı sunulurken, Volga Almanları, Meşket Türkleri ve Kırım Tatarları bu haktan yoksun bırakıldı. Volga Almanları II. Dünya Savaşı dönemindeki işgale destek vermelerinden, Meşket Türkleri, Türkiye'ye yakın olmalarından dolayı tehdit olarak algılanmış ve geri dönüşlerine izin verilmemiştir. Kırım Tatarları ise nüfuslarının çok olmasından ve Kırım'ın egemenlik haklarının Ukrayna'ya verilmesi sonucunda Ruslardan kaynaklı tepkileri gidermeye yönelik politikalarından dolayı geri dönüşlerine müsaade edilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Karadeli, agm, s.10.

²⁶ Karadeli, agm, s.10.

²⁷ Yalçinkaya, agm, s.106.

²⁸ "Ukrainie & Crimea...".

na'nın bağımsızlığını kazanmasıyla beraber Kırım, Ukrayna'ya bağlı "Ukrayna Kırım Özerk Cumhuriyeti" haline gelmiştir. Ancak Kırım'daki Ruslar, Ukrayna'dan ayrılıp Rusya ile tekrar birleşmeyi savunmaya devam etmiştir.

1992 yılında Kırım Meclisi "Ukrayna Kırım Özerk Cumhuriyeti"nin adını "Kırım Cumhuriyeti" olarak değiştirmiştir. Bu dönemde Ukrayna ile Kırım arasında krize neden olan iki gelişme gözlemlenmektedir. Bu gelişmelerden ilki, 1994'te Rus yanlısı ayrılıkçı Yuri Meshkov'un Devlet Başkanı seçilmesi, ikincisi ise Kırım'ın kendi anayasasını kabul ederek ayrılıkçı eğilimini özerk statüde devam ettirme girişimidir.²⁹ Ancak Ukrayna merkezi yönetimi Kırım bölgesinin anayasasını tanımamıştır. 1995 yılında Ukrayna Meclisi, Kırım'ın 1992 yılında kabul ettiği anayasayı iptal etmiş ve bölgenin siyasal özerkliğine dönük kısıtlamalar getirirken, iktisadi özerkliğine pek dokunmamıştır.

Kırım anayasasını iptal eden Ukrayna, toprak bütünlüğü içerisinde Kırım'ı entegre etmeye çalışırken kendi anayasasında Kırım'ın statüsünü düzenleyen bir bölüme yer vermiştir. "*Kırım Özerk Cumhuriyeti'nin statüsü*" Ukrayna Anayasası'nın 134. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kırım Özerk Cumhuriyeti Ukrayna'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Kırım Özerk Cumhuriyeti, Ukrayna Anayasası'nda belirlenen çerçeveler neticesinde faaliyet göstermelidir.*"¹³⁵. Maddeye göre ise, "*Kırım Anayasası, Ukrayna Anayasası'na uygun olmalı ve Ukrayna parlamentosu tarafından onaylanması gerekmektedir. Ayrıca Ukrayna devlet başkanının bu yasal faaliyetleri askıya alma yetkisi bulunmaktadır.*"¹³⁰

1994 yılında Ukrayna'nın bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü tanıyan Rusya, eski Sovyet Karadeniz filosunun ana üssünün Sivastopol'de bulunması, Rusya'nın kendi içinde bulunduğu kriz ortamında daha fazla kayıpla karşılaşmamak adına Kırım'ın bir parçası olduğunu kabul eden antlaşmayı isticabet etmiştir. Ukrayna ile 1997 yılında "Dostluk ve İşbirliği Antlaşması" imzalamış ve iş bu antlaşmayla Sivastopol'deki Karadeniz filosunun devam etmesini sağlamıştır.

2004 yılında ülkedeki Rus yanlısı eğilimin siyasi adayı Viktor Yanukoviç'in yapılan seçimlere hile yaparak kazandığı iddiasıyla Ukrayna Anayasa Mahkemesi tarafından seçimler iptal edilmiştir. Devamında Turuncu Devrim başlamış ve yinelenen seçimle muhalif aday Viktor Yuşenko başkanlığını ilan etmiştir.

2010 yılında ise bağımsız gözlemcilerin de bulunduğu seçimlerin ardından Yanukoviç devlet başkanlığı koltuğuna oturmuştur. Ana muhalefet lideri konumuna düşen Yuliya Timoşenko ise görevini kötüye kullanmak suçundan Ekim

²⁹ Mizrokhi, age, s.10.

³⁰ Constitutional Court of Ukraine, s.43. <http://www.ccu.gov.ua/en/doccatalog/list?currDir=12083> Erişim Tarihi: 07.02.2015

2011'de cezaevine konulmuştur. Ukrayna'da yaşanan bu çalkantılı siyasi süreç, meydana gelecek sorun ve çatışmalara gebe bir hal almıştır.

4. KIRIM'IN RUSYA'YA BAĞLANMASI

Hükümet ve muhalefet arasında 2013 Kasım'ında başlayan siyasi çatışmanın ilk belirtileri 22 Kasım 2013'te hükümetin AB Ortaklık Anlaşması'nı reddetmesi üzerine ortaya çıkmıştır. 28/29 Kasım 2013'te Vilnius'ta düzenlenen Doğu Ortaklığı Zirvesi'nde Ukrayna ile Ortaklık Anlaşmasını hedefleyen Avrupa Komisyonu Anlaşmayı, Avrupa Komşuluk Politikası'nın hayata geçirilmesi açısından önemli bir kilometre taşı olarak görmüştür. Çoğunluğunu öğrencilerin oluşturduğu ve Batı taraftarı gençlik kuruluşları ve beraberindekiler, sağ görüşlü milliyetçiler ve aşırılık yanlısı örgütler Ukrayna'nın yüzünü Batı'ya/Brüksel'e dönmesini desteklemişlerdir. Aynı dönemde Ukrayna'nın üç muhalefet partisi – Anavatan (*Batkivschina*), Yumruk (*Udar*) ve Özgürlük (*Svoboda*)- inisiyatifi ele almaya çalışmış; Kiev'in merkezindeki "Bağımsızlık Meydanı" ve "Avrupa Meydanı" karşıt protestoların hâkim olduğu alanlar olmuştur.³¹

Kaos ve çatışma ortamında 16 Ocak'ta muhalifleri engellemek adına bir takım yasalar meclisten geçmiş ancak Yanukoviç böylesi bir ortamda muhaliflerin sindirilmesi adına attığı adımların aksi sonuç doğurduğunu gözlemlemiş ve geri adım atmıştır.³² Ülkedeki istikrarsızlık ve çatışma ortamının giderek şiddetlenmesi üzerine Yanukoviç ve muhalif liderler görüşmelere başlamıştır. Gerçekleştirilen müzakereler sonucu erken seçim kararı alınmış ve devlet başkanının yetkileri sınırlandırılmıştır.³³

22 Şubat'ta Parlamento, başkan Yanukoviç'in görevden alınması için oylama yapmış ve Yanukoviç ülkeyi terk etmek durumunda kalmıştır. Aynı gün Parlamento, hapiste bulunan eski başbakan Julia Timeshenko'nun serbest bırakılmasına karar vermiştir. Ardından Yanukoviç için Parlamento tarafından "*toplu cinayet*" suçundan tutuklanma kararı çıkartılmıştır. 23 Şubat'ta Parlamento sözcüsü olan Olexander Turçinov başbakanlık icra yetkisine sahip olmuştur.

Ukrayna'daki siyasal sistemin kırılğan ve istikrarsız olması kaotik ortamın ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Ukrayna'da hiçbir siyasal blok/parti ülkenin siyasetine tam anlamıyla hâkim olamamıştır. Sol cephe, liberal merkez ve milliyetçi muhafazakâr cenahtan oluşan siyasal yelpazenin çok parçacıklı olması, tek

³¹ *Kronoloji: Kırım Gerginliği*, <http://www.aljazeera.com.tr/kronoloji/kronoloji-kirim-gerginligi>, Erişim Tarihi: 04.12.2014.

³² Oktay Bingöl, *Ukrayna Krizinin Ulusal, Bölgesel-Küresel Bağlamı ve Gelecek Öngörülleri, Karadeniz Araştırmaları*, Bahar 2014, Sayı 41, s.15-16.

³³ Habibe Özdal, *Ukrayna'da Anlaşmaya Varıldı (mi?)*, USAK, <http://www.usak.org.tr/print.php?id=2239&z=6> Erişim Tarihi: 01.12.2014.

başına mecliste güçlü bir etkiye sahip olamaması, koalisyon hükümetlerinin kurulmasına neden olmuştur. Bu da siyasal sistemin krize girmesine ve liderlik sorununun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Krizin vücut bulmasında etkili olan bir diğer faktör ise SSCB'nin yıkılmasıyla ortaya çıkan oligark yapılanmadır. Bunlardan en etkili olanları Dnepropetrovsk, Donetsk ve Kiev'de mevcudiyetlerini devam ettirmektedir. İç/dış siyasette etkili olan bu klanlar özellikle önemli finans, sanayi gruplarını oluşturmaktadırlar. SSCB sonrası elde ettikleri menfaatleri siyasallaştırma, uluslararası sermayeye entegre olma, Avrupa bankalarının kredilerine erişilebilir hale gelme istekleri, Yanukoviç'in siyasi gücünü kullanarak bunları egale etme iştahı, bu grupların tedirgin olmasına ve ülkedeki krizlerde eylem ve tavırlarıyla başat rol oynamasına sebebiyet vermiştir.³⁴

Ukrayna'da yaşanan bu siyasal kriz, Kırım'a sızramış ve Kırım'da bulunan Rusya destekçisi Ukraynalı göstericiler Kırım Parlamento binasını işgal edip Rus bayraklarını asmışlardır. Kırım'da olayların şiddetlenmesinin peşi sıra Rus üniformalı silahlı askerler 28 Şubat'ta Kırım Havaalanı'nı işgal etmiştir. Bu birlikler, 25 Mayıs'ta mevcut özerklik statüsünün güçlendirilmesiyle ilgili bir referandum kararının alınmasını sağlamıştır. Kırım Parlamentosu referandum tarihini önce 30 Mart'a sonrasında ise 16 Mart'a çekmiştir. Referandumda sorulacak sorular iki kez değiştirildikten³⁵ sonra şu şekilde kararlaştırılmıştır:

1. Rusya'ya bağlanmaya razı mısınız?

2. 1992 yılı Kırım Anayasa'sının yeniden yürürlüğe girmesi ve Kırım'ın Ukrayna'nın bir parçası olmasına razı mısınız?

Kırım Özerk Cumhuriyeti'nde 16 Mart'ta gerçekleştirilen referandumu Kırım Tatarları boykot etmiş ve referandum Ukrayna'nın aleyhine sonuçlanmıştır. Kırım'da düzenlenen referandumda %83'lük bir katılım sağlanmış, %93'lük bir oy oranı, Ukrayna'nın artık Kırım'a sahip olmadığını nişanesi olmuştur.

Referandum ertesi, 17 Mart'ta Moskova, Kırım'ın bağımsızlığını beyan etmiş, 18 Mart'ta ise Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin Kırım'ın Rusya'ya bağlanmasını öngören anlaşmayı imzalamıştır.³⁶

³⁴ Sergey Tolstov, *Ukrayna'daki Siyasi Krizin Sebepleri ve Öne Çıkan Özellikleri*, <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/ukraynadaki-siyasi-krizin-sebepleri-ve-one-cikan-ozellikleri> Erişim Tarihi: 03.12.2014.

³⁵ Başlangıçta alınan karara göre referandumda sorulacak sorular şu şekilde belirlenmişti: Kırım Özerk Cumhuriyeti'nin statüsünün Ukrayna'ya bağlı bir cumhuriyet olarak devam etmeyeceği ve Kırım, Ukrayna'ya bağlı özerk cumhuriyet midir? gibi sorular sorulacaktı. Bkz. Habibe Özdal ve diğerleri, *Ukrayna Siyasi Krizinde Rusya ve Batı'nın Tutumu*, Analiz No: 28, USAK, 2014, Ankara, s.6.

³⁶ Brad Simpson, *Self-Determination in the Age Of Putin*, Foreign Policy, 2014, <http://foreignpolicy.com/2014/03/21/self-determination-in-the-age-of-putin/> Erişim Tarihi: 09.02.2015

5. KUVVET KULLANMA HUKUKU AÇISINDAN KIRIM SORUNU

Rusya Kırım'ı meşrulaştırmak adına bir takım argümanlar ileri sürmüştür. Dikkat çeken önemli argümanlar arasında şunlar vardır:

1. Rusya'ya göre mevcut Kiev hükümeti meşru bir hükümet olmayıp, *coup d'etat* (*Hükümet darbesi*) gerçekleşmiştir. Ukrayna Anayasası'nın 11. maddesine göre devlet başkanının hakkındaki suçlamalar dolayısıyla görevden alınabilmesi için $\frac{3}{4}$ den az olmayan bir kabul oyu gereklidir.³⁷Dolayısıyla Yanukoviç'in görevinden alınması anayasal bir krize sebep olmuştur. Oysa Yanukoviç'in üstlendiği sorumlulukları bırakarak ülkeyi terk etmesi nedeniyle meşruiyetini ve etkin kontrolü kaybetmiştir.
2. Ülke Dışındaki Vatandaşlarını Tehlikelere Karşı Koruma: Rusya'ya göre ülkedeki milliyetçi politikalar Rus azınlığın temel haklarını tehdit etmektedir. Kırım'da bulunan Rus kökenlilerin can güvenliğinin tehlikede olduğu ve can güvenliğinin sağlanması için böyle bir adımın atılması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bunu gerekçelendirirken Rusya Anayasası'nda kendi toprakları dışındaki vatandaşlarının koruma yükümlülüğü ve gerektiğinde askeri müdahaleye de başvurma hakkı tanımaktadır.³⁸
3. İnsani Müdahale: Rusya'ya göre Ukrayna'da yaşanan insani kriz karşısında potansiyel bir mülteci akınına karşı tedbir alınması zorunluluğu vardır.
4. Davetle Müdahale: Devrik lider Yanukoviç ile Kırım Özerk Bölgesi Başbakanı'nın bölgede güvenliği ve istikrarı sağlaması için Rusya'yı davet etmiştir.³⁹Pek çok devlet kuvvet kullanma eylemlerini meşrulaştırmak için ilgili hükümetten aldıkları davete dayanmıştır. Soğuk Savaş sırasında süper güçler dostane hükümetleri işbaşında tutmak için bu araçları sıkça kullanmıştır. ABD 1954'te Guatemala'da; 1973'te Şili'de ve 1953'te İran'da dostane hükümetleri desteklerken; SSCB ise Küba, Angola, Vietnam ve Etiyopya'da dostane hükümetleri desteklemiştir. Benzer şekilde Fransa davetle müdahale esasında 1964'te Gabon; 1968'de Çad; 1979'da Orta Afrika Cumhuriyeti ve 11 Ocak 2013'te Mali'ye bu esasta müdahale etmiştir. 1987'de Hindistan benzer esasta Sri Lanka'ya müdahale etmiş ve BM'den tepki görmemiştir. Davetle müdahalenin meşru olabilmesi için temel ölçüt iç huzursuzluğun iç savaş eşiğinin altında olmasıdır. Bu şartlarda davet ile kuvvet kullanma meşru görülmemekte ve 1945'ten beri devletlere tanınmaktadır. Nitekim Saldırının Tanımına ilişkin

³⁷ Oğuz Kaan Pehlivan, Rusya'nın Tezleri-Batı'nın Antitezleri: Kırım ve Uluslararası Hukuk, *Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu (USAK)*, Ankara, 2014, s.1.

³⁸ Ceren, Gürseler, Kırım'ın "Self-Determinasyonu" Nasıl Yorumlanabilir? *Karadeniz Araştırmaları*, Güz 2014, Sayı 43, s.92.

³⁹ Pehlivan, agm, s.1.

3314 sayılı (1974) Genel Kurul kararının 3. madde (e) paragrafı dolaylı olarak bir devletin yabancı bir orduyu davet etme hakkını kabul etmektedir. 3. madde (e) paragrafına göre bir devletin başka bir devletle yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonrada sürdürülmesi eylemlerinin "saldırı" sayılacağını belirtmektedir. Görüldüğü gibi iç karışıklıkları sona erdirmek için hükümete yardım etme amacıyla sınırlı olan bu müdahaleler uluslararası toplumun tepkisini çekmemektedir. Bununla birlikte, bir hükümete yardım etme hakkının, Sovyetler Birliği'nin 1956 yılında Macaristan'a müdahalesi gibi, dramatik bir biçimde ihlal edildiği örneklerde vardır.⁴⁰ Devrik lider Yanukoviç ile Kırım Özerk Bölgesi Başbakanı'nın bölgede güvenliği ve istikrarı sağlaması için Rusya'yı davet ettiği argümanı da uluslararası toplum tarafından kabul görmemektedir.

5. Garantörlük Hakkının Kullanılması: Rusya, Kırım sorununa müdahil olmayı 1994 yılında imzalanan Budapeşte Mutabakatı'ndan doğan garantörlük hakkına dayandırmaktadır.⁴¹ Ancak 1994 yılında *Nükleer Silahların Sınırlandırılması Antlaşması* neticesinde imzalanan Budapeşte Mutabakatı'ndan doğan yükümlülükleri gereği Kırım'a müdahale etme hakkını gören Rusya'nın girişimleri birtakım ihlalleri de beraberinde getirmiştir. Leonid Kuçma D.(Ukrayna), Boris Yeltsin N. (Rusya Federasyonu), John Major (Britanya ve Kuzey İrlanda), William J. Clinton'ın (Amerika Birleşik Devletleri) imzalarıyla⁴² geçerlilik kazanan bu Mutabakatın 1. maddesi ve 2. maddesi sırasıyla Ukrayna'nın mevcut sınırlarına, egemenliğine, bağımsızlığına karşı güç kullanımından kaçınılmasını öngörmektedir. Oysa Rusya, Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü, egemenliğini ve bağımsızlığını ihlal etmiş ve uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Kısacası Rusya 1994 yılında Rusya ile Ukrayna arasında imzalanan ve Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü ve siyasal bağımsızlığını koruma garantisi veren Budapeşte Mutabakatı'nı⁴³ ihlal etmiştir.

⁴⁰ Fatma Taşdemir, "Davetle Müdahale: Fransa'nın Mali'ye Askeri, Müdahalesi", <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-fatma-tasdemir/davetle-mudahale-fransa-nin-maliye-askeri-mudahalesi/>, Erişim Tarihi, 13 Mart 2015.

⁴¹ M. Seyfettin Erol, Ukrayna-Kırım Krizi ya da İkinci Yalta Süreci, *Karadeniz Araştırmaları*, Bahar 2014, Sayı 41, s.3.

⁴² Budapest Memorandums on Security Assurances, 1994, <http://www.cfr.org/nonproliferation-arms-control-and-disarmament/budapest-memorandums-security-assurances-1994/p32484> Erişim Tarihi: 04.02.2015.

⁴³ 1994 Budapeşte Mutabakatının ilgili hükümleri: Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri, AGİK Nihai Senedinin ilkeleleri uyarınca Ukrayna'nın bağımsızlık, egemenlik ve mevcut sınırlarına saygı duymak gibi, Ukrayna karşısında olan yükümlülüklerini teyit eder. Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri, Ukrayna'nın toprak bütünlü-

6. Kosova ile Eşdeğer Olması: Rusya, Kırım'ın bağımsızlık bildirisinde BM'yi ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'nı referans göstermiş ve bu kararın Kosova ile eşdeğer bir görünümde olduğunu belirtmiştir. Kosova konusunda BM Genel Kurulu, UAD'den Kosova'nın bağımsızlık ilanının uluslararası hukuka uygun olup olmadığı konusunda danışma görüşü istemiş; ancak kararda Kosova'nın hangi hukuk kuralları uyarınca ayrılma hakkına sahip olduğuna yönelik bir hukuki izahtan bahsedilmemiş, sadece bağımsızlık ilanının hukuki meşruiyeti ele alınmıştır. Yani UAD Kosova'nın self determinasyon hakkının varlığını onaylamamıştır.⁴⁴

Kosova ve Kırım olayları bir bakıma ABD ve Rusya arasında meydana gelen güç rekabetinin göstergesidir. Kırım'ın bağımsızlığı sürecinde Rusya başat aktörken, Kosova'nın bağımsızlığında ise ABD'nin etkin konumda olduğunu gözlemlemek mümkündür. Kırım'ın bağımsızlığı Rusya adına Kosova'nın rövanşı olarak nitelendirilebilir. Çünkü Rusya, Sırbistan'ın toprak bütünlüğünden yana taraftı, ancak Kosova'nın bağımsızlığına engel olamadı. Hem Kırım hem de Kosova olaylarında tek taraflı bir ayrılma söz konusudur. Ayrılmalar, uluslararası hukukun ve normların ön gördüğü self determinasyon hakkının kullanılma koşuluna da uygun değildir. Kosova Batılı devletlerin "yaygın tanıması" ile bir devlet olurken; Kırım henüz "yaygın tanıma" elde edememiştir.

Sonuç olarak Rusya hem BM Şartının 2. Maddesinin 4. fıkrası gereğince "devletler bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar" şeklindeki ahdi hukuktaki hem de örfi hukuktaki Jus Cogens kurallarından kuvvet kullanma yasağını ihlal etmiştir. Ancak bu ihlal, kuvvet kullanma yasağını ortadan kaldırmamış; mevcut yasağı daha da güçlendirmiştir.

6. SELF DETERMİNASYON VE AYRILMA HAKKI BAĞLAMINDA KIRIM SORUNU

Hukuk düzeni içerisinde bir hakkın varlığı ile bu hakkın kim tarafından ve hangi şartlarda kullanılabileceği ayrı şeylerdir. Şüphesiz self determinasyon hakkı ve bu hakkın referandum vasıtasıyla kullanılması uluslararası hukukta

ğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı güç kullanarak tehditte bulunmaktan ya da güç kullanmaktan kaçınma yükümlülüklerini, ve nefsi-i müdafaa veya başka konuyla Birleşmiş Milletler Antlaşması doğrultusunda olan tutarlar dışında onlara ait herhangi silahın hiçbir zaman Ukrayna'ya karşı kullanılmayacağını teyit eder. Ferid Alizade, *Uluslararası Hukuk ve Kırım Krizi*, https://www.academia.edu/9070408/Uluslararası%C4%B1_Hukuk_ve_K%C4%B1r%C4%B1m_Krizi, Erişim Tarihi: 01.12.2014.

⁴⁴ Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Hukuk Açısından Kırım'ın İlhaki ve Self Determinasyon Hakkı*, <http://haber.stargazete.com/acikgorus/uluslararası-hukuk-acısından-kırımın-ilhaki-ve-self-determinasyon-hakkı/haber-859182> Erişim Tarihi: 30.11.2014.

kabul edilen mevcut bir haktır. 16 Mart Pazar günü referanduma giden Kırım, Rusya'ya bağlanma kararı almıştır. Ancak Kırım'ın Rusya'ya bağlanması, uluslararası hukukun müphem bıraktığı konulardan biri olan self determinasyon ilkesini yeniden gün yüzüne çıkarmıştır. Bu noktada Kırım sorunu birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Buna göre: Tek taraflı ayrılmalara karşı uluslararası hukukun tavrı müspet değildir. Self determinasyon ilkesi sömürge altındaki toplulukların kullanmasını öncelemektedir. Bu nedenle Kırım sömürge altındaki bir topluluk değildir. Sömürgecilik döneminin klasik ve dar tanımlanmış bir hali olan tuzlu-su teorisi (*Salt Water*) bağlamında ele alınamaz.⁴⁵ Dolayısıyla Kırım, bu bağlamda uluslararası hukukun tanıdığı self determinasyon hakkına sahip değildir.

Rusya'nın Kırım'a asker çıkarması, kamu binalarının Rusya yanlısı militanlar tarafından işgal edilmesi ve bölgede Rusya'nın Karadeniz filosunun bulunması gibi hususlar yapılan referandumun meşruiyetini sorgulanır hale getirmiştir. Ayrıca 16 Mart'ta yapılan seçimlerde tarafsız seçim komisyonlarının bulunmaması, referandumda uluslararası gözlemcilerle yer verilmemesi, çıkan sonucun kabul edilebilirliği noktasındaki şüpheleri doruğa çıkarmıştır.⁴⁶ Ayrıca bölgenin ana unsuru olan Kırım Tatarlarının referandumu boykot etmesine rağmen Rusya'nın politik manevraları mevcut durumu bir oldubittiye (*fait accompli*)⁴⁷ getirme çabası olarak algılanmıştır.

Ayrıca referandumda dikkat çeken bir diğer önemli husus, referandumda sorulan sorulardan kaynaklanmaktadır. Sorular, Kırım'ın ya Rusya'ya katılma ve 1992 Anayasası hükümlerine dönüşü öncelemekteydi. Bu durumda mevcut statükonun devamlılığı göz ardı edilmiş ve Kırım'ın Ukrayna ile olan bağların koparılması gaye edinilmiştir.

Ukrayna Anayasası'nın 134. Maddesi: "*Kırım Otonom bir Cumhuriyettir, Ukrayna'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Yetki sınırlarında olan konular üzerinde Ukrayna Anayasası'nın belirlediği sınırlar içerisinde kararlar alabilir*".⁴⁸ Ayrıca buradan hareketle Kırım Anayasası'nın 2. maddesinde "*Kırım Otonom Cumhuri-*

⁴⁵ Marc Weller, Settling Self Determination Conflicts: Recent Developments, *European Journal of International Law*, 20(1), 2009, s.113.

⁴⁶ *International Law and Legality of Secession in Crimea*, <http://cjjcl.org.uk/2014/04/20/international-law-legality-secession-crimea/> Erişim Tarihi: 27.11.2014.

⁴⁷ *Fait Accompli*, Uluslararası ilişkilerde tek yanlı ve ilgili diğer tarafları dikkate almadan girilen eylem olarak tanımlanmaktadır. Dilimizdeki karşılığı "oldu-bitti" olarak verilebilecek olan deyim, uluslararası hukuk kuralları açısından yasaklanmış bir eyleme işaret etmektedir. Bu anlamı ile "*fait accompli*" uluslararası ilişkilerde ortaya çıkan sorunları görüşmeler yoluyla çözümenin karşılığı olmaktadır. Bkz. Faruk Sönmezoğlu (ed.), *Uluslararası İlişkiler Sözlüğü (2. Baskı)*, Der Yayınları, İstanbul, 1996, s.186.

⁴⁸ "Constitutional Court of Ukraine", s.43.

yeti'nin Ukrayna Anayasası ile çelişmesi halinde, üstün norm Ukrayna Anayasası'dır.⁴⁹ Kırım Parlamentosu tarafından alınan referandum kararı bağlı olduğu ve üstün norm kabul ettiği Ukrayna Anayasası ile çelişmektedir. Ayrıca Ukrayna Anayasası'nın 73. maddesine göre "*toprak bütünlüğüne dair konular ülke genelinde düzenlenecek bir referandumla belirlenecektir*", ibaresi yer almaktadır. Buna ek olarak yine Ukrayna Anayasası'nın 72. maddesine göre ülke genelinde düzenlenecek olan referandum şu şartlara bağlanmıştır: *Oblastların (bölgelerin) en az üçte ikisinin talebiyle, her oblasttan toplanan imza sayısının 100.000 olması koşuluyla oy hakkına sahip en az üç milyon Ukrayna vatandaşının talebiyle referandum gerçekleştirilir.*⁵⁰ Kırım Parlamentosu'nun bu kararı Ukrayna yargısı tarafından anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir. Ancak uluslararası toplumun tüm tepkisine, hukuka aykırılığına ve tek taraflı düzenlenmesine rağmen meşruiyetten yoksun bir referandum olarak gerçekleşmiştir.

Kırım toprağı 1954 yılında Sovyet lider Kruşçev tarafından Ukrayna'ya hediye edilmiştir. Ukrayna tarafından ne işgali ne de ilhakı söz konusu değildir. Dolayısıyla Kırım, yabancı boyunduruğu altındaki halkların (Filistin gibi) self determinasyon hakkını kullanmaya haiz değildir.

Rusya "düzeltici /"son çare olarak ayrılma hakkına "*remedial secession*) dayanarak sorunun içsel boyuttan dışsal bir boyuta ulaştığını ileri sürmektedir. Putin'in bu iddiasının hiçbir somut desteğinin olmadığını vurgulayan AGİT Milli Azınlıklar Yüksek Komiseri, Kiev ve Kırım ziyaretinde buralarda bulunan Rusça konuşan halkların şiddete maruz bırakıldığı iddialarının asılsız olduğunu vurguladı.⁵¹ Ayrıca yapılan incelemelerde Kırım'da yaşayan Rusya asıllı vatandaşların etnik aidiyetleri sebebiyle veya başka bir sebepten ötürü ayrımcı bir muameleye tabi tutulduklarını ya da ağır insan hakları ihlallerine maruz kaldıklarını, yönetime katılmalarına engel olduğunu gösterir bir uygulamanın da söz konusu olmadığı tespit edildi. Kosova'da bile kabul görmeyen bu argümanın Kırım bağlamında hiç bir geçerliği yoktur.⁵²

Sonuç Yerine: Kırım Sorunu Emsal Teşkil Eder mi?

Kadim bir kural olarak günümüze kadar varlığını sürdüren, zaman zaman batı aktörler arasındaki güç mücadelesine konu olan toprakların bölünmezliği ilkesinin muhtelif zamanlarda delindiğine şahit olmaktayız. Soğuk savaş sonrası Rus-

⁴⁹ Law Of Ukraine On Approval of the Constitution of the Autonomous Republic of Crimea; <http://www.rada.crimea.ua/en/bases-of-activity/konstituciya-ARKErişim> Tarihi: 07.02.2015

⁵⁰ "Constitutional Court of Ukraine....". s.17.

⁵¹ "International Law and Legality....".

⁵² Fatma Taşdemir ve Gökhan Albayrak, Kosova'nın Bağımsızlık İlanı ve Self-Determinasyon Hakkı, Murat Saraçlı (Ed.), *Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları*, BigBang Yayınları, Ankara, 2012, s.258.

ya'nın eski Sovyet topraklarının Batı'nın hâkimiyetine girmemesi noktasında tavırların ayrılıkçı eylemlerdeki reflekslerinde gözlemlemek mümkündür. Kosova'nın bağımsızlık sürecine karşı tepki geliştirmiş ve Batı'ya ve ABD'ye misilleme olarak, son dönemde Batı'ya yaklaşan Gürcistan ve Ukrayna'daki özerk yapıların bağımsızlık süreçlerine destek sağlamıştır. Her ne kadar uluslararası hukukun önem atfettiği ülkesel bütünlük ilkesi Rusya tarafından delinse de mevcut hukuk sisteminin öngördüğü hukuk normları kendi içerisinde bir çelişkiyi ifade etmektedir. Bir yandan ana devletin toprak bütünlüğünü vurgularken öte yandan bir devletin sınırları içerisinde anayasal olarak kabul edilen halkın self determinasyon ilkesinin radikal boyutu olan ayrılmaya olanak tanınmasıdır.⁵³ Christakis bu çelişkiyi "aynı anda iki ata binmek" (*ride two horses at the same time*) söylemi ile veciz bir şekilde ifade etmektedir. Rusya 1990'lı yıllar boyunca devletlerin toprak bütünlüğü ilkesine en çok riayet eden(!) bir ülke pozisyonundaydı. Özellikle Çeçenistan'ın ve Tataristan'ın ayrılıkçı teşebbüslerine karşı insan hakları ihlallerine başvurarak bu ilkenin bayraktarlığını yapmaktaydı. Ancak Rusya, son dönemde uluslararası hukukun muğlak bıraktığı self determinasyon ilkesinin en önemli savunucularından birisi olmuştur. Kosova'nın bağımsızlık sürecini *sui generis* bir yapıda olduğunu vurgulayan uluslararası hukuk karşısında Güney Osetya ve Abhazy'a'dan sonra, Kosova'ya karşı Rusya'nın intikamının (*Russian revenge*) ikinci ayağını Kırım krizi oluşturmuştur.⁵⁴

Kırım'ın Rusya tarafından işgal edilmesinin ardından gerçekleşen referandum ve buna dayanarak Rusya'ya bağlanması uluslararası hukukun açık ihlalidir. BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinden biri olan Rusya'ya karşı kolektif güvenlik sisteminin işletilmesi mümkün değildir. Ancak BM Genel Kurulu Rusya'yı kınayan bir karar kabul etmiştir.⁵⁵ Batılı devletler, Rusya'ya karşı ekonomik ambargo uygulama yönünde bir kararlar -özellikle AB- Rusya ile ekonomik ilişkilerini keserken, NATO, Barış İçin Ortaklık uygulamasını durdurmuştur.⁵⁶ Ancak ekonomik ambargo, kısa vadede istenilen düzeyde etki gösterememiştir.

⁵³ Christakis, agm, s.2.

⁵⁴ Christakis, agm, s.4.

⁵⁵ 24 Mart 2014 tarihinde BM Genel Kurulu'nun Kırım'a İlişkin Kararı; Rusya tarafından gerçekleştirilen ilhakin uluslararası normlara aykırı olduğunu, sorunun barışçıl yöntemlerle çözümlenmesi gerektiği ve gerçekleştirilen referandumun ise geçersiz olduğu vurgulandı. Ayrıca Genel Kurul'da yapılan oylamada Kırım Referandumunun geçersiz olduğunu vurgulayan karar 100 kabul, 11 ret ve 58 çekimser oyla kabul edildi.

Backing Ukraine's Territorial Integrity, UN Assembly Declares Crimea Referendum Invalid, http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47443#.VODzN_msW9E Erişim Tarihi: 02. 10. 2015

⁵⁶ Anıl Çeçen, *Yeniden Kırım Sorunu*, <http://www.2023.gen.tr/nisan2014/8.htm> Erişim Tarihi: 30.11.2014.

Kosova ve Güney Osetya ve Abhazya'nın bağımsızlıklarını kazanmaları post kolonyal dönem sonrası toprak bütünlüğünün korunması ilkesinin delinmesi anlamına gelmiştir.⁵⁷Bu sorunlar hala bir çözüme ulaşmamıştır. *Dondurulmuş sorunlar olarak* tekrardan gün yüzüne çıkma olasılığı devam etmektedir. Bu sorunlara Kırım örneği ile bir yenisi daha eklenmiştir. Nasıl ki;

Kosovaher şeye rağmen Kırım'a emsal olmuşsa, Kırım'da başka ayrılma örneklerine emsal oluşturacaktır. Bundan sonraki süreçte dünyanın birçok yerinde benzer hadiselerin gözlemlenmesi mümkündür.⁵⁸Küresel ufalanma, mikro devletçiklere yol açacaktır.

⁵⁷ Mikulas Fabry, The Contemporary Practice of State Recognition: Kosovo, South Ossetia, Abkhazia, and Their Aftermath, *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, Volume 40, Issue 5, 2012, s.668.

⁵⁸ Simpson, "Self-Determination in ...".

KAYNAKÇA

- ACER, Yücel, *Kırım'ın İlhakı ve Uluslararası Hukuk*, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-yucel-acer/kirim-in-ilhaki-veuluslararası-hukuk/>, Erişim Tarihi: 03.12.2014.
- ALİZADE, Ferid, *Uluslararası Hukuk ve Kırım Krizi*, https://www.academia.edu/9070408/Uluslararası_Hukuk_ve_Kırım_Krizi Erişim Tarihi: 01.12.2014.
- Backing Ukraine's Territorial Integrity, UN Assembly Declares Crimea Referendum Invalid*, http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47443#.VODzN_msW9E Erişim Tarihi: 02. 10. 2015.
- BİNGÖL, Oktay, Ukrayna Krizinin Ulusal, Bölgesel-Küresel Bağlamı ve Gelecek Öngörülleri, *Karadeniz Araştırmaları*, Bahar 2014, Sayı 41, s.15-38.
- ABDÜLKERİMOV, Bahtiyar, *BM'nin Ukrayna İnsan Hakları Raporu*, <http://www.aa.com.tr/tr/rss/329495--bmnin-ukrayna-insan-haklari-raporu> Erişim Tarihi: 30.11.2014.
- Budapest Memorandums on Security Assurances, 1994*, <http://www.cfr.org/nonproliferation-arms-control-and-disarmament/budapest-memorandums-security-assurances-1994/p32484> Erişim Tarihi: 04.02.2015.
- BRZEZİNSKÍ, Zbigniew, *Büyük Satranç Tahtası, Amerika'nın Küresel Üstünlüğü ve Bunun Jeostratejik Gereklilikleri*, Çev. Yelda Türedi, İnkılap Kitapevi, İstanbul, 2005.
- CHRISTAKIS, Theodore, Self-Determinasyon, Territorial Integrity and *Fait Accompli* In The Case of Crimea, *ZaöRV/Heidelberg JIL* Vol. 75 (1), 2015.
- Constitutional Court of Ukraine, <http://www.ccu.gov.ua/en/doccatalog/list?currDir=12083> Erişim Tarihi: 07.02.2015.
- ÇEÇEN, Anıl, *Yeniden Kırım Sorunu*, <http://www.2023.gen.tr/nisan2014/8.htm> Erişim Tarihi: 30.11.2014.
- EROL, Mehmet Seyfettin, "Ukrayna-Kırım Krizi" ya da "İkinci Yalta Süreci", *Karadeniz Araştırmaları*, Bahar 2014, Sayı 41, ss.1-14.
- FABRY, Mikulas, The Contemporary Practice of State Recognition: Kosovo, South Ossetia, Abkhazia, and Their Aftermath, *Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity*, Volume 40, Issue 5, 2012, pp. 661-676.
- GÜRSELER, Ceren, Kırım'ın "Self-Determinasyonu" Nasıl Yorumlanabilir?, *Karadeniz Araştırmaları*, Güz 2014, Sayı 43, s s.87-115.
- International Law and Legality of Secession in Crimea*, <http://cjlcl.org.uk/2014/04/20/international-law-legality-secession-crimea/> Erişim Tarihi: 27.11.2014.
- İMANBEYLİ, Vügar, Ülke-İçi Krizinden Uluslararası Soruna Ukrayna-Kırım Meselesi, *SETA PERSPEKTİF*, Sayı: 36, 2014, ss.1-8.
- KARADELİ, Cem, Ortaçağ'dan Günümüze Ukrayna'nın Kısa Tarihi, *Uluslararası Politikada Ukrayna Krizi*, Ed. Hasret Çomak ve Diğerleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

- KELKİTLİ, Fatma Aslı, Kırım: Rusya İçin Vazgeçilmez Yarımada, Ed. Hasret Çomak ve Diğerleri, *Uluslararası Politikada Ukrayna Krizi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KIRIMLI, Hakan, *İslam Ansiklopedisi, "Kırım" maddesi, Rus idaresi Dönemi*, Türkiye Diyanet Vakfı (TDV) Yayınları, Cilt: 25, Ankara, 2002.
- Kronoloji: Kırım Gerginliği*, <http://www.aljazeera.com.tr/kronoloji/kronoloji-kirim-gerginligi>, Erişim Tarihi: 04.12.2014.
- KURAT, Akdes Nimet, *IV-XVIII. Yüzyıllarda Kuzeyindeki Türk Kavimleri ve Devletleri*, Murat Kitabevi Yayınları, Ankara, 1992.
- Law Of Ukraine On Approval of the Constitution of the Autonomous Republic of Crimea*, <http://www.rada.crimea.ua/en/bases-of-activity/konstituciya-ARK> Erişim Tarihi: 07.02.2015.
- MARXEN, Christian, The Crimea Crisis –An International Law Perspective, *Zeitschrift ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law)*, 74/2, 2014, ss.367-391.
- MIZROKHI, Elena, *Russian "Separatism" in Crimea and NATO: Ukraine's Big Hope, Russia's Grand Gamble*, Chaire de recherche du Canada sur les conflits identitaires et le terrorisme and for the Programme Paix et sécurité internationales, Institut québécois des hautes études internationales at Laval University, Quebec city August 2009.
- ÖZARSLAN, Bahadır Bumin, Soğuk Savaş Sonrasında Kırım'ın ve Kırım Tatar Türklerinin Statüsü, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 10, Sayı: 39, 2014, ss.97-135.
- ÖZDAL, Habibe ve diğerleri, Ukrayna Siyasi Krizinde Rusya ve Batı'nın Tutumu, *USAK Analiz No: 28*, Ankara, 2014.
- ÖZDAL, Habibe, *Ukrayna'da Anlaşmaya Varıldı (mi?)*, USAK, 2014. <http://www.usak.org.tr/print.php?id=2239&z=6> Erişim Tarihi: 01.12.2014.
- PEHLİVAN, Oğuz Kaan, Rusya'nın Tezleri-Batı'nın Antitezleri: Kırım ve Uluslararası Hukuk, *Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu (USAK)*, Ankara, 2014.
- SAĞLAM, Mühdan, 21. Yüzyılda Küresel Rekabetin Zemini Ukrayna, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 69, Sayı 2, 2014, ss.435-444.
- SIMPSON, Brad, *Self-Determination in the Age Of Putin*, Foreign Policy, 2014, <http://foreignpolicy.com/2014/03/21/self-determination-in-the-age-of-putin/> Erişim Tarihi: 09.02.2015.
- SÖNMEZOĞLU, Faruk (ed.), *Uluslararası İlişkiler Sözlüğü (2. Baskı)*, Der Yayınları, İstanbul, 1996.
- Temmuz 2014'te tahmin edilen Ukrayna nüfusu; 44.291.413'tür. https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print/country/countrypdf_up.pdf Erişim Tarihi: 17.11.2014.
- TAŞDEMİR Fatma ve ALBAYRAK Gökhan, Kosova'nın Bağımsızlık İlanı ve Self-Determinasyon Hakkı, Ed. Murat Saraçlı, *Uluslararası Hukukta Güncel Sorun Alanları*, BigBang Yayınları, Ankara, 2012.

- TAŞDEMİR, Fatma, "*Davetle Müdahale: Fransa'nın Mali'ye Askeri, Müdahalesi*", <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-fatma-tasdemir/davetle-mudahale-fransa-nin-mali-ye-askeri-mudahalesi/>, Erişim Tarihi, 13 Mart 2015.
- TOLSTOV, Sergev, "*Ukrayna'daki Siyasi Krizin Sebepleri ve Öne Çıkan Özellikleri*", <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/ukraynadaki-siyasi-krizin-sebepleri-ve-one-cikan-ozellikleri> Erişim Tarihi: 03.12.2014.
- TOPAL, Ahmet Hamdi, "*Uluslararası Hukuk Açısından Kırım'ın İlhaki ve Self Determinasyon Hakkı*", <http://haber.stargazete.com/acikgorus/uluslararasi-hukuk-acisindan-kirimin-ilhaki-ve-self-determinasyon-hakki/haber-859182> Erişim Tarihi: 30.11.2014.
- Ukraine&Crimea, Current Context, May 9, 2014 Edition, *California History-Social Science Project, UC Davis*, <http://chssp.ucdavis.edu> Erişim Tarihi: 02.12.2014.
- WELLER, Marc, "Settling Self Determination Conflicts: Recent Developments", *European Journal of International Law*, 20(1), 2009, pp. 111-165.
- WYDRA, Doris, "The Crimea Conundrum: The Tug of War Between Russia and Ukraine on the Questions of Autonomy and Self-Determination", *International Journal on Minority and Group Rights*, Volume 10, Issue 2, ss. 111-130.
- YALÇINKAYA, Alaeddin, "Rus Real politikasının Ertelelediği Sorun: Kırım", *Karadeniz Araştırmaları*, Sayı: 8, Kış 2005. ss.99-113.

TIBBİ UYGULAMA HATALARI BAKIMINDAN TAKSİR- BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI

(KOMPLİKASYON- İZİN VERİLEN RİSK AYRIMI BAĞLAMINDA)

*Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK**

ÖZET

Teşhis, tedavi veya sağlığın korunması maksadıyla girişilen tıbbi uygulamalar açısından, tıbbi müdahaleden kaynaklanan komplikasyonların öngörülmemesi veya komplikasyon ortaya çıktıktan sonra tespitinde veya ortadan kaldırılmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde ceza sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Sağlık personeli bakımından, tıbbi uygulama hataları ya da komplikasyonlar nedeniyle ortaya çıkabilecek suç tipleri taksirle öldürme ve taksirle yaralama olup, bu suçlar yönünden manevi unsurun tespiti büyük önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahaleler yönünden taksir-bilinçli taksir ayrımının yapılabilmesi için bazı kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kriterler ortaya konulmaksızın, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda tıbbi müdahaleden kaynaklanabilecek olumsuz sonuçların (özellikle komplikasyonların) çoğu zaman öngörüldüğü ve bu nedenle TCK m.22/3 hükmünde düzenlenen "*öngörme*" şartının gerçekleştiğinden bahisle, sağlık personelinin doğrudan doğruya ve her durumda bilinçli taksirli hareket ettiği kabul edilemez.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Uygulama, Tıbbın Kötü Uygulanması, Ceza Sorumluluğu, Komplikasyon, İzin Verilen Risk, Yan Etki, İstenmeyen Etki, Tıbbi Taksir.

ABSTRACT

Criminal liability may made up of medical practices which set about diagnosis, treatment of protection of health, If physician can't predict or deal with to complication, side effect or advers effect which are can be predictable. Therefore, physician should take pain over these circumstances.

Physician (or perpetrator) to be faced with the criminal liability which is within the murder by negligence and injury by negligence. Nonetheless, the determining of mens rea is hold key for physician's criminal liability in terms of the medical malpractice.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Some of complication or side/advers effects can be predictable. Notwithstanding, the predictability (which is regulated Article 22/3 of Turkish Penal Code) of these adversely results are not sufficient for criminal liability in terms of the medical practice. Therefore, We should not regard to recklessness instead of medical negligence in every medical malpractices (especially in terms of complication) directly without some distinguishing criteria. Eventually, We need to some distinguishing criteria in terms of the analysing of negligence and recklessness.

Keywords: Medical Practice, Malpractice, Criminal Liability, Complication, Permitted Risk, Side Effect, Advers Effect, Medical Negligence, Recklessness.

GİRİŞ

Teşhis, tedavi veya sağlığın korunması maksadıyla girişilen tıbbi uygulamaların tıbbi kurallara aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesi, tıbbi müdahalelerden kaynaklanabilecek komplikasyonların (istenmeyen zararlı neticelerin) öngörülmemesi ya da öngörülmesine rağmen komplikasyonun tespitinde ya da ortadan kaldırılmasında tıbbi kusurun bulunması (ve ölüm ya da yaralanma neticesi ortaya çıkması) halinde ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Komplikasyon öngörülmüş, zamanında tespit edilmiş ve komplikasyonun ortadan kaldırılması için gerekli tıbbi müdahale yapılmış ise, sadece komplikasyonun ortaya çıkması nedeniyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin ceza sorumluluğundan söz edilemez¹.

Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken dikkat ve özen gösterilmemesi veya tıbbi müdahaleden kaynaklanan öngörülebilen fakat istenmeyen etkiler (komplikasyonlar) nedeniyle ortaya çıkan ölüm ve yaralanma neticeleri yönünden tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin ceza sorumluluğunun tespitinde manevi unsurun ortaya konulması büyük önem arz etmektedir.

Sağlık personeli tarafından, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda, bu tıbbi müdahaleden kaynaklanabilecek olumsuz sonuçlarının (veya komplikasyonların) öngörüldüğü ve bu nedenle TCK m.22/3 hükmünde düzenlenen "öngörme" şartının gerçekleştiğinden bahisle, sağlık personelinin "peşinen" bilinçli taksirli hareket ettiği kabul edilemez. Bu nedenle, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ölüm veya yaralanma neticeleri yönünden taksir-bilinçli taksir ayrımının yapılabilmesi için bir kısım kriterlerin ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle tıbbi uygulama hatası (malpraktis-malpractice) kavramı ele alınarak, izin verilen risk ve malpraktis ayrımı ortaya konulacaktır. Bu açıklamalardan sonra, Türk Ceza Kanunu'nda (m. 22) bilinçli taksir ve taksirin ayrılmasında benimsenen "öngörme" unsurunun, tıbbi uygulama hatalarında her durumda uygulanabilir olup olmadığı ve nihayet tıbbi uygulama hataları yönünden bilinçli taksir- taksir ayrımının yapılmasında esas alınan/esas alınması gereken kriterler Yargıtay kararlarından hareketle ortaya konulacaktır.

¹ Nitekim Yargıtay da: "...Bebekte oluşan kırığın düşme neticesinde oluşmasının ihtimal dâhilinde görülmediği makat gelişi sezeryan doğumda bacaklar sırayla çıkarılırken oluşabilecek bir patoloji olduğu, bunun doğumun beklenen komplikasyonu olduğu ve sanığın kusurlu olmadığı"na karar verilmiştir. Yar. 12. CD., 05.11.2013 tarih, E. 2013/4481 ve K. 2013/24587 (Karar Yayınlanmamıştır).

Ş.1. TIBBİ UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS) KAVRAMI

Malpraktis kavramı, uygulamamızda "*tıbbi uygulama hatası*", "*tıbbin kötü uygulanması*", "*tıpta yanlış uygulama*" ve "*hatalı veya yanlış tedavi*" olarak yerleşmiştir^{2,3}. Etimolojik açıdan bakıldığında malpraktis kelimesi; "*mal*" (kötü) ve "*practice/praxis*" (uygulama) kelimelerinin birleşiminden türetilmiş Latince bir terimdir⁴. Sözlük anlamı itibariyle malpraktis "*Profesyonel bir meslek kapsamındaki bir hizmetin yerine getirilmesinde, bir hekim tarafından mesleğin kabul ettiği standart bilgi, beceri veya eğitim eksikliğinden kaynaklanan hata veya ihmâl sonucunda ölüm, yaralanma veya zarar ortaya çıkması*" olarak tanımlanmaktadır⁵. Malpraktisin temeli, tıbbi hatadır⁶. Hekim, şansızlıktan veya başarısızlıktan değil; haksızlıktan (tıbbi kusurdan/tıbbi uygulama hatasından) sorumludur⁷.

² Hancı, Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara 2006, s.30; Ünver, Yener, Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz), (Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı) s.150; Kocatürk, Utkan, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara 1997, s.446; Özpınar, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, C. 66, S.3., Y. 2008, s.92; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013, s.557 vd. Türkçe'deki kullanımı itibariyle malpraktis, "*kusurlu uygulama*" ve "*özen göstermeksizin veya yanlış uygulanan tedavi sonucunda ortaya çıkan, görevi kötüye kullanma anlamına gelen hukuki durum*" anlamlarını karşılamaktadır. Tanımlama için bkz. Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.55447492de0d62.59474002 Erişim Tarihi: 02/05/2015. Çalışmamızın bütününde terim birliğinin sağlanması adına "tıbbi uygulama hatası" kavramı tercih edilmiştir.

³ 21 Temmuz 2010 tarih ve 27648 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ'de (2010/1) "*tıbbi kötü uygulama*" terimi benimsenmiştir.

⁴ Özgönül, Mustafa Levent, Türkiye'de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010, s.8 vd.; Ünver, (Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı), s.150; Saatçioğlu, Onur Can, Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s.191. Esasen malpraktis, profesyonel bir mesleğin icrasında o mesleğin standardına aykırı her türlü davranış olduğundan, malpraktis kavramı bütün meslekler için kullanılabilen bir kavramdır. Bu yönüyle tıbbi uygulama hataları yönünden, malpraktis yerine "*tıbbi malpraktis*" kavramını kullanmak gerekir. Açıklama için bkz. Savaş, Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara 2009, s.62.

⁵ <http://www.merriam-webster.com/medlineplus/malpractice> Erişim Tarihi: 02/05/2015. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m.13'e göre malpraktis: "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.*

⁶ Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s.61.

⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s.559, 713. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesine göre: "*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze*

Tıbbi uygulama hatasına ilişkin olarak öğretilerde yer verilen tanımların ortak noktası ise tıbbi uygulama hatasının "*hekimin* (ya da tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili diğer sağlık personelinin)⁸, *bilgisizliği, hatalı davranışı, ihmali, ilgisizliği ya da deneyimsizliğinden*" kaynaklanmasıdır^{9,10}. Tıbbi uygulama hatası, teşhis, tedavi veya tedavinin uygulanması sırasında¹¹ ya da tedavi bittikten sonra (komplikasyonun tıbbi hataya dönüşmesi suretiyle) ortaya çıkabilir.

Tıbbi uygulama hatası, gerçek hayatın bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır¹². Hatasız bir tıbbi müdahale ideal bir standart olmakla birlikte, gerçekte bu tür bir standarda ulaşabilmek mümkün değildir¹³. Bu nedenledir ki, tıbbi uygulama hatasının varlığı, hekim ya da diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğu-

edilemez". Bu nedenle "*Hekimlerin hapisine bir adım uzakta olduğu*" yönündeki sürekli tekrarlanan kaygı yerinde değildir. Deyim için bkz. Lile, Hans, Ceza Soruşturmasında Hekimin Tedavi Hataları, Çev. Kıvılcım Bilgen, Kerem Öz, Tıp/Sağlık Hukuku, Prof. Dr. Hakan Hakeri'ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14, Ankara 2014, s.183.

⁸ Birtek, Fatih, Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S.5, Y. 2007, s.1999. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a göre, doğrudan tıbbi müdahaleye yetkili kimseler, hekim, diş hekimi, dişiçi, ebe, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler, acil tıp teknikerleri, diş protez teknisyenleri, TSK tarafından yetiştirilen sıhiye er ve erbaşlardır. Acil tıp teknisyenlerinin hastaya müdahale yetkisi, 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanunun 20'nci maddesiyle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesinde yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Yine, sağlık meslekleri ve bu mesleklerin görev tanımları, 1219 sayılı Kanun'un, Ek Madde 13 hükmünde sayılmıştır. Tıbbi müdahaleye yetkili yardımcı sağlık personeli ve ceza sorumlulukları konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Özkaya, Nesrin, Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2012, s.179 vd.

⁹ Tanımlar için bkz. Ünver, Malpraktis- Komplikasyon Ayrımı, s.151, 152.; Birtek, s.2003 vd. Sözü edilen tanımlardan bazıları ise, tıbbi uygulama hatası bakımından "zararın" bulunması gerektiğini ifade etmektedir ki biz bu görüşe katılmamaktayız. Tıbbi uygulama hatasının varlığı için mutlak surette cismani (bedeni) zarar şartının aranması yerinde değildir. Zarar şartı, tıbbi müdahaleyi (tıbbi uygulamayı) gerçekleştiren sağlık personelinin hukuki sorumluluğu açısından bulunması gereken bir unsur olup; zararın meydana gelmediği durumlarda da tıbbi uygulama hatasından söz edilmelidir. Bu açıdan, "zarar", tıbbi uygulama hatasının "*olmazsa olmaz*" bir unsuru değildir.

¹⁰ Civaner, malpraktis kavramının tıp mesleğine bakışı ve meslek tatminini ve mesleğe sosyal bakışı olumsuz etkilemesi ve "suçlama kültürünü (*blame-culture*)" çağrıştırması nedeniyle bu kavram yerine "*sağlık bakımından kaynaklanan zarar (harm caused by healthcare)*" terimini önermektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Civaner, Murat, "Harm Caused by Healthcare" instead of "Malpractice", Turkish Archives of Pediatrics, Galenos Publishing, S.46, Y. 2011, p. 7.

¹¹ Gökcan, s.62, 199.

¹² Charles, L. Bosk, Forgive and Remember: Managing Medical Failure, 3rd Edition, Chicago-London, 2003, p.34, 37.

¹³ Kapp, B. Marshall, Medical Error Versus Malpractice, Depaul Journal of Health Care Law, L.751, 1996-1997, p. 751, 752.

nun varlığı için yeterli olmayıp, tıbbi uygulama hatası sonucunda kanunda yer alan tipik neticenin de ihlal edilmesi gerekmektedir¹⁴.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle ortaya çıkabilecek suç tiplerine bakıldığında (TCK m.85, 89 vb.) bu suç tiplerinin "*zarar neticesinin*" gerçekleşmesini zorunlu kılan suçlar olduğu görülmektedir. Bu yönüyle, hekim ya da diğer sağlık personeli tarafından gerçekleştirilen tıbbi uygulama hatasının her durumda ceza sorumluluğunu gerektirdiği söylenemez. Ayrıca, tıbbi uygulama hatasından söz edebilmek için, tıbbi uygulama hatasının "*cezalandırılabilir*" veya "*ceza sorumluluğunu gerektirir*" olması gibi bir şart da bulunmamaktadır.

Öğretide, "*hatalı ya da yanlış (taksirli) tıbbi müdahaleler*" kadar; kasıtlı müdahalelerin de tıbbi uygulama hatası içerisinde ele alınması gerektiği yaygın olarak ifade edilmektedir¹⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kasten hatalı tedavi yapmak veya yapılması gereken tedaviyi kasten yapmamak da tıbbi uygulama hatası içerisinde değerlendirilmektedir¹⁶. Aksi görüş ise, tıbbi hata kavramını dar ve geniş olarak ayırmakta ve kasten işlenen suçların "*tıbbi hata*" olmadığını, aksine bu eylemler bakımından "*tıbbin suça alet edilmesi*" anlamına geldiğini ve kasıtlı eylemlerin "*tıbbi yönünün bulunmadığını*" ifade etmektedir^{17, 18}.

¹⁴ Ünver, Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, s.152

¹⁵ Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı, s.156; Hancı, s.26; Öztürkler, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis-Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.6, 19 vd; Gökcan, s.203, 204. Aksi düşünceye göre ise, tıbbi müdahale bakımından "tedavi amacının" bulunması zorunludur. Görüş hakkında bkz. Hızal Arslan, Sevinç, Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), S.18, Nisan 2012, s.244.

¹⁶ Nitekim Bakanlar Kurulu'nun 04/06/2002 tarihinde kabul ederek 24/7/2002 tarihinde TBMM'ye gönderdiği ve fakat günümüze kadar kanunlaşamayan ("kadük" olan) Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın (1/1030 Esas Sayılı) 3. Maddesindeki tanımlamaya göre: "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu*" tıbbi kötü uygulama olup, bu tanımlamaya göre "*kasten*" gerçekleştirilen eylemler de tıbbi kötü uygulama kapsamında değerlendirilmiştir. Tasarı'nın halihazırdaki durumu için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_ss.ilmili_komisyonlar?kanunlar_sira_no=22094 Erişim Tarihi: 02/05/2015. (TBMM'nin halka açık kaynaklarından sözü edilen Tasarı'nın metnine ulaşılamamıştır.)

¹⁷ Ersoy, Yüksel, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezaî Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, Y. 2004, s.167. Hakeri'ye göre, daha az masraflı olduğu için riskli ve başarı şansı daha az bir tedavi yönteminin uygulanması durumunda da hekim kasten hareket etmiş olur ve bu eyleminden dolayı sorumludur. Açıklama için bkz. Hakeri, Hakan, Hekimlerin Cezaî Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz), s.65. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, hekim tedavi yöntemini seçmek konusunda özerk olup, önemli olan seçilen yöntemin ne olduğu değil, tıbbi ve bilimsel bir yöntem olup olmadığı ve bu yöntemin icrasında dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığıdır. Açıklama için bkz. Ünver, Yener, "Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Meslek Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.80 (Tıbbi Malpraktis).

Kanaatimizce, hekim ya da diğer sağlık personelinin kasten gerçekleştirdiği her eylemin dar ya da geniş anlamda tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yapılması gereken bir tedaviyi kasten yapmamak veya uygulanması gereken bir ilacı kasten zamanında uygulamamak gibi davranışlar tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilemez. Yine, kasten icrai davranışla işlenen eylemler ya da tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bir ya da birkaçının bulunmadığı durumlarda (Örneğin; yetkisiz personelin tıbbi müdahalede bulunması, -zorunluluk hali hariç- hastanın rızası (aydınlatılmış onamı) bulunmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması ya da endikasyon bulunmaksızın menfaat temin edebilmek için tıbbi müdahalede bulunulması) tıbbi uygulama hatasından söz edebilmek mümkün değildir.

Hekimin suç kastıyla gerçekleştirdiği eylemin, tıp bilimi ve mesleğinin bilimsel görüş ve uygulamalarına aykırı düştüğü nazara alındığında, hekim tarafından gerçekleştirilen eylemi tıp bilimi ve mesleğinin sınırları dâhilinde kabul edebilmek mümkün değildir.

Örneğin; hastaya kasten zarar veren veya gerekmediği halde (endikasyon yokluğu) sırf maddi kaygılarla hastayı ameliyat eden bir hekimin eyleminin tıp bilimi ve mesleği içerisinde kabul edebilmek mümkün değildir. Bu türden eylemler, tıbbin suça alet edilmesinden başka bir anlam taşımadığı gibi, "tıbbi hata" kavramının özüne de aykırıdır¹⁹.

Amerikan Hukuku'nda da, zarar verme kastıyla ya da maddi bir çıkar amacıyla gerçekleştirilen "sıradışı" eylemler, tıbbi kusur (negligence) olarak değil "suç sayılan eylem" (suç sayılan kusur-criminal negligence) olarak nitelendirilmektedir^{20,21}.

¹⁸ Dünya Tıp Birliği (World Medical Association) tarafından 1992 yılında İsyanya'da yapılan 44. toplantıda malpraktis kavramı şu şekilde tanımlanmıştır (m 2/a): "Tıbbi malpraktis, hekimin hastanın tedavisi konusunda, tedavi standardına uygun hareket etmeyerek, beceri eksikliği veya taksir (negligence) nedeniyle hatalı davranması ve bu nedenle hastada doğrudan bir zarar meydana gelmesidir.". Bu tanımda da görüleceği üzere, bilgi, beceri eksikliği ve dikkatsizlik ve özensizlik tıbbi malpraktis olarak kabul edildiği halde, hastaya zarar vermek kastıyla (suç kastıyla) gerçekleştirilen eylemler tıbbi malpraktisin tanımı dışında tutulmuştur. Toplantı sonuç bildirgesi için bkz <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/index.html> Erişim Tarihi: 02/05/2015

¹⁹ Hata'dan kast edilen TCK m.30 anlamında ceza hukukunda kusurluluğu kaldıran/azaltan "hata" hali olmayıp, bilgisizlik, deneyimsizlik veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bir işin gereği gibi yapılmamasıdır. Gökcan, hata kavramının lügat karşılığının "bozukluk, yanlışlık, eksiklik ve kusur" olduğunu ve kasttan ziyade taksiri çağrıştırdığını belirtir de, kasten gerçekleştirilen eylemlerin de hata olduğunu kabul etmektedir. Açıklama için bkz. Gökcan, s.203. Oysa bizim savunduğumuz görüş, hata kelimesinin sözlük anlamından öte, tıp bilimi ve mesleğinin özünde yer alan kurallarına dayanmaktadır.

²⁰ Harris, Curtis E., Medical Malpractice Survival Handbook, ACLM, 2007, Mosby/ Elsevier Publiser, p. 3; U.S. Congress, Office of Technology Assessment, OTA-H-602, Washington 1994, p. 167.

Her ne kadar Hipokrat Yemini'nde yer alan: "*Yeteneğim ve yargım doğrultusunda hastama tedavi uygulayacağım, ama asla onu incitip yanlış bir hareketle bulunmayacağım*" biçiminde anlamını bulan "*yararlı olmak*" ve "*hastaya zarar vermekten kaçınma*" ilkeleri kapsamında²², hekimin (ya da diğer sağlık personelinin) kural olarak suç kastıyla değil de, hastaya yarar sağlamak amacıyla eylemde bulunduğu kabul edilse de; istisnaen de olsa sağlık personelinin "*suç kastıyla gerçekleştirdiği*" icrai ya da ihmali eylemlerin tıbbi hata (medical error)²³ ya da tıbbi uygulama hatası (malpraktis) olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Ş.2. KOMPLİKASYON VE İZİN VERİLEN RİSK KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLARLA TIBBİ UYGULAMA HATASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kompleks bir biyolojik yapıya sahip olan insan bedeni üzerindeki tıbbi müdahaleler; bilinen ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ülkede mevcut olan

²¹ Her ne kadar Öztürkler, Amerikan Hukuku'nda kasıtlı eylemlerin de tıbbi uygulama hatası kavramı içerisinde mütalaa edildiğini ifade etse de, biz araştırmamızda Amerikan Hukuku bakımından kasten (zarar verme veya bir suç işleme kastıyla) gerçekleştirilen – olağan olmayan, sıradışı eylemlerin- tıbbi uygulama hatası olmayan- suç sayılan kusur (criminal negligence) olarak değerlendirildiği sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Aksi yönde bkz. Öztürkler, s.20 vd.

²² Özgönül, s.31. Gökcan bu ilkeyi, "*zarar verme yasağı*" olarak adlandırmaktadır. Açıklama için bkz. Gökcan, s.237. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesine göre de: "*...Tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır.*" Nitekim Yargıtay da, "*...Hastanın komplikasyon riski daha düşük daha az invazif alternatif cerrahi tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirildiğine/avdınlatıldığına dair herhangi bir tıbbi kayda rastlanmadığını, katılan tarafından imzalanan 27.12.2008 tarihli onam belgesi içeriğinde de bu yönde herhangi bir bilgi bulunmadığını mütalaa etmesi, katılan ve tanık M. A.'un, sanığın ameliyat olunmadığı halde felç olma durumundan bahsettiğine dair ifadeleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın, katılanı gerçekleştireceği ameliyatın risk ve sonuçları konusunda yeterli şekilde bilgilendirmediği, dolayısıyla sanığın aldığı savunduğu rızanın geçerli olmadığı, zira rızanın ancak tıbbi uygun teşhis ve tedavi uygulanması şartıyla eylemi hukuka uygun hale getireceği, somut olayda ise sanığın teşhis ve uyguladığı tedavinin tıbbi uygun olmadığına 4.11.2011 tarihli bilirkişi heyet raporuyla Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 18.2.2013 tarihli raporunda açıkça ortaya konulduğu anlaşıldığından sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi"ni bozma nedeni yapmıştır. Yar. 12. CD., 20.1.2015 tarih, E. 2014/7841 ve K. 2015/710.*

²³ Tıbbi hata çeşitleri konusunda sınıflandırma ve ayrıntılı açıklama için bkz. Özgönül, s.11 vd. Nitekim Harris'e göre, olağan anlamıyla malpraktis taksir (ordinary negligence) anlamına gelir ve bilinçli taksirli (recklessnes) eylemler ile kasten gerçekleştirilen eylemler malpraktis kavramı içerisinde değerlendirilemez. Açıklama için Harris, E. Curtis, "Negligence" in The Medical Malpractice Survival Handbook, American College of Legal Medicine, Mosby Elsevier, Philadelphia 2007, p. 168; kasten gerçekleştirilen eylemlerin tıbbi hata olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki açıklama için bkz. Kapp, p. 754, 755.

standarda²⁴ uygun bir şekilde yapılmış olsa da, bir kısım olumsuz (istenmeyen) sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Ancak, tıbbi müdahale sonucunda insan bedeni üzerinde ortaya çıkan her olumsuz sonuç, her durumda tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğunu gerektirmez.

Çalışmamızın bu bölümünde komplikasyon ve izin verilen risk kavramları açıklanarak; komplikasyon ve izin verilen risk ile tıbbi uygulama hatası arasındaki ilişki ortaya konulacaktır.

I. Komplikasyon

Kelime anlamı itibarıyla komplikasyon (complication): "*Bir hastalığın devamı sırasında oluşan başka patolojik olaylar veya hastalıklar*" olarak tanımlanmaktadır²⁵. Tıbbi bir terim olarak komplikasyon ise: "*Bir hastalığa ve duruma bağlı olarak veya bu hastalık ya da durumdan bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ikincil (ek) bir hastalık ya da durum*" anlamına gelmektedir²⁶.

Komplikasyon kavramı öğretilerde: "*Hastanın ya da doktorun elinde olmadan gelişen, istenmeyen gelişmeler*"²⁷, "*Her türlü tedbir alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zarar*", "*Bilinen metodlarla önceden tahmin edilemeyen ve/veya kontrol edilemeyen durumlar*"²⁸, "*Tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen riskler*"²⁹ olarak tanımlanmaktadır.

Hekim ya da diğer sağlık personelinin insan bedenine her dokunuşu bir risk ortaya çıkarır³⁰. Riskin gerçekleşmesi ya da diğer bir deyişle "*riskin zarara dönüşmesi*" halinde sağlık personelinin ceza hukuku yönünden sorumsuz olduğu

²⁴ Bir ülkedeki tıbbi standardın ne olduğu yine tıp bilimine göre tespit edilecektir. Açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.543 vd.; Sarp, Nilgün, Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Kasım 2013, Lefkoşa, Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan, s.48; aynı yönde bkz. Koca, Mahmut, Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ed. Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay, s.100.

²⁵ TDK, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat Erişim Tarihi: 02/05/2015

²⁶ <http://www.merriam-webster.com/medlineplus/complication> Erişim Tarihi: 02/05/2015; Bilge, Yaşar, Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002, s.165.

²⁷ Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı, s.154.

²⁸ Civaner, p. 8.

²⁹ Gökcan, s.62, 63. Gökcan'a göre komplikasyon, kişinin sağlığı bakımından tıbbi girişimin gerekli görülmesi nedeniyle "*göze alınan*" veya bu nedenle izin verilen risklerdir. Açıklama için bkz. Gökcan, s.235.

³⁰ Kapp, s.751.

peşinen söylenemez. Ceza sorumluluğu yönünden önemli olan, riskin öngörülebilir ve/veya engellenebilir olup olmadığı ve risk ortaya çıktıktan sonra (riskin zarara dönüşmemesi için veya zararın azaltılabilmesi için) gerekli tıbbi dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğidir.

Nitekim konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre: "...Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 12.05.2010 raporunda ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun 19.01.2012 tarihli raporlarında, ölene konan bel fitiği teşhisinin, ameliyat kararı ile öncesi yapılan tetkik ve hazırlıklarının tıbben uygun olduğu, bel fitiği ameliyatlarında çalışma sahasına yakın yer olan vasküler yapılara yakın komşuluk içinde olunmasından dolayı bu tür ameliyatlarda damar yaralanmalarının görülebilen bir komplikasyon olarak kabulü gerektiği, erken fark edilip hemen müdahale edilmesinin ve yapılan tüm işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu mütalaa edilmiş ise de, 26-29 Mayıs 2009 tarihli Yüksek Sağlık Şurası raporunda, sanık doktorun gerçekleştirdiği bel fitiği ameliyatındaki özensizliği nedeni ile batın içi büyük damarda yaralanmaya ve iç kanamaya, bunun sonucu olarak da hastanın ölümüne neden olan böbrek yetmezliğine sebebiyet verdiği, gerek ameliyat sırasındaki özensizliği, gerekse de ameliyat sonrası hastasını takip ve tedavisinde gerekli özeni göstermemesi nedenleri ile sanığın kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında, bilirkişi incelemelerin bağlayıcı olmayıp, delilleri değerlendirme araçlarından biri olması, bu kapsamda raporlar arasında hiyerarşik bir durumdan da bahsedilmeyip, değerlendirmede somut olaya ve bilimsel verilere uygunluk ölçüsüyle hareket edilebileceği anlaşılmalı, sanığa kusur izafe eden Yüksek Sağlık Şurası raporunun oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu, bu raporda da belirtildiği üzere, sanığın gerek ameliyat esnasındaki, gerekse de ameliyat sonrasındaki kusurlu davranışlarının hastanın ölümüne neden olduğu, sanık doktorun işlemlerinin tıbbi standartlara uygun olmadığı ve ölümün komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceği, komplikasyonun ancak tıbbi standartlara ve kurallara uygun bir tıbbi tedavi halinde söz konusu olabileceği, bu nedenlerle sanığın dosya kapsamına uygun olan Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerçeklerle beraatine karar verilmesi, isabetsiz..."dir³¹.

Risk öngörülebilir veya önlenemez değil ise, tıbbi kusurdan söz edilemez³². Yine, istenmeyen her zararlı sonuç komplikasyon olarak nitelendirilemez³³. Bu nedenle, "öngörme" temelinde şu durumların komplikasyon kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği belirtilmiştir: "Hiç öngörülemeyen durumlar", "öngörülen

³¹ Yar. 12. CD., 06.11.2013 tarih, E. 2013/16133 ve K. 2013/24707 (Karar Yayınlanmamıştır).

³² Polat, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s.32.; Gökcan, s.202.

³³ Gökcan, s.239.

ve fakat önlem alınamayan (engellenemeyen)" durumlar, "öngörülen ve fakat göze alınmış durumlar"³⁴, "öngörülebilir ve önlemi alınmış durumlar"³⁵.

II. İzin Verilen Risk (Permitted Risk)

Öğretide yer verilen görüşlerin çoğunluğuna göre, "komplikasyon" ile "izin verilen risk/ kabul edilebilir risk", "istenmeyen yan etki" kavramları aynı anlama gelmektedir³⁶. Bu görüşlerin ortak noktası; komplikasyonun hukukun izin verdiği risk alanında olduğudur. Hatta bir görüşe göre, "izin verilen risk" kavramı, "komplikasyon" kavramının hukuktaki karşılığıdır³⁷.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, komplikasyon ile izin verilen risk kavramları eş anlamlı olmadığı gibi, izin verilen risk kavramı da komplikasyon kavramının hukuktaki karşılığı değildir³⁸. Tıbbi müdahale sonrasında gerçekleştirilen komplikasyonlar peşinen ve bütün olarak izin verilen risk kapsamında kabul edilemez. Aşağıda açıklanacağı üzere, bir kısım komplikasyonlar (komplikasyon ortaya çıkmadan ve/veya komplikasyon ortaya çıktıktan sonra gerekli tıbbi müdahale yapılmış ise) izin verilen risk kapsamında iken; bir kısım komplikasyonlar izin verilen risk kapsamında olmayıp, hekim veya diğer sağlık personelinin ceza sorumluluğunu gerektirebilmektedir.

İzin verilen risk, elastiki ve geniş bir kavram olup, hak-haksızlık, toplumsal uygunluk ve toplumsal mutabakat, hareket, fiil ve fiil çokluğu, tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk, nedensellik, sorumluluk konularını ilgilendiren bir çizgi-

³⁴ Gökcan'a göre bu hal, "meydana gelme olasılığına karşın, uygulanacak yöntemin sağlayacağı yararlar karşısında tıbbi girişimin hukuken göze alınması" olup, bu durumda hekimin eylemi tıbbi hata olarak kabul edilemez. Açıklama için bkz. Gökcan, s.237. Başka bir çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, "hekimin uygulayacağı tıbbi müdahale ne kadar zorunlu ise, bu eylemden kaynaklanan komplikasyonların (gerekli dikkat ve özen gösterilmiş ise) izin verilen risk kapsamında değerlendirilmesi de o denli gerekli olacaktır." Birtek, s.2002. Ancak, Ünver'in de haklı olarak belirttiği üzere, "...Eğer, hasta açısından aynı iyileşme neticesine daha az tehlikeli bir tıbbi müdahale ile de ulaşmak mümkün iken, daha tehlikeli bir tıbbi müdahale yöntemi seçilip, uygulanmışsa doktorun davranışı izin verilen risk alanı dışındadır ve fiil hukuka aykırıdır." Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.189, 195. (İzin Verilen Risk)

³⁵ Yayıcı, Nesime, Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, s.33. "Öngörme" unsuru bakımından aşağıda münhasır bir başlık altında açıklamada bulunulacağından, "öngörme"nin ceza sorumluluğuna etkisi konusu burada tartışılmamıştır.

³⁶ Çolak, Ahmet, Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi, 12: 94-98, Yıl. 2002, s.96; Civaner, s.8; Özgönül, s.10; Gökcan, s.235, 237; Aktay, Göknur/ Hancı, Hamit/ Balseven, Aysun, İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi (STED), C. 12, S.7, Y. 2003, s.264.

³⁷ Çolak, s.96. Karşı yönde bkz. Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı, s.66.

³⁸ Ünver, Tıbbi Malpraktis, s.66.

dedir³⁹. İzin verilen risk öğretisi, esas olarak, hukuki yarar açısından tehlike veya zarar yaratmaksızın icraları imkânsız olmasına rağmen, yapılmalarından vazgeçilemediği için, hukuken yasaklanamayan hareketleri ihtiva eden bazı alanların olduğu düşüncesinden hareket etmektedir⁴⁰.

İzin verilen riskin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte; izin verilen riskin, "*kendine özgü bir hukuka uygunluk sebebi*", "*çeşitli hukuka uygunluk sebepleri arasında ortak bir yapı*", "*kusurluluğu kaldıran bir sebep*", "*tipikliği kaldıran bir sebep*" olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır⁴¹.

Tıbbi müdahalelere izin verilen risk penceresinden bakıldığında, hareketin (tıbbi müdahalenin) tipik olmakla birlikte, bu hareketin; "*toplumsal açıdan hukuka uygun olup, suç ile korunan hukuki yararı ihlal etmediğinden*"⁴² "*haksızlık*" olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir⁴³. Hatta Roxin'e göre izin verilen risk, "*suç tipini ve böylece objektif tipikliğe isnadiyeti ortadan kaldıran bir faktördür*"^{44,45}.

Kanaatimizce "*izin verilen risk*" her somut olay ve eylem bakımından ayrı bir biçimde ele alınmalı ve her somut olayda izin verilen riskin cezalandırılma sebebi ortaya konulmalıdır. Sosyal yaşamdaki tehlikeli (ve vazgeçilemez) eylemlerin mahiyeti ve değişkenliği, izin verilen risk kavramının hukuki esasının da değişmesine neden olmaktadır.

Tıbbi müdahale sonrasında meydana gelen komplikasyonların izin verilen risk kapsamında kalıp kalmadığı (komplikasyon nedeniyle ceza sorumluluğunun söz konusu olup olmadığı) her somut olayda ayrıca ele alınmalıdır⁴⁶.

³⁹ Ünver, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.67. (İzin Verilen Risk)

⁴⁰ Ünver, İzin Verilen Risk, s, 7, 11.

⁴¹ Görüşler için bkz. Ünver, İzin Verilen Risk, s.68 vd.; Heinrich, s.149 vd.

⁴² Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69., Y. 2007, s.83

⁴³ Heinrich, Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver, Ankara 2014, s.342. Ünver, İzin Verilen Risk, s.67; Koca, s.100.

⁴⁴ Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18, No. 1'den nakleden, Kangal, Zeynel T., Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV., Y. 2011, S.4, s.231, dn. 32. Aynı yönde bkz. Heinrich, s.149 vd; Ünver, İzin Verilen Risk, s.65; Gökcan, Hasan Tahsin, Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması, Yargıtay Dergisi, Ocak- Nisan 2012, s.8 (Güven İlkesi).

⁴⁵ Heinrich'e göre izin verilen risk özel bir hukuka uygunluk nedenidir. Açıklama için bkz. Heinrich, s.339 vd. Kangal ise, varsayılan rızanın, izin verilen riske dayanan kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşünden hareketle Kangal'ın, izin verilen riski de dolaylı olarak kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir. Açıklama için bkz. Kangal, s.232.

⁴⁶ Tıbbi müdahaleler açısından izin verilen riskin hukuki esası ve bu konudaki teorilerin değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Ünver, İzin Verilen Risk, s.188 vd.

Komplikasyonun izin verilen risk kapsamında olup olmadığı ve izin verilen risk nedeniyle ceza sorumluluğunun ortadan kalkıp kalkmaması (ve kalkıyor ise hangi hukuki esasa dayandığı) şu ihtimallere göre açıklanabilir:

İlk ihtimale göre, tıbbi müdahalede gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen komplikasyon hiç öngörülememiş ise, "*öngörmenin*" yokluğu nedeniyle, izin verilen risk; tipikliğin subjektif unsuruna (taksir biçimindeki manevi unsura) etki eden bir sebep ve "*eylemin tipikliğini ortadan kaldıran bir hal*" olarak karşımıza çıkacaktır.

İkinci ihtimalde, komplikasyon öngörülmüş ve nihayet komplikasyona rağmen (hastaya fayda sağlamak maksadıyla zorunlu olarak) tıbbi müdahalede bulunulmuş ise, bu durumda da "*izin verilen risk*" illiyet bağı ile ilgili olup, "*riskin azaltılması*" olarak karşımıza çıkar ve bu durumda da, "*zararlı neticenin faile objektif olarak isnad edilmesini engelleyen bir sebep (objektif isnadiyeti engelleyen bir sebep)*" olarak kabul edilmelidir⁴⁷.

Üçüncü ihtimalde ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle komplikasyon öngörülmemiş fakat, komplikasyon ortaya çıktıktan sonra gerekli dikkat ve özen gösterilerek komplikasyonun zararlı sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ya da azaltılmasına çalışılmış ve bunda da başarılı olunmuş ise; ölüm ya da yaralanma biçiminde bir zararlı netice ortaya çıkmamış ise, -tipik netice meydana gelmediği için- failin ceza sorumluluğu söz konusu olmadığı için, izin verilen riskin de failin ceza sorumluluğu üzerine bir etkisi olmaz.

Bu bağlamda, ancak tıbben ve hukuken gerekli koşulların tümüne uygun olarak yapılmasına rağmen yine de kötü bir sonuçla karşılaşılması komplikasyon olarak tanımlanabilir ve bu türden kötü sonuçlar nedeniyle ceza sorumluluğundan söz edilemez⁴⁸.

Öngörülemeyen ve önlenemeyen ya da bütün tedbirlerin alınmasına rağmen ortaya çıkmasına engel olunamayan istenmeyen olumsuz sonuçlar nedeniyle, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personeli yönünden ceza sorumluluğundan söz edilemez.

Kanaatimizce komplikasyon nedeniyle hekimin ceza hukuku açısından sorumsuzluğunun kabul edilebilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekmektedir: Tıbbi müdahale tıbbin o ülkede eriştiği standarda uygun yapıl-

⁴⁷ Hakeri'ye göre, riskin azaltıldığı durumlarda zorunluluk hali de sözkonusu olabilir. Açıklama için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014, s.175, dn. 212. (Genel Hükümler)

⁴⁸ Ünver, Tıbbi Malpraktis, s.62

malı⁴⁹, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin diğer şartlar sağlanmalı (yetkili sağlık personeli, endikasyon, aydınlatılmış onam, dikkatli ve özenli tıbbi müdahale) kötü sonuç öngörülemez veya öngörülse dahi engellenmesi mümkün olmamalı, komplikasyon ortaya çıktıktan sonra, komplikasyonun tespitinde, ortadan kaldırılmasında ya da kötü sonuçlarının hafifletilmesinde gerekli tıbbi dikkat ve özen gösterilmiş olmalıdır⁵⁰. Hekim müdahalenin yapıldığı ana ve bu andaki bilimsel standartlara göre; bilmesi gerekeni "*bilmek*" ve yapması gerekeni de "*yapmak*" yükümlülüğü altındadır⁵¹.

Kanaatimizce, ancak gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale neticesinde, olası zararlı (olumsuz) sonuçların öngörülmesi ve bunlara karşı tedbir alınması ve fakat buna rağmen olumsuz zararlı sonuçların engellenemediği ve/veya ortadan kaldırılamadığı durumlar "*izin verilen risk*" kapsamında kabul edilebilir. Bu yönüyle, tıbbi müdahaleler açısından izin verilen risk, "*ceza hukuku yönünden sorumluluk doğurmayan komplikasyonları*" karşılamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, tıbbi müdahaleler bakımından izin verilen risk, komplikasyonların tamamını değil, sadece bir bölümünü ve "*cezalandırılmayan komplikasyonları*" ifade etmektedir⁵².

Tıp pratisyenlerinin (uygulamacılarının) kabul ettiğinin aksine⁵³, izin verilen risk kavramı dikkat ve özen yükümlülüğünden (taksirden) doğan sorumluluğu bertaraf eden bir kavram değildir. Bu nedenle, tıp kurallarının bir riski

⁴⁹ Hakeri'nin bizim de katıldığımız görüşüne göre, tıbbi standart "*müdahalenin yapıldığı ana*" göre (ex- ante) belirlenmelidir. Açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.545; aynı yönde bkz. Koca, s.106.

⁵⁰ Nitekim adli tıbbi yönüyle de, "*Komplikasyon; zamanında fark edilmez, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmaz ise, fark edilip önlem alınmasına rağmen bu önlemler yerleşmiş standart tıbbi girişim olarak değerlendirilmez ise malpraktise dönüşür.*" Çelik, Faik, "Komplikasyon", Tıp Hukuku Atölyesi-I, Akyıldız, Sunay/Hakeri, Hakan/ Çelik, Faik/ Somer, Pervin, Ankara 2013, s.78 vd.

⁵¹ Ünver, Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, s.166.

⁵² Ünver, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.66.

⁵³ Hakeri'nin değerlendirmesine göre: "*... (T)ıp mesleği mensupları tıbbi müdahale nedeniyle oluşan her türlü olumsuz sonucu komplikasyon olarak adlandırmaktadır. Halbuki hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur varsa komplikasyonu kabul etmemektedir.*" Açıklama için bkz. Hakeri, Hakan, Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, Y. 2014, s.25. Kanaatimizce –teknik olarak- sadece hekime kusur yüklenebilecek haller komplikasyon olarak nitelendirilemez. Bir (zararlı) sonucun komplikasyon olması ile bu komplikasyondan dolayı hekim ya da diğer sağlık personelinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı birbirinden farklı olup, ceza sorumluluğunun varlığı, komplikasyon kavramını farklı anlamlandırmak konusunda bir gerekçe olarak kabul edilemez. Bu yönüyle, cezalandırılabilen-cezalandırılmayan komplikasyon ayrımı yapmaksızın (hatta bu ayrımı ortadan kaldıran), her türden komplikasyonun tıbbi kusur olduğu yönündeki bu kabule iştirak etmemektir.

kabul etmesi, tek başına bu riske hukukun izin verdiği anlamına gelmez⁵⁴. Bu açıdan bakıldığında, izin verilen riskin, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü sınırlandırmada bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulması gerektiği de söylenebilir⁵⁵.

İzin verilen risk, taksirli eylemi sorumsuz bırakan değil, aksine cezalandırılan ve taksirin bulunmadığı durumlarda, (öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen ya da gerçekleşme riski bilinmesine karşılık gerekli tüm önlemler alınmasına karşın) meydana gelen riskleri hukuksal yaptırım uygulama alanından çıkarılmaktadır⁵⁶.

İzin verilen riskin ön koşulu, taksirli davranmamak ve özenli davranışın yol açabileceği riskleri önleyici veya asgariye indirici ya da doğduğunda zarar veya tehlike neticesini mümkün olduğunca yapılacak müdahaleyle izale etmek için gerekli ve teknik güvenlik normlarının zorunlu kıldığı önlemleri almaktır⁵⁷. Komplikasyonun ortaya çıkmasında ya da komplikasyonun tespit edilmesinden sonra gerekli tıbbi müdahalenin yapılmasında hekim ya da diğer sağlık personelinin taksir derecesinde dahi kusuru bulunmuyorsa, bu halde ortaya çıkan zararlı sonuç hukukun izin verdiği risk kapsamında kabul edilebilir.

III. Komplikasyon ve İzin Verilen Riskin Tıbbi Uygulama Hatasına Dönüşmesi

Hekimler arasındaki yaygın ve yanlış kabule göre "*komplikasyon var ise hekim hatasından söz edilemez*"⁵⁸. Bu yaklaşım, hekimlik mesleğinin icrası sırasında ortaya çıkan her türlü komplikasyonu "*hukukun izin verdiği risk*" ya da "*kanun üstü bir hukuka uygunluk sebebi*" olarak kabul etme sonucunu doğurur ki, bu sonuç hatalıdır. Bu nedenle, komplikasyon nedeniyle hekimin hatasının olmadığını benimseyen "*peşin*" ve "*götürü*" bir yaklaşım hukuken kabul edilebilir bir yaklaşım olmadığı gibi, ceza sorumluluğunun esasları olan "*kusur*" prensibi ile de uyumlu değildir.

Bir tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkabilecek komplikasyonların hastaya bildirilmemesi (komplikasyon konusunda aydınlatılmış onam eksikliği) dahi

⁵⁴ Ünver, Komplikasyon Malpraktis Ayırımı, s.66.

⁵⁵ Koca, izin verilen riskin, "*hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü sınırlandırmada bir ölçüt olarak*" göz önünde bulundurulması gerektiğini; hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığı müddetçe tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmaların ceza sorumluluğu doğurmayacağını ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Koca, s.100

⁵⁶ Ünver, Komplikasyon Malpraktis Ayırımı, s.66.

⁵⁷ Ünver, Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı, s.66.

⁵⁸ Çolak, s.96.

tıbbi kusur sayıldığı halde^{59,60} komplikasyonun başlı başına hukuki açıdan sorumluluğu neticelendiren bir bakıma özel bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, komplikasyon gelişen her durum "*izin verilen risk*" olarak kabul edilemez. Ancak, ortaya çıkmasında tıbbi kusur bulunmayan ve ortaya çıktıktan sonra gerekli müdahalenin yapılmasına rağmen ortadan kaldırılamayan veya hasta üzerindeki olumsuz sonuçları hafifletilemeyen komplikasyon "*izin verilen risk*" olarak kabul edilebilir⁶¹.

Komplikasyon öngörülebileceği halde öngörülmemiş ve komplikasyona karşı tedbir alınmamış ya da komplikasyon bizatihi tedbir alınmamasından kaynaklanmış ise komplikasyon değil tıbbi uygulama hatasından söz edilmelidir⁶².

Önlem alınmayan, fark edilmeyen, iyi yönetilmeyen komplikasyonlar tıbbi uygulama hatasına dönüşebileceğinden, komplikasyonun geliştiği her somut olayda tıbbi kusurun bulunup bulunmadığının –ayrıca- saptanması gerekmektedir⁶³.

⁵⁹ Gökcan, s.241. Savaş, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Yayınları, İstanbul 2012, s.274 Yargıtay'a göre de: "*Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Davalıların, davacı ...'yi kolon yaralanması hususunda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği, bu tür bir müdahalenin ne tür komplikasyonları olduğu izah edilmemiştir... eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*" Yargıtay 13 HD. 15.9.2014 tarih, E. 2013/26330 ve K. 2014/27050. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03/05/2015). Yargıtay 12. Ceza Dairesi'ne göre de: "*...Estetik ameliyat öncesi katılanın doğabilecek riskler konusunda uyarıldığını gösterir ayrıntılı ve söz konusu müdahaleye özel bilgilendirme belgelerine rastlanmaması, ameliyat öncesi ve sonrası hasta fotoğraflarının bulunmaması sebebiyle raporların bu eksikliğe rağmen düzenlenmiş olması ile ameliyat öncesi yapılması gerekli tetkiklerin eksik yapıldığı ya da hiç yapılmadığı kanaatinin edinilmesi nedenleriyle söz konusu eksikliklerin giderilerek bir kez de Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak sanığın hukuki durumunun tespiti yerine eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi, kanuna aykırı olup...*" Yargıtay 12. CD.25.03.2013 tarih E. 2013/3553 ve K. 2013/7266 (Karar yayınlanmamıştır).

⁶⁰ Rosenau aydınlatma eksikliğini, –izin verilmeyen risk- olarak ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Rosenau, Henning, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, (Çev. Ahmet Hulusi Akkaş), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2014 (Aralık), s.658.

⁶¹ Ünver'e göre, bu durumda komplikasyon, fiilin haksızlık kavramının dışında tutulmakta ve fail cezalandırılmamaktadır. Açıklama için bkz. Ünver, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.67. Kanaatimizce, komplikasyonun bu şekilde gelişmesi halinde, failin cezalandırılmamasının sebebi fiilin haksızlık içeriğinin yokluğu değil, "*eylemin tipik olmaması*"dır.

⁶² Ünver'e göre de, komplikasyon bakımından tıbbi tedbirlerin alınmadığı sabit ise, malpraktis söz konusudur. Açıklama için bkz. Ünver, Tıbbi Malpraktis, s.62

⁶³ Gökcan, s.239.

Nitekim Yargıtay da istikrarlı bir biçimde, zararlı sonucun komplikasyon olup olmadığının tespit edilmesi ve bilirkişi tarafından komplikasyon olarak nitelendirilmesi halinde de, hekim ya da diğer sağlık personelinin komplikasyonun gelişmesinde kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar vermektedir^{64, 65}.

Anılan açıklamalardan hareketle, komplikasyonun ortaya çıkmasında ve komplikasyon ortaya çıktıktan sonra gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği hallerde veya sağlık personelinin komplikasyon nedeniyle ortaya çıkan zararlı neticeyi ağırlaştırıcı ve olumsuz neticenin (ölüm veya yaralanma neticesinin) oluşmasını hızlandıran eylemlerinin bulunması halinde tıbbi uygulama hatası söz konusu olur ve bu türden eylemlerin ceza sorumluluğunu gerektireceği de tartışmasızdır.

§.3. TAKSİR- BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI BAKIMINDAN "ÖNGÖRME" UNSURU

Tıbbi uygulama hataları bakımından, zararlı neticenin öngörülüp öngörülemediği, failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde ayrı bir öneme sahiptir. Özellikle tıbbi uygulama hatasına dönüşen ve tıp biliminin verilerine göre öngörülebilir komplikasyonlar bakımından failin eylemindeki manevi unsurun tespitinde güçlük yaşanmaktadır.

Hekim ya da diğer sağlık personelinin istenmeyen zararlı neticeyi (komplikasyonu) öngördüğünden bahisle doğrudan, bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, tıbbi uygulama hatasına dönüşen komplikasyonların (öngörülebilir komplikasyonlar yönünden) öngörülüp öngörül-

⁶⁴ "...Olayda ölü doğan bebeğin ölüm nedenine ilişkin olarak ölümünün annede meydana gelen uterus rüptürü ve gelişen komplikasyonlardan ileri geldiği mütaala edilmekle birlikte somut olay itibarıyla ilgili raporda sanıkların olayda kusurlu eylem ve davranışlarının bulunup bulunmadığı hususlarının irdenilip değerlendirilmediğinin anlaşılması karşısında;

Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve sanıkların olay nedeniyle kusurlarının bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin olarak önceki raporlarda irdelenecek şekilde Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden sanıkların üzerlerine atılı eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi,

Kanun'a aykırı olup..."Yargıtay 12. CD. 06.03.2012 tarih, E. 2012/9300 ve K. 2012/6218. Aynı yönde Yargıtay 12. CD. 29.06.2012 tarih, E. 2011/21499 ve K. 2012/16422 (Kararlar yayınlanmamıştır).

⁶⁵ "...Sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınamaması sebebiyle açık şekilde gerçekleştirdiği ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lüca kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğunun kabulünde sorumluluk bulunmaktadır." Yar. CGK, 14.2.2012 tarih, E. 2011/12-578 ve K. 2012/43.

memesinin failin ceza sorumluluğuna etkisini tartışmadan, Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında "*taksir*" ve "*bilinçli taksir*" şeklinde tanımlanan iki manevi unsurun –kanuni- ayırım noktası olan "*öngörme*" unsurunun ayrıca ele alınması gerekmektedir⁶⁶.

Taksirde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir biçimde neticenin öngörülebileceği halde netice öngörülmemiş iken; bilinçli taksirde, neticenin öngörülmesine rağmen, sırf şansa, kişisel yeteneğe, mesleki cesarete veya sair başkaca bir sebebe güvenilerek, neticenin meydana gelmesi bakımından "*pervasızlık*" gösterilmektedir⁶⁷.

İstisnai bir sorumluluk türü olan "taksirli eylemden doğan sorumluluk", toplum halinde yaşamının beraberinde getirdiği ve her insanı ya da belli bir meslek sahibi kimseleri, ortak yaşam tecrübeleri kapsamında daha dikkatli davranmaya sevk eden, bu kimseler (bireyler ve/veya meslek sahipleri) yönünden bir nevi "*uyarı*" mahiyeti taşıyan bir mahiyet arz etmektedir^{68, 69}.

⁶⁶ Taksirin hukuki esası hakkındaki diğer teoriler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, 12. Baskı, İstanbul 1999, s.249 vd.; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s.378 vd.; Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, s.183 vd.; Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenedünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, s.325 vd.; Özen (Mustafa), s.98 vd. Biz, taksirin hukuki esasına açıklayan teorilerden en fazla taraftar bulan ve Türk öğretisinde de yaygın olarak kabul edilen "*öngörebilme*" teorisini esas almaktayız.

⁶⁷ Yargıtay'a göre de: "*Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, "neticenin fail tarafından öngörülmesi" ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayırımına gidilmiştir.*" Yar. CGK, 09.12.2014 tarih, E. 2013/9-125 ve K. 2014/543.

⁶⁸ Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.254; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.439; Artuk/Gökçen/Yenedünya, s.324. Özen'e göre: "*Taksirli sorumluluğun esasını, failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle önleyebileceği bir fiili bu fiilleri (davranış kurallarını) ihlal etmek suretiyle istemeyerek gerçekleştirmiş olmasından dolayı kınanmasında aramak gerekir.*" Özen, Muharrem, TCK'nda Taksir, Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, İstanbul 2012, s.115.

⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre: "...*Taksirle gerçekleştirilen bazı eylemlerin suç olarak tanımlanıp cezaî yaptırıma bağlanmasıyla, insanların gittikçe yoğunlaşan ve karmaşık hale gelen toplum hayatı içinde daha dikkatli davranmalarının temin edilmesi amaçlanmaktadır. Kanun ve ortak hayat tecrübesinin sonucu olarak kendisine toplum tarafından yüklenen dikkat ve özen görevini ihlal eden ve bu hareketiyle öngörülebilir zararlı neticeye sebep olan kişinin taksirle işlenen suçlara ilişkin cezaî sorumluluğu benimsenmiş, fakat taksirden söz edilemek için de kanunî tarife uygun fiilin işlenebileceğinin öngörülme imkanının mevcut olması aranmıştır.*" Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

TCK m.22/2 anlamında taksir, "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülme- yerek gerçekleştirilmesi*"dir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıldığına "*öngörülemeyen*" bir neticeden dolayı failin ceza sorumluluğunun bulunduğu söylenemez.

Bir hareketten dolayı istenmeyen bir neticenin doğmuş olması, failin cezalandırılması bakımından yeterli olmayıp⁷⁰, zararlı (istenmeyen) netice yönünden en azından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunması gerekmektedir⁷¹. Neticenin öngörülebilir olup olmaması taksir ile kaza ve tesadüfün ayıran unsurdur^{72, 73}. Öngörülebilirlik, bir kişinin yapmış olduğu davranışın bir neticeye sebebiyet verebileceğini veya bir neticeyi meydana getirme olasılığını düşünmesidir⁷⁴. Yargıtay'a göre de: "*Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini*" ifade etmektedir⁷⁵.

Taksirli suçlarda öngörülmesi gereken neticenin öngörülmemesi "*normatif kusur*"dur⁷⁶. Yine, taksirli suçlar bakımından öngörülmesi gereken netice, her türlü netice olmayıp "*normatif (suç tipinde yer verilen) netice*"dir⁷⁷. Öngörülmesi gereken, "*münhasır ya müşahhas*" netice olmayıp, "*genel*" neticedir.

⁷⁰ Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.104

⁷¹ Nitekim dikkat ve özen yükümlülüğünün dahi, toplum içinde yaşamaktan kaynaklandığı da haklı olarak dile getirilmektedir. Açıklama için bkz. Katoğlu, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.63, Y. 2007 s.29; Yıldız, Ali Kemal, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 16-17 Nisan 2010, Samsun, Ed. Hakan Hakeri, Henning Rosenau, 261, 262. Yıldız'a göre, sırf riskli bir faaliyeti girişmiş olmak (zararlı netice gerçekleşmiş olsa bile) dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiği anlamına gelmez.

⁷² Hakeri, Genel Hükümler, s.219; Dönmezer/Erman, meydana gelen neticenin her türlü öngörülebilme yeteneğinin dışında ve kimse tarafından öngörülemeyecek olması halinde kaza ve tesadüfün söz konusu olacağını ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.263. İçel'e göre de, "öngörme" yok ise, taksir de yoktur. İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s.141. Aynı yönde bkz. Öztürk, Bahri/ Erdem, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, s.282; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014, s.361.

⁷³ Yargıtay'a göre de: "*Taksirli suçlarda da, gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülmeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.*" Yar. CGK., 09.12.2014 tarih, E. 2013/9-125 ve K. 2014/543.

⁷⁴ Frosali, Sistema penale italiano, s.497'den nakleden Özen (Mustafa), s.163.

⁷⁵ Yar. CGK, 11.5.2004 tarih, E. 204/2-97 ve K. 2004/115.

⁷⁶ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.319, 320.

⁷⁷ Koca/Üzülmez, s.201; Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Ankara 2010, s.471.

Örneğin; failin odasındaki masa üzerinde dolu bir tabanca bırakması halinde, kendi çocuğunun bu tabanca ile oynarken yaralanabileceğinin öngörmesi aranmayıp, herhangi bir kişinin o tabanca ile yaralanabileceğini veya diğer bir kişiyi yaralayabileceğinin öngörülmesi (diğer unsurların da bulunması şartıyla) failin cezalandırılabilmesi için yeterlidir⁷⁸.

Nitekim Yargıtay'a göre de: "...Taksirli suçlarda öngörülebilir sonucun tüm detaylarının öngörülmesi ya da öngörülebilir olması da şart değildir, yayanın trafik kurallarını ihlal etmek suretiyle aniden yola çıkması halinde bir aracın ona çarpabileceği ya da çarpmamak için direksiyonu kırması nedeniyle trafik düzeninin bozulabileceği, böylelikle de başkalarının hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak yaralanma ya da ölüm olayının gerçekleşebileceği herkes için öngörülebilir bir durumdur. Gerçekleşen neticenin bütün ayrıntı ve inceliklerinin tahmin edilebilir olmasına gerek bulunmayıp, sonucun genel olarak öngörülebilir olması taksirin varlığı için yeterlidir. Bunun yanında yayalının zarara uğrama ihtimalinin daha yüksek olması, araç yoluna kontrolsüz giren yayanın başkalarına zarar vermek suretiyle tehlikeye neden olacağının öngörülebilir olması gerçeğini değiştirmeyecektir"⁷⁹.

Gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen öngörülemeyen tipik neticenin meydana gelmesinden dolayı failin cezalandırılması adalet duygusunu incitir⁸⁰ ve ceza sorumluluğunun kapsamı sınırsız hale gelir⁸¹.

Bununla birlikte, öngörülebilecek iken öngörülmeyen her netice bakımından da, neticenin meydana gelmesinin failin doğrudan doğruya ceza sorumluluğunu doğurmayacağı, her somut olayda failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığının da ayrıca tespit edilmesi gerektiği açıktır. Öngörmenin gerçekleşmiş olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunup bulunmadığı yönündeki araştırmayı/değerlendirmeyi ortadan kaldırmaz^{82,83}.

⁷⁸ Açıklama ve örnek için bkz. Demirbaş, s.384; İçel, s.153 vd.; Koca/Üzülmez, s.201, 202.

⁷⁹ Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

⁸⁰ Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.255.

⁸¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.362; Özbek, V. Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014, s.513.

⁸² Öztürk/Erdem, s.282; Önder, s.320. Bu noktada, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık halinde "öngörmenin" aranıp aranmayacağı sorusu akla gelebilir. Soyaslan'a göre, kurula riayetsizlik halinde öngörülebilirliğin hiçbir önemi yoktur. Kurula riayetsizlik ile tehlikeli faaliyet doğmaktadır. Sorumluluk için tehlikeli faaliyetin doğması kâfidir. (Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.443, 444). Kanaatimizce, "öngörme" taksir ile kaza ve tesadüfü ayıran bir unsur olup, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemin gerçekleştirildiği her durumda "öngörmenin" peşinen var olduğu kabul edilemez. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın varlığı tespit edildikten sonra, ikinci aşamada olumsuz neticenin (ya da tehlikenin) öngörülebilir olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir. Nitekim Demirbaş'ın da belirttiği üzere, neticenin öngörülebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğü-

Öngörme, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi imkânını ifade eden bir kavram olup, dikkat ve özen yükümlülüğü vazifesinin bulunduğu yerde "öngörme" imkânı ve iktidarı da vardır⁸⁴.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde "kurallara riayet edilme-yerek" hareket edildiğinde artık, öngörmenin "kendiliğinden" var olduğu⁸⁵ belirtilse de, biz bu görüşe katılmamaktayız. Öztürk/Erdem'in de haklı olarak belirttiği üzere; kurallara riayetsizlik halinde "öngörme" kendiliğinden (kanunen) var kabul edilse dahi, fail her durumda tipik neticeden peşinen sorumlu tutulamaz. Taksirli suçların müşterek ve haksızlık unsuru olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın da ayrıca araştırılması gerekmektedir⁸⁶.

Kanaatimizce, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın varlığı halinde dahi "öngörme" imkân ve iktidarının araştırılmasını ifade eden bu görüş, komplikasyonlar bakımından özel bir önem taşımaktadır. Gerçekten, tıbbi müdahale nedeniyle komplikasyonun geliştiği durumlarda, esasında mesleki kurallara uygun davranılmıştır. Ancak, komplikasyonun tespitinde veya etkilerinin ortadan kaldırılmasında ya da azaltılmasında gerekli tıbbi destek sağlanamamış ise, hekim ya da sağlık mesleği mensubunun taksirli suçtan sorumluluğu doğabilecektir.

nün bir şartıdır. Dikkat ve özen görevi neleri kapsıyor ise, öngörebilme olanağı da bunlara göre belirlenecektir. Demirbaş, s.384. Ersoy'a göre de, "*Mevzuata uymayarak tipik davranışın gerçekleştirilmesi öngörmenin varlığı için yeterli değildir.*" Ersoy, Genel Hükümler, s.104.

⁸³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun isabetli bir şekilde belirttiği üzere: "*...Sadece objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın varlığı taksirden dolayı cezalandırılmayı gerektirmez, buna bağlı olarak bir sonucun ortaya çıkması, ortaya çıkan bu sonucun da, fail tarafından öngörülmemiş olsa bile öngörülebilen nitelikte olması gerekmektedir... Taksirle işlenen suçlarda icrai ya da ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilen olması gerekmekte olup, iradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de kaza ya da tesadüf söz konusu olacağından, failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Öngörülebilen, belirli niteliklere sahip olan failin gerçekleştireceği hareketinin zararlı neticelerini tahmin edebilmesi imkanı olarak açıklanabilecek olup, öngörülebilen imkansız ise, kaza ve tesadüf söz konusu olacaktır.*" Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

⁸⁴ Koca/Üzülmez, s.201. Ancak, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış ise, artık neticenin fail tarafından öngörülebilen olup olmadığının ortaya konulmasına/ araştırılmasına gerek yoktur. Görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512. Kanaatimizce de, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışın bulunmadığı durumlarda, öngörmenin varlığının ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. Ancak, öngörmenin var olduğu her durumda mutlaka dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir eylemin bulunup bulunmadığı mutlaka araştırılmalıdır.

⁸⁵ Soyaslan, s.443, 444; Ersoy, s.104. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere "*kurallara uygun davranmak*" dahi her durumda ceza sorumluluğunu kaldırmaz.

⁸⁶ Görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s.281. Nitekim Yargıtay'a göre de: "*Doktor tıptaki bilimsel gelişmeleri takip etmeli, tıbbi müdahaleyi bu güncel bilgiler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktorun standartlara ve bilimsel kurallara uygun olarak özenli bir şekilde müdahale yapıp yapmadığı belirlenirken yaptığı müdahale sonucunda hastanın şifa bulması değil, kurallara uygun müdahalede bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır.*" Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, E. 2014/12-103, K. 2014/552 (karar yayınlanmamıştır).

Bütün bu açıklamalardan hareketle, taksirli suçların sübjektif yönünün ağır basması nedeniyle, taksirin derecesinin (ve taksirden doğan sübjektif sorumluluğun kapsamının) kişisel olduğu söylenebilir⁸⁷.

Taksirli suçlar yönünden "*tipik neticenin öngörülmesi*"nin (öngörme unsuru-nun) objektif mi yoksa sübjektif bir nitelik mi arz ettiği konusu tartışmalıdır^{88, 89}.

Bir görüşe göre, failin fiilinden dolayı meydana gelen neticenin öngörülebilir olup olmadığının tespiti bakımından, failin kişiliği, yaşı, cinsiyeti, beden kusurları, görgüsü, mali durumu, sosyal durumu, bilgi düzeyi, tecrübesi gibi sübjektif unsurların esas alınması gerektiğinden, taksirin öngörme unsuru "*sübjektif*" olup⁹⁰, neticenin öngörülüp öngörülmemesi bakımından "*fail*" esas alınmalıdır⁹¹.

Bununla birlikte, "*objektif ölçüt*"ten hareket ederek, öngörme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda "*ortalama bir insanın*" esas alınmasını savundukları halde, failin özel bilgisi ve yeteneklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini öne süren yazarlar da bulunmaktadır⁹².

Öngörme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut olay bakımından objektif ve sübjektif görüşler birleştirilerek tespit edilebileceğini benimseyen yazarlar "*karma görüşe*" taraftardır. Nitekim Önder, öngörmenin objektif ve sübjektif nitelikler içinde gerçekleştirilebileceğini belirterek karma görüşe taraftar olmuştur⁹³. Centel/Zafer/Çakmut da, neticenin öngörülebilir (ve engellenebilir) olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin her somut olayda ayrıca yapılması gerektiği ve bu değerlendirmenin objektif, sübjektif ya da karma ölçütün uygulanabileceği görüşünü benimsemektedir⁹⁴.

⁸⁷ Özen (Mustafa), s.97.

⁸⁸ Tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, (Mustafa), s.170 vd.

⁸⁹ Özen'e göre, öngörebilme ile öngörülebilirlik birbirinden farklı kavramlar olup, öngörülebilirlik nesnel bir değerlendirme iken; öngörme, somut olay bakımından öznel (sübjektif) değerlendirmeyi gerekli kılar. Nesnel (objektif) bir kavram olan öngörülebilirlik, somut olayda öznel olarak (sübjektifleşerek) "öngörme"ye dönüşmektedir. Özen (Mustafa), s.178.

⁹⁰ Hakeri, Genel Hükümler, s.218; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.328; İçel, Kayıhan/ Evik, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2007, s.197; Yıldız, s.262, 263; Ersoy, s.104; İçel, s.153; Soyaslan, s.443; Demirbaş, s.384.

⁹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.508, 513; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I, s.473.

⁹² Öztürk/ Erdem, s.282; Koca/Üzülmez, s.201.

⁹³ Önder, s.319; Dönmezer/Erman da, öngörebilmenin "*belirli bir toplumda ve belirli bir anda yaygın olan ortak tecrübeye*" dayandığını belirterek karma görüşe taraftar gözükmektedir.

⁹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s.364, 365. Yazarların, öngörmenin belirlenmesinde, "*işbölümü, uzmanlaşma ve bilgi standardı, eğitim, yaş, bedensel durumlar*"ın dikkate alınacağını ve öngörme unsurunun "*göreceli*" olduğunu belirtmiş oldukları nazara alındığında, sübjektif ölçüte üstünlük tanıdıkları sonucu çıkarılabilecektir. Aynı şekilde Demirbaş da, sübjektif görüşe taraftar olduğu halde, öngörmenin varlığının tespiti bakımından, "*ortak tecrübelerin*" esas alınması gerektiğini belirterek, karma görüşe yaklaşmaktadır. Görüş için bkz. Demirbaş, s.384.

Hafizoğulları/Özen⁹⁵ ve Toroslu'ya⁹⁶ göre, öngörülebilirlik bakımından, iş bölümü, uzmanlaşma, bilgi düzeyi, eğitim derecesi, yaş, fiziki koşulların da dikkate alındığı bir *model-ajan* esas alınması gerekmektedir. Anılan yazarlar, bu görüşleri ile karma görüşe taraftar görünmektedir⁹⁷.

TCK'nin taksiri düzenleyen 22. maddesinin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun öngörme konusunda subjektif görüşe taraftar olduğu görülmektedir. Gerekçeye göre, "*Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır.*"

Yargıtay da tipik neticenin öngörülebilir olup olmadığı yönünde "somut olaydaki faili" esas alan subjektif görüşe taraftardır. Yargıtay istikrarlı bir biçimde, neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususunda "*failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasının*" zorunlu olduğuna karar vermektedir⁹⁸.

⁹⁵ Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.111 vd.

⁹⁶ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s.201.

⁹⁷ Benzer görüş için bkz. Kayaer, Nebahat, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2012, s.287 vd.

⁹⁸ "*Neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkânsız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir.*

Öngörülebilir olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır.

*Somut olayda, sanık 21 yaşında, dört yıldır gayriresmi evli, okuma yazma dahi bilmeyen ve kırsal kesimde yaşayan bir ev kadınıdır. Sanığın ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyi, yaşı, öğrenim görmemiş olması ve yaşadığı çevrenin koşulları dikkate alındığında, çocuğunu sevip onunla oynayıp şakalaşırken havaya atıp tuttuğu sırada ve hareketli oldukları bir anda meydana gelen olayda açıklanan kistaslar gereği neticenin öngörülebilir olmaması nedeniyle sanığa atfı mümkün bir kusur bulunmadığından, atılı suçun manevi unsuru oluşmamıştır. Bu itibarla, yerel mahkemenin önceki mahkûmiyet hükmünde direnmeye ilişkin kararı isabetsiz olup bozulmasına karar verilmelidir." Yar. CGK, 11.5.2004 tarih, E. 204/2-97 ve K. 2004/115. Aksi yöndeki yakın tarihli bir kararında ise Yargıtay "*Neticenin öngörülebilir olması ile failin neticeyi öngörebilir yetenekte bulunması arasında fark vardır. Neticenin öngörülebilmesi, failin niteliklerine, yeteneklerine, eğitim durumuna veya uzmanlık alanına göre değil objektif olarak ve failden bağımsız şekilde ortalama seviyedeki bir insanın öngörme yeteneğine göre tespit edilmelidir*" diyerek, neticenin öngörülebilirliği konusunda objektif görüşe taraftar olduğunu ortaya koymuştur. Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, E. 2014/12-103, K. 2014/552 (karar yayınlanmamıştır).*

Kanaatimizce de, tipik neticenin fail bakımından öngörülebilir/ tahmin edilebilir olup olmadığının tespiti bakımından sübjektif bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu değerlendirmede aynı durumda olan "*başka bir fail*" değil, somut olayın bütün şartları ve failin şahsi bütün özellikleri (yaş, cinsiyet, sosyal durum, zekâ seviyesi, tecrübesi, eğitim durumu vs.) nazara alınarak; sadece somut olaydaki "*fail*" nazara alınmalıdır.

Tıbbi uygulamalar neticesinde ortaya çıkan zararlı/istenmeyen sonuçlar açısından, bu sonuçların (tipik neticenin) fail tarafından öngörülebilir olup olmadığının değerlendirilmesi açısından da, failin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği anda ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği yerdeki tıbbi standart ve tıbbi donanım ve imkânlar, failin mesleki geçmişi, tecrübesi, gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleye ilişkin uzmanlığının olup olmadığı (ilgili alanda ilave özel bir eğitim alıp almadığı) gibi hususların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

§.4. MÜŞTEREK UNSUR VE "HAKSIZLIK" OLARAK "DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK"

Taksirli (basit/bilinçli) suçlarda "*müşterek*" unsur ve haksızlık teşkil eden iradi eylem, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır⁹⁹. Bu nedenle, taksir-bilinçli taksir ayrımı somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın bulunup bulunmadığına göre değil de, neticenin öngörülüp öngörülmediği esas alınarak yapılmaktadır. Taksirli suçlar yönünden haksızlık (tipik normdaki neticeyi ihlal eden davranış)¹⁰⁰, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen eylem*"dir.

Taksirin her iki türü bakımından da, eylemin suç sayılabilmesi ve failin cezalandırılabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekmektedir.

Taksirin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın "*objektif*" bir unsur olduğu yönünde öğretide neredeyse tam bir fikir birliği bulunmaktadır^{101,102}. Ob-

⁹⁹ Ayrıca, hem taksir hem de bilinçli taksir halinde neticenin "istenmemesi" diğer bir müşterek unsur olup, kastı taksirden ayıran en önemli esastır.

¹⁰⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s.399; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014; s.254; Önder, s.320, 321.

¹⁰¹ Koca/Üzülmez, s.188; Öztürk/Erdem, s.282; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, s.512; Yıldız, s.262; Özgenç, s.252; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.346; Özen (Mustafa), s.154; Centel/Zafer/Çakmut, s.363; Zafer, s.; Ersoy, s.106; Yaşar/Gökcan/Artuç, C.I, s.474.

¹⁰² Azınlıkta kalan aksi görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespiti olayın başındaki duruma göre, failden bağımsız ve objektif bir şekilde değil; failin kişiliği, bilgisi ve tecrübesine göre "*somut olaydaki fail*" esas alınarak yapılmalıdır. Hakeri, Genel Hükümler, s.216; İçel/Evik, s.201. Alman Ceza Hukuku'nda sübjektif görüşe

jektif bir biçimde ve failin icra edildiği andaki duruma göre ve fakat sonradan¹⁰³ yapılacak değerlendirme bakımından, bilinçli bir insanın, yani fail ile aynı çevreye ait olan (ya da fail ile aynı mesleği icra eden) makul ve tedbirli bir insan esas alınarak¹⁰⁴, bu makul kişinin tercih edeceği davranış, somut olayda failin dikkat ve özen yükümlülüğünün türünü ve ölçüsünü belirlemede temel kriter olarak ele alınmalıdır¹⁰⁵.

Yargıtay'a göre de, dikkat ve özen yükümlülüğü, failin kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında "*objektif olarak*" değerlendirilmesi gereken bir unsurdur¹⁰⁶.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün, *-kişinin yeteneklerinden bağımsız olarak* belirlenmesi gerekse de, bu türden bir nesnel yaklaşım somut olayda kişinin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirebilecek idrak, bilgi düzeyi, tecrübeye sahip olmasını bertaraf etmez¹⁰⁷. Failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı, yaşı, sosyal durumu, bilgi düzeyi, algılama seviyesi, kişisel kabiliyetleri, tecrübesi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla değerlendirilmelidir¹⁰⁸.

Örneğin; belli bir alanda üst ihtisas yapmış bir hekimin somut olaydaki eyleminde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışının bulunup bulunmadığı aynı alandaki başka bir hekime göre değil kendi subjektif özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu kapsamda, bir hekimin (veya sağlık perso-

tarafar olan yazarlar için bkz. Koca/Üzülmez, s.195. Özen'e göre dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde hem özne hem de nesnel bir değerlendirme birlikte yapılmalıdır. Eğer bu değerlendirme sonucunda bir zıtlık ya da çelişki söz konusu olur ise, özne (subjektif) değerlendirmeye üstünlük tanınmalıdır. Çünkü, nesnel değerlendirmede kusursuz sorumluluğa yaklaşma tehlikesi bulunmaktadır. Açıklama için bkz. Özen (Mustafa), s.154.

¹⁰³ Jescheck, s.49

¹⁰⁴ "*Akan bir trafiğe yayanın kendisini atması halinde, bu hareketin trafikte tehlike veya zararlı bir sonuca yol açacağı, makul orta zekâdaki her insan tarafından kabul edilebilecek bir durumdur.*" Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80

¹⁰⁵ Koca/Üzülmez, s.194; Jescheck, s.49. TCK m.22'nin gerekçesine göre de: "*Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.*" Gerekçede yer alan ifadelerden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu da, dikkat ve özen yükümlülüğünün "objektif" bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁶ Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80; Yar. CGK, 09.12.2014 tarih, E. 2013/9-125 ve K. 2014/543;

¹⁰⁷ Özgenç, İzzet, Bilinçli Taksir, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.715 (Bilinçli Taksir); Koca/Üzülmez, s.195; Öztürk/Erdem, s. 281.

¹⁰⁸ Öztürk/Erdem, s.281; Koca/Üzülmez, s.216, 217; Jescheck, s.49.

nelinin) herhangi bir alanda ilave bir eğitim alması/araştırma yapması¹⁰⁹, yeni bir teknik geliştirmesi ya da yan dal ihtisası veya üst ihtisas yapması, bu hekimin dikkat ve özen yükümlülüğü yönünden dikkate alınması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu türden durumlarda, şahsi bir kısım özelliklerin failin "öngörebilme" imkânı ve dolayısıyla da dikkat ve özen yükümlülüğünü artırması/ genişletmesi söz konusu olmaktadır^{110,111}.

Kanaatimizce, taksirli suçlar yönünden sübjektif nitelik arzeden öngörme/öngörebilmenin genişlediği durumlarda, failin bireysel olarak öngörebildiği olumsuz neticeler yönünden dikkat ve özen yükümlülüğü de genişler. Bu nedendir ki, dikkat ve özen yükümlülüğü değerlendirilirken failin yerine "makul orta zekâda bir başka kimse" değil; "fail ile aynı özelliklere sahip" (failin mensup olduğu çevreye ait olan, fail ile aynı mesleği yapan vs.) bir kimse esas alınmalıdır¹¹².

765 sayılı TCK'de dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı açıklanmıştır¹¹³. Ancak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun taksiri düzenleyen 22. maddesinde dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı açıklanmamıştır¹¹⁴. Öğretide ve uygu-

¹⁰⁹ Koca/Üzülmez'e göre: "Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ölçüt esas olmakla birlikte, somut olayda failin özel bilisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; jinekoloji alanında uzman olan doktor A, hormon ilaçlarının etkileri konusunda ihtisas yapmıştır. A, hastası B'ye bir hormon ilacı vermiş ancak bu ilaç hastada zararlı yan etkilere neden olmuştur. Söz konusu yan etkilerin hormon ilacından kaynaklanabileceği hususu kısa bir süre önce bir Amerikan araştırma grubu tarafından ortaya çıkartılmıştır. Fakat konuyla ilgili yayınlar önemli bir uzmanlık dergisinde henüz çıkmamıştır. Bununla birlikte doktor A, araştırma sonuçlarını uzmanlık alanına ilişkin bir kongrede öğrenmiştir. Burada B'nin sağlığı bakımından tehlikenin müşahade edilebilirliği, özel bilgisi nedeniyle A bakımından kabul edilebilmelidir. Başka bir jinekoloj bakımından ise A'nın sahip bulunduğu –özel bilgi- olmadığı takdirde sorumluluk reddedilecektir". Örnek ve açıklama için bkz. Koca/Üzülmez, s.195.

¹¹⁰ Örneğin; belli bir ameliyat tekniği konusunda ilave eğitim alan (alanında uzman olan) veya ek bir ihtisas yapan ya da bir ameliyatı çok sayıda yaparak bu ameliyat konusunda ciddi bir tecrübe kazanan hekimin bazı komplikasyonları rahatlıkla öngörebileceği ve bu komplikasyonlar bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünün genişlediği söylenebilir.

¹¹¹ Nitekim İçel'e göre de, dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamı ile öngörebilme yeteneğinin/olanağının kapsamı birbirine paraleldir. Öngörebilme olanağı neleri kapsıyor ise, dikkat ve özen yükümlülüğü de aynı hususları kapsamalıdır. Açıklama için bkz. İçel, s.153; Koca/Üzülmez, s.195.

¹¹² Jescheck, s.49

¹¹³ 765 sayılı TCK'nin 455. maddesine göre dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynakları şunlardır: "Tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata aykırılık".

¹¹⁴ Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağına ilişkin olarak 5237 sayılı TCK'nin 22. Maddesine ilişkin gerekçede şu ifadeler yer verilmiştir: "...Dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.". 765 sayılı TCK'de sayılan hususların, "dikkat ve özen yükümlülüğü" kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği hususunda bkz. Demirbaş, s.388.

lamada, dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olarak, ortak (müşterek) yaşam tecrübeleri, hukuk kuralları (kanunlar ve diğer pozitif normlar), mesleki kurallar, yetkili merciler tarafından verilmiş emir ve talimatlar¹¹⁵, sözleşme¹¹⁶ ya da davranış kuralları gösterilmektedir^{117, 118}.

Dikkat ve özen yükümlülüğü; hukuk normları ya da toplumsal veya mesleki davranış kurallarının bireye (belli bir kişiye) yüklediği bir "gereklik"¹¹⁹ veya dikkatli ve özenli davranma "görevi"¹²⁰ ya da bir "emir"¹²¹ mahiyetindedir. Kanaatimizce, her somut olay bakımından ve olayın şartları nazara alınarak¹²² (ex-ante bir değerlendirme yapılarak) failin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı; bu alanda mevcut pozitif bir hukuk kuralı (kanun, tüzük vs.) var ise öncelikle bu kurala göre; böyle bir kural yok ise fail bir mesleğe mensup ise; bu mesleğin ortak tecrübelerine ya da mesleki kurallara göre, fail herhangi bir mesleğe mensup değil ise, toplumda geçerli olan ortak yaşam tecrübelerine göre belirlenmelidir. Ancak, yukarıda zikrolunduğu üzere bu değerlendirme mutlak objektif bir biçimde değil; her somut olayın özelliklerine göre failin dikkat ve özen yükümlülü-

¹¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.346

¹¹⁶ Öztürk/Erdem, s.280

¹¹⁷ Dönmez/ Erman, Genel Kısım II, s.254; Özgenç, s.252; Koca/Üzülmez, s.191, 194, 195; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.511; Öztürk/Erdem, s.280; Özen (Muharem), s.115;

¹¹⁸ Yargıtay'a göre, "*Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirlemekte, fail tedbirlili ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılmaktadır... Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.*" Yar. CGK, 30.9.2014 tarih, E. 2013/12-706 ve K. 2014/406. Anılan karar kapsamında bakıldığında, toplum içerisinde yaşayan kimse ortak yaşam tecrübelerinin getirdiği davranış kurallarına; belli bir mesleği icra eden kimse de hukuk normlarıyla getirilen ya da mesleki tecrübelerle ortaya çıkan kurallara uymak konusunda "ödevli" olup, bu (belirli) kimseler bakımından zararlı neticelerin meydana gelebileceğinin öngörülmesi (öngörülebilir neticeler yönünden) "ödev/yükümlülük" niteliğindedir.

¹¹⁹ Özgenç, s.252; Yıldız, s.262.

¹²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.362; Önder, s.321. Aynı yönde, Yar. CGK, 18.2.2014 tarih, E. 2013/12-10 ve K. 2014/80.

¹²¹ Koca/Üzülmez, s.196.

¹²² Aksi yönde, Jescheck bu değerlendirmenin, "*hareketi yapan kişinin mensup bulunduğu çevredeki titiz ve basiretli bir insanın davranış ölçüsüyle ve failin içinde bulunduğu müşahhas şartlardaki tehlike durumuna sokularak sonradan (ex post) olarak yapılması gerektiğini*" ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Jescheck, s.49

ğünü genişleten kişisel bilgi ve tecrübe düzeyi de (ilave bir uzmanlığının olup olmadığı vs.) nazara alınarak yapılmalıdır¹²³.

Fail, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermiş ise, tipik netice meydana gelmiş olsa bile failin bu neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir¹²⁴. Örneğin; bir anjiyografi işleminde, hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen, anjiyografi işlemi sırasında girişimde bulunulan damarın (arterin) zarar görmesi halinde (komplikasyon tespit edildiğinde gerekli tıbbi müdahale yapılmış ise) hekim bu zararlı neticeden dolayı sorumlu tutulamaz. Yine -hastaya yeterli bilgilendirme yaptıktan sonra- kullanılan bir ilaç nedeniyle istenmeyen yan etkiler (*advers etki*) ortaya çıktığında da, bu etkilerin giderilmesi için gerekli tıbbi girişim yapıldığı durumlarda hekimin ceza sorumluluğundan söz edilemez.

Hekim ya da sağlık mesleği mensubu, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı da yine netice meydana gelecek idiyse, bu durumda hekim ya da sağlık mesleği mensubunun ceza sorumluluğundan söz edilebilir mi? Bu husus öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği durumlarda, fail tarafından dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi, neticenin meydana gelmesi kaçınılmaz ise, fail bu neticeden sorumlu tutulamaz¹²⁵. Ancak, aksi görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suçun haksızlık unsurunu oluşturduğundan, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmış ise, bu yükümlülüğe uygun davranılsaydı dahi netice gerçekleşecekti biçimindeki bir anlayışla "*varsayımsal olarak*" sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir¹²⁶. Bu varsayımsal

¹²³ Bu yönüyle, taksirli suçlarda meydana gelen neticenin failin özelliklerini taşıdığı ve fail ile müşahhas bir netice olduğu söylenebilir. Nitekim Önder'e göre, taksirli suçlarda netice, yalnız fiziki bir netice olmayıp, "*failin karakter özelliklerini de taşıyan*" bir neticedir. Açıklama için bkz. Önder, s.321.

¹²⁴ Komplikasyon gelişen durumlarda, hekim veya sağlık mesleği mensubunun hem tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği anda hem de komplikasyon ortaya çıktığı anda kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermiş olması gerekmektedir.

¹²⁵ Öztürk/Erdem, s.283; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.97, 98; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512; Önder, s.322. Bu görüşe göre, failin özen yükümlülüğüne uygun davranması durumunda netice gerçekleşmeyecekti denilebiliyorsa, ancak bu takdirde netice faile yüklenebilir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylem, netice yönünden olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir anlam taşımıyor ise, bu eylem olmadan da zaten netice gerçekleşebilecek idiyse "objektif isnadiyet" yoktur. Açıklama için bkz. Öztürk/Erdem, s.283. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarının da bu yönde olduğu hususunda bkz. Koca/Üzülmez, s.205. Koca/Üzülmez, neticenin isnadiyeti bakımından failin özene aykırı davranışıyla neticeyi meydana getirme riskini yükseltmiş ise, bu neticeden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Açıklama için bkz. Koca/Üzülmez, s.207.

¹²⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.346; Özgenç, s.255, dn. 374.

yaklaşım, taksirli suçlar yönünden cezalandırılabilirliği son derece sınırlandırmaktadır¹²⁷.

Yargıtay'ın da, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi, neticenin meydana gelip gelmeyeceğinin araştırılmasını istediği kararları bulunmaktadır¹²⁸. Yargıtay'ın tıbbi müdahaleye ilişkin yakın tarihli bir kararında, gerekli takip ve tıbbi müdahale yapılmış olsa dahi, ölüm/yaralanma neticesi gerçekleşecek idi ise, hekimin taksirle öldürme suçu yerine; görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine karar verilmiştir.

Anılan karara göre: "...Genel cerrahi uzmanları Dr. H. ve Dr. Y.'ın genel vücut travmalı hastayı gerekli özenle izlemedikleri ve hastanede takip etmedikleri için tali kusurlu oldukları"na dair raporuna göre; olayın oluş şekli, ölüm sebebi ve zamanı dikkate alındığında, gerekli takip ve tıbbi müdahale yapılsa dahi ölüm neticesi gerçekleşeceğinden, sanıklara atılı taksirle öldürme suçu yasal unsurları itibariyle oluşmamış ise de; ölen hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, tıbbi açıdan zamanında teşhis koyup, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorunda olan sanık doktorların, görevlerinin gereklerini yerine getirmede ihmal gösterdiklerinin sabit olması karşısında, TCK'nun 257/2. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekir..."^{129, 130}.

¹²⁷ Koca/Üzülmez, s.206.

¹²⁸ Sözü edilen kararlar için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.96, dn. 288.

¹²⁹ Yargıtay 12. CD. 12.03.2013 tarih, E. 2012/19215 ve K. 2013/5974. (Karar yayınlanmamıştır.). Bir başka karar göre de: "...Tanıkların beyanlarından suça sürüklenen çocuğun verdiği sigarayı ölenin içmesi neticesi yarı baygın halde sarhoş olduğu, durumunun git gide ağırlaştığı ve solunum ile dolaşımının durduğu, bu nedenle de beyin kanaması geçirdiği ve tedavisi süresince komplikasyonlar gelişerek Cengiz'in öldüğü, öleni zamanında hastaneye götürmesi gerekirken gecenin ilk saatlerinden sabaha kadar tanık Ramazan'ın evinde tutması ve ölenin tedavisine zamanında başlanamamasına neden olması karşısında, Adli Tıp Kurumundan ölenin zamanında hastaneye götürülüp tedavisine başlanması halinde ölümün yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de sorularak, kendisini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen suça sürüklenen çocuğun eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen suçu oluşturabileceği düşünülmeden, yazılı şekilde suça sürüklenen çocuğun beraatine karar verilmesi" bozma nedeni yapılmıştır. Yargıtay 12. CD., 20.32.013 tarih, E. 2012/32043 ve K. 2013/6856 (Karar yayınlanmamıştır). Aynı yöndeki bir başka kararda da, "...Sanıkların olay nedeniyle tıbbi açıdan kusurlu olup olmadıkları ve gerekli tıbbi tedavinin yapılması halinde ölenin kurtarılıp kurtarılamayacağı"nın araştırılması talep edilmiştir. Yargıtay. 12. CD. 05.09.2012 tarih, E. 2012/1971 ve K. 2012/17930. Karar için bkz. Gökcan, s.529.

¹³⁰ Kanaatimizce tıbbi uygulama hatası nedeniyle taksirle öldürme veya yaralama suçlarından dolayı sorumluluğun bulunmadığı hallerde TCK m.257 hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. TCK m.257 hükmünde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç olduğundan, karara konu somut olayda failin kasten gerçekleştirilmiş bir eylemi bulunmadığı için fail hakkında TCK m.257 hükümlerinin tatbiki mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın ak-

Kanaatimizce dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi, neticenin meydana gelip gelmeyeceğine ilişkin tartışma, esasında taksirli suçlarda illiyet bağı (ve/veya objektif isnadiyet) meselesi ile doğrudan ilgilidir¹³¹. Suç teorisi açısından bakıldığında, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı

si yöndeki bir kararına göre ise, "*Hekimin tedavi sırasında özen yükümlülüğüne aykırı davranışı taksirle yaralama veya ölümü neden olma suçunu oluşturabilir ise de, kasıtlı işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu meydana gelmez, ancak ölüm veya yaralamaya neden olmayan diğer görev gereğine aykırı davranışların 257. madde kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.*" Yar. 4. CD., 6.6.2012 tarih, E. 2011/12168 ve K. 2012/13945. Karar için bkz. Gökcan, s.533 vd. Yine, yakın tarihli bir Yargıtay kararına göre de; "*Doktor olarak görev yapan sanıkların, taksirle yaralanma nedeniyle acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerle ölede çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahi müdahaleyi gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğu, bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri nedeniyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıklarının ihmal davranışlarının ölümüne neden olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması nedeniyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu nedeniyle gerçekleştiğinin bilirkişi raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu nedenle sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal nedeniyle ölenin ölümüne kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır". Yargıtay CGK. 09.12.2014 tarih, E. 2014/12-103, K. 2014/552 (karar yayınlanmamıştır).*

¹³¹ Esasında bu konu, taksirli suçlarda aranan "neticenin" suçun unsuru mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu yönündeki tartışmayla da ilgilidir. Eğer taksirle öldürme ve yaralama suçları açısından, ölüm ve yaralanma neticesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilir ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylem bizatihi suçun haksızlık vasfını oluşturacağından, neticenin meydana gelmesi bakımından haksız eylemin yapılması yeterli olup, bu eylem sonrasında failin hâkimiyetinde olmayan (kastın, bilme ve isteme unsuru dışında kalan) objektif neticenin (ölüm veya yaralanma) meydana gelmesinin failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak, olumsuz netice tipikliğe ait bir unsur olarak kabul edilir ise, bu durumda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylem ile olumsuz netice arasında illiyet bağının ve objektif isnadiyetin varlığı aranacaktır. Taksirli suçlar yönünden zararlı neticenin gerçekleşmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönündeki görüşler için bkz. Koca/Üzülmez, s.198; Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s.244. Anılan yazarlardan Koca/Üzülmez, taksirli suçlar bakımından "neticenin objektif cezalandırılabilme şartı" olarak kabul ettikten sonra, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi ile netice arasındaki ilişkiyi ise objektif isnadiyetle (riskin yükseltilmesi teorisiyle) açıklamaktadır. Çoğunluktaki görüşe göre, taksirli suçlarda aranan netice, suçun unsurunu oluşturmaktadır. Açıklama için bkz. Özgenç, s.254; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.336; İçel, s.163. Kanaatimizce de, taksirle öldürme ve yaralama suçları açısından TCK m.85 ve 89 hükümlerinde yer verilen "ölüm" ve "yaralanma" neticeleri suçun maddi unsuru olarak mütalaa edilmelidir.

hareket eden failin cezalandırılabilmesi için zararlı netice ile failin eylemi arasında illiyet bağının ve neticenin faile objektif isnat edilebilirliğinin bulunması gerektiği izahtan varestedir.

İllyet bağının (ve objektif isnadiyetin) özünü açıklamakta kullanılan teoriye göre, ulaşılan sonuçlar da farklılaşmaktadır. Yalın nedensellik teorisi esas alındığında, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı dahi netice meydana gelebilecek idiyse, fail cezalandırılabilir¹³².

Ancak, objektif isnadiyetin esasını açıklamakta öne sürülen riskin yükseltilmesi teorisi esas alındığında; neticenin faile isnat edilebilmesi için "*failin eylemi, neticenin meydana gelme tehlikesini ya da olasılığını hukuken ölçülebilir bir biçimde yükseltmiş ise, tehlike fail tarafından gerçekleştirilmiştir*"¹³³ ve fail bu neticeden sorumlu tutulabilir. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında ve Alman doktrininde hâkim olan "*kaçınılabirlik teorisi*"ne göre ise, "*bir netice, özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı dahi meydana gelebilecek idiyse, o takdirde faile isnat edilemez*". Ancak bu durumda, "*kesinliğe yakın bir ihtimalle*", dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi netice yine meydana gelecekti denilebilmelidir¹³⁴.

Hakeri'ye göre; nedensellik bağının belirlenmesindeki ölçü, hekimin tıbbi müdahaleyi özenli bir şekilde ve zamanında yapmış olsaydı, yaralama (veya ölüm) neticesi kesinlik sınırında bir olasılıkla önlenebilecekti denilebiliyor ise; hekimin davranışı ile ölüm ya da yaralanma neticesi arasında nedensellik var kabul edilir. Ancak, tıbbi standarda uygun müdahale yapılmış olsaydı dahi ölüm ya da yaralanma neticesi zaten meydana gelecek idiyse, özen yükümlülüğünün ihlalinin önemsiz olduğu kabul edilir ve nedensellik bağının bulunmadığı kabul edilir¹³⁵.

Kanaatimizce, taksirli suçlarda objektif isnadiyet konusunda "*riskin yükseltilmesi*" teorisinin esas alınması gerekir. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan olum-

¹³² Koca/Üzülmez, s.204

¹³³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.254. Tıbbi uygulama hataları bakımından nedensellik bağının tespitine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.724 vd.

¹³⁴ Koca/Üzülmez, s.206; Hakeri, Tıp Hukuku, s.724 vd.

¹³⁵ Hakeri, Tıp Hukuku, 10. Baskı, s.817, 818. Hakeri'ye göre; ölüm ya da yaralanma neticesinin gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi gerçekleşebilecek olduğu ispatlanmalıdır. Eğer bu husus ispatlanamaz ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanarak, hekim beraat ettirilmelidir. Yazar'a göre, nedensellik bağının varlığını kabul etmek için, hastanın zaten ölecek olması önemli olmayıp, özen yükümlülüğüne aykırı ihmal gerçekleşmeseydi hastanın "daha geç bir zamanda" ölecek olması illiyet bağının varlığı için yeterlidir. Yine, tıbbi müdahale zamanında gerçekleşseydi dahi hasta yine idiyse, hekimin taksirle öldürmeden sorumluluğu söz konusu olmasa da, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle acık çekmesi söz konusu olabileceğinden, taksirle öldürme suçundan olmasa da, taksirle yaralama suçu nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir (s. 818, 819).

suz neticeler nedeniyle hekim ya da sağlık personelinin sorumlu tutulabilmesi için neticenin, ya tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemlerinin eseri ya da sonucu olması ya da failin eylemi ile neticenin meydana gelme ihtimalini yükseltmesi (neticenin meydana gelme riskinin yükselmesi) gerekmektedir. Neticenin meydana gelme riskini etkilemeyen hallerde, hukuken ölçülebilir bir biçimde ve "*kesinliğe yakın*" bir oranda failin eylemi olmasaydı dahi olumsuz netice meydana gelebilecek idiyse, olumsuz netice objektif olarak faile isnat edilemez (objektif isnadiyetin yokluğu).

Ş.5. TIBBİ UYGULAMA HATALARI BAKIMINDAN TAKSİR-BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI VE YARGITAY UYGULAMASINDA ORTAYA KONULAN KRİTERLER

TCK m.22 bağlamında, dikkat ve özen yükümlülüğünün hem taksir hem de bilinçli taksir yönünden aranması gereken ve objektif niteliği ağır bir basan bir unsur olduğu yukarıda açıklanmıştı. O halde, bilinçli/bilinçsiz taksir ayrımı (negligence/recklessness) dikkat ve özen yükümlülüğüne göre değil de; neticenin öngörülüp öngörülmemesine göre yapılan bir ayırım olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten TCK m.22 hükmü yakından incelendiğinde bilinçli/bilinçsiz taksir ayrımı bakımından "*neticenin öngörülüp öngörülmemesi*" temelinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir¹³⁶.

Failin eylemi yönünden manevi unsurun taksir mi yoksa bilinçli taksir mi olduğu hususunun her türlü şüpheden uzak bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Taksir-bilinçli taksir ayrımı sadece faile verilecek ceza açısından değil; cezanın adli para cezasına çevrilebilmesi (TCK m.50/3) ve şahsi cezasızlık halleri (TCK m.22/6) yönünden de önem taşımaktadır.

Bilinçli taksir, taksire göre cezayı ağırlaştırıcı genel bir neden olup (TCK m.61/2); failin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle, öngördüğü neticenin gerçekleşmesine engel olmaması ya da diğer bir deyişle netice yönünden kayıtsızlık göstermesi failin haksızlık içeriğini artırmakta ve fail daha ağır cezalandırılmaktadır.

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılması halinde öngörülebilir/engellenebilecek bir neticenin öngörülememesi/engellenememesi iken; bilinçli taksir, öngörülen neticenin meydana gelmesi ya da engellenebilmesi için kişinin kendisine yüklenen "*yükümlülüğü/ ödevi*" yerine getirmemesidir. Bilinçli taksir halinde fail, neticeyi öngörmekle birlikte, (nasılsa olmaz di-

¹³⁶ Gökcan'a göre, bilinçli taksire ilişkin olarak TCK'de yer alan hüküm bir tanım olmayıp açıklama ibarettir. Yazar'a göre bilinçli taksir, "*Öngörüldüğü halde, istenmeyen neticenin gerçekleşmesine iradi hareketle neden olma*"dır. Açıklama için bkz. Gökcan, s.503.

yerek) neticenin gerçekleşmeyeceği konusunda bir "güven" duymakta ve fiili işlemekten geri durmamaktadır¹³⁷. Failin neticenin gerçekleşmeyeceği yönündeki güveni, davranış normları bakımından "*pervasızlık*" olarak karşımıza çıkar¹³⁸.

Failin, neticenin gerçekleşmeyeceği konusunda güveninin/inancının kaynağı; kişisel yetenekleri, tecrübesi, bilgisi, mesleki cesareti, kabiliyeti, şans (talih), harici sebepler, olayın özelliği ve mağdurun pozisyonu¹³⁹, bir başkasının davranışı ya da mağdurun davranışına duyulan güveni oluşturabilir¹⁴⁰.

Yargıtay, bilinçli taksir ile taksir arasındaki ayrımı şu şekilde ortaya koymaktadır: "*Kanunun tarifinden de anlaşılacağı üzere, bilinçli taksir, fail tarafından neticenin öngörülüp istenmemiş olmasıdır. Başka bir anlatımla, taksirin bu şekilde neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca sebep olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı hareketi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle devam eden failin söz konusu güveninin dayanağı talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe vs. gibi çeşitli etkenlerden ileri gelebilir. Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik kendini 'öngörme' kavramında gösterir...*"^{141, 142}.

Taksir-bilinçli taksir ayrımının odak noktasını "öngörme" oluşturduğuna göre; tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği anda, tıbbi müdahaleden kaynaklana-

¹³⁷ Koca/Üzülmez, s.219, 222.

¹³⁸ Nitekim Yargıtay'a göre de, "*Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.*" Neticeyi öngören fail, neticeye kayıtsız kalamaz. Yar. CGK, 29.4.2014 tarih, E. 2014/12-89 ve K. 2014/226. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre de, bilinçli taksir halinde netice fail tarafından "umulur" ve neticeye "aldırılmaz" ise bilinçli taksir değil olası kast vardır. Açıklama için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.518. Nitekim Görkemli'ye göre de, "*Hekim operasyonu gerçekleştirirken, bütün olasılıkları değerlendirmiş ve başarı olasılığı neredeyse -şansa kalmış ise- olası kast ile hareket ettiği şüphesizdir.*" Açıklama için bkz. Görkemli, Burcu, Kompozit Doku Nakli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2013, s.814.

¹³⁹ Gökcan, s.503.

¹⁴⁰ Öğretide yer verilen kriterler için bkz. Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.264 vd.; Zafer, s.268; Soyaslan, s.444; Centel/Zafer/Çakmut, s.368; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s.478; Özen (Mustafa), s.157 vd.; Demirbaş, s.390; Koca/Üzülmez, s.222 vd.; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s.351; Öztürk/Erdem, s.278, 278; İçel/Donay, s.206; Hakeri, Genel Hükümler, s.221 vd.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.517 vd.;

¹⁴¹ Yar. CGK, 24.11.2009 tarih, E. 2009/9-185 ve K. 2009/273.

¹⁴² Bir başka Yargıtay kararına göre de: "*Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, surf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacaktır. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.*" Yar. CGK, 29.4.2014 tarih, E. 2014/12-89 ve K. 2014/226.

bilecek komplikasyonların/zararlı neticelerin hekim ya da diğer sağlık personeli tarafından "öngörüldüğünden" bahisle, komplikasyon gelişen her tıbbi müdahale yönünden failin bilinçli taksirli olarak mı kabul edilecektir? Hiç şüphesiz, tıbbi uygulamaların çalışmamızın başında açıkladığımız özelliklerinden hareketle, bu soruya olumlu cevap verebilmek mümkün değildir. O halde, tıbbi uygulama hataları veya komplikasyon gelişen tıbbi uygulamalar yönünden bilinçli taksir ile taksirin ayırt edilmesi bakımından birtakım ek kriterlere ihtiyaç bulunmaktadır¹⁴³.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, tıbbi müdahaleler bakımından hekim ya da diğer sağlık personelinin bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi için "öngörme" unsuruna ek olarak bazı ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir¹⁴⁴. Bu ölçütler; "hekimin kendisine aşırı güveni", "mesleki cesareti" ve "tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılık bulunması"dır¹⁴⁵.

Yargıtay'ın mesleki cesaret ve hekimin kendisine güvenini bilinçli taksir olarak kabul ettiği bir karara göre: "...Fizyolojik kilo verme hızının ayda 2-4 kilogram olması gerektiği, obez kişilerde hızlı kilo vermenin kronik kalp rahatsızlığını aktif hale geçirebileceğinin tıbben bilindiği, ölende hızlı kilo kaybı tespit edilmiş olmasına rağmen, diyet egzersiz programlarının yeniden değer-

¹⁴³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.716.

¹⁴⁴ "...Sanık Dr... 'ın tarafından yapılan muayene sonucunda, prostatik ön tanısı ile üroloji polikliniğine gitmesi önerilen 1 gün sonra üroloji uzmanı ve radyoloji uzmanı tarafından yapılan muayene ve tetkiklerde testis torsiyonu olduğu anlaşılan vakada, sanık doktorun uygulamasının, 1994 doğumlu olan hastada bu yaş grubunda testis ağrısına sebep olabilecek ihtimaller arasında ilk akla gelmesi gereken ihtimalin "testis torsiyonu" olduğu böyle acil bir durumda hastanın zaman geçirilmeden ağrı kesici uygulanıp üroloji polikliniği yerine acil cerrahi girişim ve radyolojik tetkikin yapılabileceği bir hastaneye sevk edilmesinin gerektiği, bu nedenle ilgili hekimin yaptığı işlemlerin tıp kurallarına uygun olmadığı belirtilmesi karşısında sanığın eyleminin taksirle yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu kapsamda eylemi taksirle yaralama suçu olarak değerlendiren yerel mahkeme hükmünde bir isabetsizlik bulunmadığı, ancak;

Mesleki kusurluluk ve bu kapsamda tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin kabulü için, yasadaki öngörme ölçütünün tek başına kabulünün yeterli olmadığı, hekim kusurunda bilinçli taksir yönünden aşırı güven, mesleki cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar ek koşullarının gerçekleşmesinin aranması, aksi halde tüm tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin varlığının kabul edilebileceği, bu nedenle hekim kusurunun bilinçli taksir düzeyine ulaşmış olmadığı değerlendirilmesinde belirtilen bu ek koşulların da nazara alınması gerektiği"ne karar verilmiştir. Yar. 12. CD. 29.1.2014 tarih, E. 2013/18184 ve K. 2014/2055 (Karar yayınlanmamıştır). Öğretide, hekimin sarhoş olarak ameliyata girmesi durumunda da, bilinçli taksirin söz konusu olacağı dile getirilmektedir. Açıklama için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.716.

¹⁴⁵ Öğretide hekimin "maharetini göstermek ya da deneme yapmak için" tıbbi müdahalede bulunması halinde de bilinçli taksirin söz konusu olacağı zikredilmektedir. Açıklama için bkz. Gülşen, Recep, Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Tıp hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012, s.58.

lendirilmemesi ve tetkiklerin eksik yaptırılması nedeniyle, sanığın kusurlu bulunduğu ve bu kusurlu davranışın ölüme etkisinin olduğu ve ölümlerle sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu, uygulanan yöntemin bilinen tıbbi standartlara uymaması nedeniyle, ölümün komplikasyon olarak da değerlendirilemeyeceği, meydana gelen ölüm sonucunun sanık tarafından da öngörülmesinin mümkün olduğu ancak, buna rağmen tedavi yönteminin değerlendirilmemesi ve yeni tetkiklerin yapılmaması nedeniyle, sanığın tecrübesine dayanarak zararlı bir sonucun meydana gelmeyeceğine duyduğu güvenle kayıtsız kaldığı ve eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir"¹⁴⁶.

Komplikasyonun öngörülmesine rağmen, sağlık mesleği mensubunun komplikasyona karşı kayıtsız kalması ve komplikasyona karşı tedbir almaksızın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiş olması bilinçli taksirin varlığını göstermektedir.

Komplikasyona karşı kayıtsızlığın bilinçli taksir olarak kabul edildiği bir kararında Yargıtay: "...Henüz 16 yaşında olan ölenin, diş ağrısı şikayeti ile sanığın diş teknisyeni olarak çalıştığı iş yerine kardeşi ile birlikte gittiği, sanığın doktor olmadığını söylemediği, "moralim bozuk diş çekemem" diyerek ölene müdahale etmediği, ölenin bu kez başka bir doktora gittiği, bu doktorun abseli olması sebebiyle dişi çekmediği geçici dolgu yaptığı ancak ağrısı geçmeyen ölenin yeniden sanığın çalıştığı iş yerine gittiği ve dişini çekirtmek istediğini söylediği, ölenin kardeşinin, sanığa başka bir doktora gittiklerini ve bu doktorun dişi çekmediğini söylediği, sanığın dişe geçici dolgu yapıldığını ve dişin abseli olduğunu görmesine rağmen, ölenin dişini çektiği, çekme işleminden kısa süre sonra fenalaşan ölenin kaldırıldığı hastanede 9 gün sonra "diş apsisi ile ilişkili septik şok ve gelişen komplikasyonlardan" dolayı öldüğü olayda, diş teknisyeni olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunmayan sanığın, abseli olduğunu bildiği ve bu nedenle çekilmemesi gereken dişi çekmek suretiyle ölüme neden olmasında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu"na karar vermiştir"¹⁴⁷.

Tıbbi uygulamalarda hekim ya da sağlık meslek mensubunun mesleki cesaret göstererek tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi ve sonucunda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak zararlı neticenin ortaya çıkmasına neden olması ya da gelişen komplikasyon ile baş edememesi halinde, bilinçli taksirli söz konusu olur. Hiç şüphesiz mesleki cür'et (cesaret) de taksir kapsamındadır"¹⁴⁸.

Hekimin ihtisas alanında olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirdiği tıbbi müdahale bakımından bir komplikasyonun gelişebile-

¹⁴⁶ Yargıtay 12. CD. 11/06/2013 E. 2013/11225 ve K. 15909 (Karar yayınlanmamıştır)

¹⁴⁷ Yargıtay 12. CD., 10.12.2013 tarih, E. 2013/5731 ve K. 2013/28511 (Karar yayınlanmamıştır)

¹⁴⁸ Dönmezer/Erman, Genel Kısım II, s.268.

ceğini öngörmesi ve fakat bu komplikasyona karşı (mesleki cesaretine ya da tecrübesine güvenerek) herhangi bir tedbir almaması durumunda *-tıbbi müdahale standarda uygun yapılmış olsa bile-* bu durumda izin verilen risk değil, tıbbi hata söz konusu olur¹⁴⁹ ve failin bilinçli taksirli olarak hareket ettiği kabul edilmiştir.

Yine, yeni geliştirilen tekniklerle yapılan tıbbi müdahaleler (robotik cerrahi, kompozit doku nakli, rahim nakli vs.) bakımından da, bu tekniklerin hastanın hayatı veya sağlığı açısından barındırdığı yüksek risk nazara alınarak, fayda-zarar dengesi kurulmaksızın, mesleki cesaret gösterilmesi de¹⁵⁰ –somut olayın özellikleri de bir bütün halinde değerlendirilerek- bilinçli taksir kapsamında değerlendirilebilecektir. Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin hastanın hayatı ya da sağlığı açısından oluşturduğu risk arttıkça hekimin de dikkat ve özen yükümlülüğü artacaktır.

Öğretide, failin öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermesinin gerekmediği¹⁵¹ ve fakat somut olayda hekimin bu türden bir "çaba"yı gösterdiği durumlarda bilinçli taksirle hareket ettiğinin düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵². Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü, hekim tarafından öngörülen ve fakat gelişmesine engel olunamayan çoğu komplikasyon bakımından hekimin bu komplikasyon ile mücadele etmesi ve komplikasyonun ortadan kaldırılması ya da zararlı etkilerinin azaltılması için gayret göstermesi "*dikkat ve özen yükümlülüğünün bir gereğidir*".

Çalışmamızın başında ayrıntılı bir şekilde açıklamaya çalıştığımız üzere, hekimin bu türden bir müdahaleyi hiç ya da gereği gibi yapmaması başlı başına tıbbi kusurdur. Hekimin zararlı neticenin gerçekleşmemesi ya da zararlı neticenin etkilerini aza indirebilmek için çaba göstermesini bilinçli taksir yönünden "*karine*" olarak kabul etmek mümkün değildir. Zararlı neticenin söz konusu olduğu her durum, hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak

¹⁴⁹ Ünver, Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı, s.166.

¹⁵⁰ Hiç şüphesiz bu türden tıbbi müdahaleler açısından da, fayda/zarar dengesinin iyi kurulması ve -hastanın rızası bulunsa dahi- ölüm ya da yaralanma (uzuv kaybı vs.) ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi kanaatindeyiz. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesi de aynı hususa işaret etmektedir. Sözü edilen hükme göre: "*...tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutad tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır.*"

¹⁵¹ Bayraktar'a göre, bilinçli taksirin kabul edilebilmesi için failin, öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için "*çaba göstermesi*" gerekmektedir. Görüş için bkz. Bayraktar, Köksal, TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme, TCK Reformu, 2. Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004, s.30 vd.

¹⁵² Gökcan, s.503, dn. 131.

suretiyle bu zararlı neticenin meydana gelmesine neden olduğu şeklinde anlaşılabilir.¹⁵³

Bir görüşe göre, "güven ilkesi"nin uygulamaya yerleşmesi halinde, hekim, meydana gelen zararlı neticeden dolayı bilinçli taksirli olarak sorumlu tutulamaz.¹⁵⁴ Kanaatimizce güven ilkesi ile hekim ya da sağlık meslek mensuplarının tıbbi uygulamalardan doğan zararlı neticeleri sebebiyle "bilinçli taksirli" olarak sorumlu tutulabilmeleri arasında doğrudan bir ilişki kurulamaz.

Tıp hukukunda geçerli olan güven ilkesi, birden fazla sağlık mesleği mensubunun işbirliği ve işbölümü şartları içerisinde (ekip olarak) gerçekleştirildiği tıbbi müdahaleler yönünden, işbirliği yapan kişilerden birinin kusuru nedeniyle sorumluluğun aidiyeti sorununu çözmede faydalanılan bir ilkedir. Hiç şüphesiz bu ilke, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve objektif sorumluluk yasağının zorunlu bir sonucudur.¹⁵⁵ Güven ilkesi, ekip halinde yapılan çalışmalarda bireylerin dikkat ve özen yükümlülüklerini ve ceza sorumluluklarını sadece sınırlandırır¹⁵⁶; ortadan kaldırmaz¹⁵⁷.

¹⁵³ Nitekim Yargıtay da, meydana gelen zararlı netice yönünden, hekim tarafından yapılacak bir tıbbi müdahale bulunup bulunmadığının "ayrıca" araştırılması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre: "...(*A*)pandisit ameliyatı sonrası meydana gelen güdük kaçağının komplikasyon olup olmadığı, komplikasyon olarak değerlendirilmesi halinde ise bunun nedeni, sanığın, hastanın ameliyat sonrasında ateş şikayeti başlandığı sırada isteyebileceği tetkikin bulunup bulunmadığı hususu da belirlenerek, sanığın komplikasyon yönetiminde kusurunun bulunup bulunmadığı yönünde rapor alınması ve sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeksizin eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." hukuksa aykırıdır. Yargıtay 12. CD., 30.05.2014 tarih, E. 2013/16857, K. 2014/13362 (www.kazanci.com).

¹⁵⁴ Altundere, Nazan, Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.114, 115. Yazara göre: "...*Bu gün ülkemiz uygulamasında hatalı olarak hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olarak bilinçli taksir hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bize göre güven ilkesi gereğince hareket edilmiş olursa bu durumda hekimlerin sorumluluğunun taksir hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerekeceği açıktır. Bu halde hem olaya ve hem de adalete uygun hareket edilmiş ve gerçek sorumlular ile sorumluluğun karşılığı uygun illiyet gereğince tespit edilmiş olunacaktır*". Yazar, güven ilkesinin uygulamada hiç yer bulmadığını zikretmiş olsa da, Yargıtay uygulamasında bu ilke kendisine yer bulmaktadır. Yargıtay'ın iş kazasına (güvenliğine) ilişkin olarak verdiği bir kararında güven ilkesinden bahsedilmek suretiyle şu sonuca ulaşılmıştır. "...*Birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda, taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur*". Yar. CGK., 16.5.2000 tarih, E. 2000/9-104 ve K. 2000/110.

¹⁵⁵ Ünver, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, TBBD, Ankara 2008, s.883.

¹⁵⁶ Yıldız, s.266.

¹⁵⁷ Güven ilkesinin, izin verilen risk kuralının tıp hukuku alanındaki yansıması olduğu yönündeki görüş için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.150.

Güven ilkesi, bir taraftan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet ederken, diğer taraftan da işbölümü ve uzmanlaşmayı güvence altına alan bir fonksiyona sahiptir¹⁵⁸. Güven ilkesi uyarınca, *diğerinin kurala uygun ve özenli davranacağına güvenen kişi*, başkalarının özensiz davranışının tehlikeli ve zararlı sonuçlarını bertaraf etmek veya dikkate almak zorunda bırakılmamaktadır¹⁵⁹. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, güven ilkesi, tıbbi müdahalenin öncesinde, icrası sırasında ya da sonrasında başka hekim veya sağlık personelinin de katılımıyla (ekip olarak) gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler açısından dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan hekim ya da sağlık personelinin sorumlu tutulamayacağını açıklamaktadır. Bu ilke, öngörülen neticeye kayıtsız kalınarak, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle zararlı neticenin meydana gelmesine neden olan hekim ya da sağlık personelinin cezasız kalmasını sağlayacak bir "*can simidi*" ve "*cezayı hafifleten mutlak bir sebep*" olarak kabul edilemez¹⁶⁰.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarına bakıldığında; ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler yönünden "*güven ilkesinden açıkça zikredilmesi dahi*" güven ilkesi fiilen uygulandığı ve ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale-

¹⁵⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s.150 vd.; Yıldız, s.266; Katoğlu, s.32 vd.

¹⁵⁹ Gökcan, s.228. Güven ilkesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Yıldız, s.268 vd.; Katoğlu, s.32 vd.; Ünver, Yener, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, s.883 vd.; Özkan, Halid, Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu, VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri, Henning Rosenau, 16-17 Nisan 2010, Samsun, s.131.Örneğin; cerrahinin geldiği ileri **düzey** içerisinde cerrahın kendi hareketine bağlı olmayan anesteziistin fiillerini (müdahalelerini) kontrol ile yükümlü olmadığı ve bu türden bir olanağın da bulunmadığı açıktır. Açıklama için bkz. Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.223.

¹⁶⁰ Ekip halinde dahi olsa, güven ilkesinin geçerli olmadığı durumlar bulunmaktadır. Bunlar; diğer bireylerin kurallara uygun davranmadıklarının öngörülebilir olması, failin kendi tereddütlü hareketi ile diğer kişilerin hareketlerini etkilemesi ve failin hiyerarşik-hukuksal konumu itibarıyla bir denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunmasıdır. Ayrıntılı açıklama için Ünver, İzin Verilen Risk, s.345 vd.; Yıldız, s.268. Nitekim Yargıtay da, "*Gözetim ve kontrol yükümlülüğü bulunan bir kimsenin birlikte ameliyat yaptığı tecrübesiz kimseleri denetleme ve uyarma görevini ihmal etmesi halinde sorumlu tutulması gerektiğine*" karar vermiştir. Anılan karara göre: "*Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı Dr. Sanık Mehmet'in, bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla, olayda asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar Hüsnüye ile Bediha'nın da anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek, oksijen ve azotperoksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını ancak ameliyat esnasında farkedip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konuları itibarıyla Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğunu...gözetilmeden...*" Yar. 2. CD. 5.2.1996 tarih, E. 1996/268 ve K. 1996/1025.

ler bakımından peşinen –dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı bulunmayan- hekim sorumlu tutulmadığı, doğrudan hatalı eylemi gerçekleştiren personelin sorumlu tutulduğu görülmektedir¹⁶¹.

Nitekim yakın tarihli bir Yargıtay kararında, ekip şefi konumundaki hekimin "peşinen" sorumlu tutulmadığı, tıbbi uygulama hatasının doğrudan muhatabı olan yardımcı sağlık personelinin sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Anılan kararda; "*Devlet hastanesinde hemşire olan sanıkların, genel cerrahi uzmanı K'in mağdurun karında unuttuğu iki adet pensi, ameliyat öncesi ve sonrasında sayarak kontrol etmemekten ibaret olan eylemlerinin tak-sirle yaralama olduğu*" ifade edilmiştir¹⁶².

Bizim de katıldığımız görüşe göre, ekip halinde yapılan tıbbi müdahaleler bakımından ekip şefinin –bizatihi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi bulunmasa dahi- müdahaleye iştirak eden personelin gerçekleştirdiği tıbbi hatalar nedeniyle "peşinen" sorumlu tutulması ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine uygun değildir¹⁶³. Kanaatimizce her somut olayın şartları kendi içerisinde değerlendirilerek, ekip şefi konumundaki hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemi söz konusu ise (Örneğin; denetim ve gözetim görevini ihmal etmiş ise¹⁶⁴) ceza sorumluluğu yoluna gidilmelidir.

SONUÇ

İnsan bedeni üzerinde yapılacak her tıbbi müdahale az ya da çok bir "risk" içermektedir. Hastanın hayatının kurtarılması ya sağlığına kavuşturulabilmesi için bu risklerin varlığına rağmen tıbbi müdahalenin de gerçekleştirilmesi zorunludur. Ancak bu durum, tıbbi müdahaleden kaynaklanan bütün risklerin de hukuken –meşru- kabul edilebileceği anlamına da gelmemektedir.

¹⁶¹ Yargıtay'ın eski uygulamasında ameliyatın primer (ilk) sorumlusunun hekim (cerrah) olduğu kabul edilerek, yardımcı sağlık personelinin kusuru bulunsa dahi, hekim sorumlu tutulmaktaydı. Amerikan Hukuku'ndaki uygulamanın da bu yönde olduğu (geminin kaptanının doktor olduğu yönündeki kabulden –captain of the ship doctrine- hareket edildiği) zikrolunmaktadır. Açıklama ve bu uygulamanın eleştirisi için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.154, 580.

¹⁶² Yar. 4. CD. 19.12.2008 tarih, E. 2008/16170 ve K. 2008/2316. Karar için bkz. Gökcan, s.217.

¹⁶³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.580. Kanaatimizce de, tıbbi müdahaleye katılan ekip üyelerinin, 1219 sayılı Kanun'un Ek Madde 13 kapsamındaki görevlerini, dikkatli ve özenli bir biçimde yapmamaları halinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur ilkesi kapsamında eylemlerinden sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Ekip şefi konumundaki operatörün sorumlu olabileceği haller ise, ekip üyelerinin bariz (açık) hatalarının anlaşılabilmesi ya da tıbbi müdahalenin özelliği gereği gözetim ve denetim yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Bu iki halde ekip şefinin ceza sorumluluğu doğabilecektir.

¹⁶⁴ Ekip halinde gerçekleştirilen müdahaleler yönünden, hiyerarşik olarak denetim ve gözetim yetkisi bulunan kimsenin güven ilkesinden yararlanamayacağı, bu halin güven ilkesinin istisnası olduğu yukarıda açıklanmıştır.

Tıbbi müdahaleden kaynaklanan öngörülebilir/**önlenebilir** komplikasyonlar bakımından, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer sağlık personelinin komplikasyonun ortaya çıkması, tespiti ve komplikasyonun olumsuz etkilerinin azaltılması veya ortadan kaldırılması bakımından gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranarak standart tıbbi müdahalede bulunması halinde herhangi bir ceza sorumluluğu doğmaz. Bu halde meydana gelen olumsuz neticeler "*hukukun izin verdiği risk*" kapsamındadır.

Ceza hukuku açısından komplikasyon ile izin verilen risk kavramları eş anlamlı olmadığı gibi; izin verilen risk kavramı komplikasyon kavramının hukuktaki karşılığı değildir. İzin verilen risk öğretisi, dikkat ve özen yükümlülüğünden (taksirden) doğan sorumluluğu bertaraf eden bir kavram değildir. Tıbbi uygulamalar bakımından izin verilen risk, "*cezalandırılmayan komplikasyon*" olarak tanımlanabilecektir.

TCK m.22 bağlamında, dikkat ve özen yükümlülüğü, hem taksir hem de bilinçli taksir yönünden aranması gereken ve objektif niteliği ağır basan bir unsurdur. Bu nedenle, taksir-bilinçli ayrımı da dikkat ve özen yükümlülüğüne göre değil; neticenin öngörülüp öngörülmemesine göre yapılmaktadır.

Failin, neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek eylemini gerçekleştirmesi halinde bilinçli taksir söz konusu olur. Failin bu konudaki güveninin kaynağı; kişisel yetenekleri, tecrübesi, bilgisi, mesleki cesareti, kabiliyeti, şansı (talihi), harici sebepler, olayın özelliği ve mağdurun pozisyonu, bir başkasının davranışı ya da mağdurun davranışına duyulan güven olabilir.

Tıbbi müdahaleler açısından, hekim ya da diğer sağlık personelinin genellikle komplikasyonları "öngördüğü" kabul edilerek her türden komplikasyon (ya da diğer olumsuz sonuçlar) açısından "*peşinen*" bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tıbbi uygulamalar yönünden taksir-bilinçli taksir ayrımının yapılmasında "öngörme" unsuru yetersiz olup, ilave bir kısım kriterlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Tıbbi uygulamalar açısından taksir-bilinçli taksir ayrımında, hekim ya da diğer sağlık personelinin bilinçli taksirli olarak kabul edilebilmesi için, "öngörme" kriterine ek olarak; "*aşırı güveni*", "*mesleki cesaret*" ve "*tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılık*" kriterlerinin aranması gerekmektedir.

Güven ilkesi, ekip halinde gerçekleştirilen tıbbi uygulamalar bakımından da uygulama alanı bulan bir ilkedir. Ancak bu ilke, ekip halinde yapılan çalışmalarda bireylerin dikkat ve özen yükümlülüklerini ve ceza sorumluluklarını sadece sınırlandırır; fakat bütünüyle ortadan kaldırmaz. Bu ilkenin, bilinçli taksirin tespiti bakımından bir işlevi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Göknur/ Hancı, Hamit/ Balseven, Aysun,** İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi (STED), C. 12, S.7, Y. 2003
- Altundere, Nazan,** Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012
- Arslan Hızal, Sevinç,** Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayrımı, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), S.18, Nisan 2012
- Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014
- Bayraktar, Köksal,** Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972
- Bayraktar, Köksal,** TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme, TCK Reformu, 2. Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004
- Bilge, Yaşar,** Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara 2002
- Birtek, Fatih,** Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S.5, Y. 2007
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem,** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, İstanbul 2011
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer,** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014
- Charles, L. Bosk,** Forgive and Remember: Managing Medical Failure, 3rd Edition, Chicago-London, 2003
- Civaner, Murat,** "Harm Caused by Healthcare" instead of "Malpractice", Turkish Archives of Pediatrics, Galenos Publishing, S.46, Y. 2011
- Çelik, Faik,** Komplikasyon in Tıp Hukuku Atölyesi-I, Akyıldız, Sunay/Hakeri, Hakan/ Çelik, Faik/ Somer, Pervin, Ankara 2013.
- Çolak, Ahmet,** Nöroşirujide Malpraktis, Türk Nöroşiruji Dergisi, 12: 94-98, Yıl. 2002
- Demirbaş, Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, 12. Baskı, İstanbul 1999.
- Ersoy, Yüksel,** Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.53, Y. 2004
- Ersoy, Yüksel,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002
- Görkemli, Burcu,** Kompozit Doku Nakli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2013.
- Gökcan, Hasan Tahsin,** Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013
- Gökcan, Hasan Tahsin,** Ceza Hukukunda Güven İlkesi ve Trafik ve Tıp Hukukunda Uygulanması, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2012 (Güven İlkesi)

- Gülşen**, Recep, Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Tıp hukuku Dergisi, C.1, S.1, Nisan 2012
- Hafizoğulları**, Zeki/ **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010,
- Hakeri**, Hakan, Hekimlerin Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz),
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69., Y. 2007
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014 (Genel Hükümler)
- Hakeri**, Hakan, Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, Y. 2014
- Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013. (10. Baskı, Ankara 2015)
- Hancı**, Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin ceza ve Tazminat Sorumluluğu (Malpraktis), 3. Baskı, Ankara 2006
- Harris**, Curtis E., Medical Malpractice Survival Handbook, ACLM, 2007, Mosby/ Elsevier Publiser, p. 3; U.S. Congress, Office of Technology Assessment, OTA-H-602, Washington 1994
- Harris**, E. Curtis, "Negligence" in The Medical Malpractice Survival Handbook, American College of Legal Medicine, Mosby Elsevier, Philedelphia 2007
- Heinrich**, Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ed. Yener Ünver, Ankara 2014
- İçel**, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967
- İçel**, Kayıhan/ Evik, **Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2007
- Jescheck**, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul 2007
- Kangal**, Zeynel T., Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV., Y. 2011, S.4
- Kapp**, B. Marshall, Medical Error Versus Malpractice, Depaul Journal of Health Care Law, L.751, 1996-1997.
- Katoğlu**, Tuğrul, Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.63, Y. 2007
- Kayaer**, Nebahat, Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2012.
- Koca**, Mahmut, Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Ed. Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay), Erzincan 15-16 Mayıs 2006

- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014
- Kocatürk, Utkan**, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara 1997
- Lile, Hans**, Ceza Soruşturmasında Hekimin Tedavi Hataları, Çev. Kıvılcım Bilgen, Kerem Öz, Tıp/ Sağlık Hukuku, Prof. Dr. Hakan Hakeri'ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14, Ankara 2014
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- Özbek, V. Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2014
- Özen, Muharrem**, TCK'da Taksir, Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, İstanbul 2012
- Özen, Mustafa**, Ceza Hukukunda Taksir, Ankara 2011.
- Özgenç, İzzet**, Bilinçli Taksir, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004 (Bilinçli Taksir)
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014
- Özgönül, Mustafa Levent**, Türkiye'de Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata Kavramı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010
- Özkan, Halid**, Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu, VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri, Henning Rosenau, 16-17 Nisan 2010, Samsun
- Özkaya, Nesrin**, Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve Yüksek Sağlık Şurası Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2012
- Özpinar, Berna**, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, C. 66, S.3., Y. 2008
- Öztürk, Bahri/ Erdem, M. Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013
- Öztürkler, Cemal**, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis-Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003
- Polat, Oğuz**, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005
- Rosenau, Henning**, Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, (Çev. Ahmet Hulusi Akkaş), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, C. VIII, S.2, Y. 2014 (Aralık).
- Saatçioğlu, Onur Can**, Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009
- Sarp, Nilgün**, Hekimin Tıbbi Özen Yükümlülüğü, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Nilgün Sarp, Cahid Doğan 8-9 Kasım 2013, Lefkoşa
- Savaş, Halide**, Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara 2009

- Savaş**, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Yayınları, İstanbul 2012
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012
- Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008
- Ünver**, Yener, Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, Ankara (tarihsiz), (Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı)
- Ünver**, Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Meslek Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008 (Tıbbi Malpraktis).
- Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998 (İzin Verilen Risk)
- Ünver**, Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008
- Ünver**, Yener, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara
- Yaşar**, Osman/ **Gökcan**, Hasan Tahsin/ **Artuç**, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Ankara 2010
- Yaycı**, Nesime, Komplikasyon ve Malpraktis Ayırımı, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008
- Yıldız**, Ali Kemal, Tıp Hukukunda Güven İlkesi, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 16-17 Nisan 2010

CEZA KANUNLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASI VE TÜRK CEZA KANUNUNDA ESAS ALINAN İLKELER

*Dr. İlyas ŞAHİN**

ÖZET

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması, devletin egemenlik hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanmasının sonucudur. Devletin kendi ülkesinde iç hukuk düzenini kurmak ve ceza adaletini gerçekleştirmek amacıyla kullanılan cezalandırma yetkisi, ilke olarak egemenlik alanı ile sınırlı olarak kullanılmaktadır. Egemenlik alanı ise devletin ülkesiyle sınırlıdır. Ancak bazı durumlarda, ülke dışında işlenen suçlar bakımından da hukuk düzenlerini ve vatandaşlarının hakkını korumak amacıyla bu yetki genişletilmektedir.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına gerekçe olarak bir bağlama noktası aranmaktadır. Bağlama noktaları aranırken, suçun işlendiği yer, vatandaşlık ve devletin yararlarını koruma gibi egemenlik anlayışının devamı olan ilkeler esas alınmaktadır. Makul bağlantı noktalarına dayanan başlıca ilkeler şunlardır: Mülkiyet (ülkesellik), koruma, faile göre şahsilik, mağdura göre şahsilik, evrensellik, ikame ceza yargısı ve yetki paylaşımı ilkeleridir. Bu ilkelerin çoğunda suç ile devlet arasında belli bir hukuksal ilişki bulunmakta ise de, istisna olarak evrensellik ilkesinde devlet ile suç veya suç işleyen fail arasında hukuki bağ bulunmasa da yargı yetkisi benimsenmiş bulunmaktadır. Evrensel yetki kuralları, genellikle tek bir devletin değil, birden çok devletin veya uluslararası toplumun hukuki yararlarının korunması anlayışına dayanmaktadır.

Bu çalışmada, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin genel kurallara yer verilmekle birlikte, ayrıca evrensel yetki ilkesine ve ceza kanunlarının uygulanmasına bağlı sorunlar irdelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Ceza Hukuku, Ceza Yargısı, Ceza Kanunu, Uluslararası Ceza Hukuku, Türk Ceza Kanunu, Yer Bakımından Uygulama, Yargı Yetkisi, Evrensel Yetki, Uluslararası Ceza Yargısı.

ABSTRACT

Territorial jurisdictional implementation of the Criminal Code is the result of using powers stemming from the sovereignty of the state. Punitive power which is used to ensure the domestic legal order and the criminal justice system is a limited jurisdiction

* Yargıtay 11. Ceza Dairesi üyesi.

in its territory on principle. The jurisdiction is limited to territorial boundaries of the state. However, in some cases, the jurisdiction could be expanded with regard to crimes committed outside the country to ensure the rule of law and to protect the rights of citizens.

A connecting point is a requirement for the justification of jurisdictional implementation of the Criminal Laws. While searching a connecting point, it is based on the principles such as the place where the crime was committed, citizenship and the protection of state's interests which are the principles in the scope of sovereignty of state. The main reasonable connecting points are: territoriality, protection, active personality, passive personality, universality, substitute jurisdiction, sharing of jurisdiction. There is a certain legal relationship between the state and the crime in many of these principles, nevertheless exceptionally, with respect to universality principle, it is accepted that the State has the jurisdiction even if there is no link between crime and criminal.

Universal jurisdiction rules are generally based on the concept of protection of benefits of the states and the international community besides any single state.

In this study, it was mainly addressed the problems related to the implementation of the principle of universal jurisdiction and criminal law in addition to the general rules for the territorial application of criminal laws.

Key words: Criminal Law, Criminal Justice, Penal Code, International Criminal Law, The Turkish Penal Code, Jurisdiction, Universal Jurisdiction, International Criminal Justice.

GİRİŞ

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanma alanına ilişkin kurallar ve bunların çerçevesini ceza kanunlarında bulmak mümkündür. Bu konuda devletler özellikle hakimiyet sınırları içinde işlenen suçlar bakımından egemenlik yetkisine dayanarak kurallarını belirlemektedir. Bu nedenle egemenlik kavramı üzerinde durulacaktır.

Milli sınırların dışında, cezai yargı yetkisinin devreye girmesi, diğer bir ifadeyle mülkiyet ilkesinin dışındaki kuralların uygulanması için bazı bağlantı noktalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu anlamda, bağlama noktası olarak kabul edilen hususlar açıklanacaktır.

Uluslar arası hukuk açısından kabul gören en temel ilkeler, "mülkiyet ilkesi", "şahsiyet ilkesi", "koruma (gerçeklik) ilkesi", "ikame yargı yetkisi" ve "evrensellik ilkesi" dir. Bunlar arasında uygulanması benimsenen en yaygın ilke, "mülkiyet ilkesi" olup diğerleri bunu tamamlamaya yönelik kurallardır.

Uluslar arası alanda kabul gören ilkelere genel olarak yer verdikten sonra Türk Ceza Kanununun benimsediği ilkelere ve bunların uygulama şartlarına yer verilecektir.

Türkiye'de işlenen suçlar hakkında mülkiyet ilkesi geçerlidir. Bunlara Türk kanunları uygulanır. Türk Ülkesinin nasıl anlaşılması gerektiği ve fiilin ne zaman Türkiye' de işlenmiş sayılacağına da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Değerlendirme ve sonuç kısmında, hem genel olarak yer bakımından ilkelere ilişkin hem de özel olarak evrensellik ilkesinin doğurduğu sorunlara ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. GENEL OLARAK

A. Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Egemenlik Kavramı

Devletin her alanda hüküm ve tasarruflarının geçerli olması anlamına gelen egemenlik, yasama, yürütme ve yargı erklerinin başkalarının müdahalesine fırsat vermeden bağımsızlık esasına göre kullanılmasını gerektirir. Egemenlik ilkesi gereği devlet, yasa yapma yetkisini kullandığı gibi, yasalara uyulup uyulmadığını denetleme ve uyulmaması halinde, yaptırım uygulama hakkını kullanması gerekmektedir.

Hüküm vermek, cezalandırmak, verilen cezayı infaz edebilmek ve genel anlamı ile yargılama yetkisinin kullanılmasını ihtiva eden egemenliğin korunması için, devletin kendi mülki sınırları içinde bu yetkileri kullanma-

sının yanında bazı hallerde hukuk düzeninin korunması, vatandaşın haklarının savunulması için ülke dışında da bu yargı yetkisini kullanması benimsenmiştir¹.

Devletlerin kendi hükümlerinde egemenlik hakkına sahip olmalarının gereği olarak, kanunlarını bu sınırlar içinde uygulamaları ittifakla benimsenen bir husustur. Zira her bağımsız devletin kendi yargı yetkisinin sınırlarını oluşturma ve kendi ceza yargısının ilkelerini belirleme yetkisini elinde bulundurduğu kabul edilmektedir². Bu bakımından, uluslar arası hukukta kabul görmüş genel ilkelere göre hareket etmekle birlikte, devletlerin kendi ceza yargısı alanını oluşturması normal karşılanacaktır³.

Bazı durumlarda egemenlik sınırların da ötesine geçip mülki sınırları aşarak devletin kendi milli menfaatlerini, vatandaşın haklarını korumak için yetki kullanması gerekebilir. Devlet kendi vatandaşından sadece kendi sınırları içinde değil gittiği her ülkede vatandaşlık bağının gereği olan sadakati beklemektedir. Sadakat yükümlüğüne aykırı olarak vasıflandırılacak bazı fiilleri cezalandırmak isteyen devlet, failin vatandaşlık bağını bağlama noktası yaparak yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından da kendi ceza kanunlarının uygulanmasına gerekçe oluşturabilmektedir.

İlave olarak neredeyse tüm ülkelerin suç olarak nitelenip mutlaka cezalandırılması gerektiği hususunda uzlaştığı bazı fiillerin, imkanı olan herhangi bir devlet tarafından yargılama konusu yapılmaktadır. Egemenlik sınırları dışında dünyanın neresinde olursa olsun bir suç işlenmesi halinde hiçbir gerekçeye dayanmadan bunun takibini yapıp kendi kanunlarını uygulamaya çalışmanın hem maddeten imkansız hem de gereksiz bir külfet oluşturacağını kabul etmek gerekir⁴.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması uluslar arası alanda bazı sorunları gündeme getirebilecek bir alandır. Günümüz çağdaş uluslararası hukuk anlayışı ise, egemen devletlerin eşitliği ilkesine dayanmaktadır (Birleşmiş

¹ **SOYASLAN**, Genel Hükümler, 2014, s.159; **Devrim AYDIN**, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", TBB Dergisi, 2011, S.94, s.132.

² **Faruk TURHAN**, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.4, Ağustos 2005, s.198

³ Devletlerin bağımsız da olsa günümüzde artık tamamen serbest olduğu görüşü kabul edilmekte; ceza kanunlarının uygulama alanını belirlemede bazı sınırlamalar getirilmesi kabul edilmektedir. Nitekim, devletin kendi yargı yetkisini belirlemede modern uluslararası hukuk kuralları ile bir takım sınırlamalar benimsenmeye başlamıştır. **TURHAN**, "Evrensellik İlkesi", s.198

⁴ **Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.B. Seçkin, Ankara, 2014, s.703

Milletler Sözleşmesi m.2/1)⁵. Uluslar arası ilişkiler bakımından çatışmadan kaçınma öncelikli tercih olması gerekir. Devletlerin ceza kanunlarının uygulama alanını belirlemede temel prensip "başka devletlerin iç işlerine karışmama ilkesi"dir. BM Kararlarında da belirtildiği üzere, başka devletlerin egemenlik alanına müdahale niteliğinde olabilecek eylemlerden kaçınmak gerekmektedir⁶. Bu nedenle yer bakımından uygulanma kuralları belirlenirken, prensip olarak sözü edilen ilke çerçevesinde hareket edilmesi çatışma noktalarını azaltmaya yardımcı olacaktır.

B. Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Bağlama Noktası

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasıyla ilgili kuralları tespit ederken bazı meşru gerekçeler aranmaktadır. Buna ilişkin prensiplere dayanak oluşturan gerekçeler bağlama noktası olarak adlandırılır. Makul ve herkes tarafından uzlaşa ile karşılanan ve bu alanda çatışmaları önlemeye yarayacağı düşünülen makul bağlantı noktaları mülkîlik, koruma, şahsîlik, ikame yargı yetkisi ve evrensellik ilkeleridir⁷.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanma alanını belirlerken yalnızca milli egemenlik ve ülkesel sınırlar içinde yargı yetkisi kullanılmaz. Fail veya mağdurun yabancı olması ya da yabancı ülkede vatandaşın suç işlemiş olması gibi hallerde hemen kolay bir bağlama noktası bulmak mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda yargı yetkisini işletilebilmek bakımından bazı kıstasların göz önünde bulundurulması gerekir.

"Makul" ya da "meşru" bir bağlantı noktası olmadan bir devletin kendi sınırlarını aşarak cezalandırma yetkisini kullanmaya kalkışması halinde bunun başka devletlerin iç işlerine karışmama ilkesi ile çelişeceği muhakkaktır⁸. Çoğu kez vatandaşın yurtdışına gidip orada suç işlemesi veya bir yabancının gelip ülke içinde suç işlemesi gibi olasılıklarda yargı yetkisinin kullanılması ciddi bir çatışma noktası oluşturacaktır. Bunun önüne geçmenin yolu, ilke olarak, devletlerin kendi ülkesindeki ceza yargısının yürürlük alanını bağımsızlık ve egemenlik esasına göre serbestçe belirleyebilmesi; bunu yaparken de başka devletlerin çıkarlarını gereksiz yere ihlal etmekten ka-

⁵ AMBOS, in: Münchener Kommentar, Vor §§ 3-7, no. 21.(TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198)

⁶ BM Genel Kurulunun 21.12.1965 tarih ve 2131 (XX) sayılı Devletlerin İç İşlerine Karışılmasının Reddi ve Bağımsızlıklarının ve Egemenliklerinin Korunması Kararı; BM Genel Kurulunun 24.10.1970 tarih ve 2625 (XXV) sayılı Devletlerarasında İşbirliği ve Dostça İlişkiler Bildirisi; BM Genel Kurulunun 9.12.1981 tarih ve 36/103 sayılı Devletlerin İç İşlerine Müdahale ve Her Türü Karışmanın Kabul Edilmezliği Bildirisi. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198)

⁷ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198.

⁸ Melda SUR, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir, 2000, s.111 vd.

çınmaya özen göstermesidir. Aksi takdirde diğer devletlerin iç işlerine haksız bir müdahale söz konusu olur⁹.

Genellikle tek bir ilke değil, birden çok ilke bir arada uygulanmak suretiyle karma sistem benimsenmektedir. Ancak en çok başvurulan ve her ülkenin benimsediği ilke, mülkilik ilkesidir. Egemenlik ilkesinin gereği olarak, her ülke mülkilik ilkesini tartışmasız olarak benimsemekte, ceza kanunlarını kendi mülki sınırları içinde uygulamaktadır. Bu genel ilkenin boşluklarını doldurmak ve ceza kanunlarının uygulama alanını genişletmek için diğer ilkeler tali olarak devreye girmektedir.¹⁰

İlk dört ilkede, devletin hukuk düzeninin bir zarar görmesini önleme kriteri ile değerlendirildiğinde suç ile devlet arasında bazı bağlama noktaları veya bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Örneğin, suçun işlendiği yer, failin ya da mağdurun vatandaşlığı, suçun devletin zararına işlenmiş olması gibi. Ancak evrensellik ilkesinde suç ile devlet arasında bir hukuki ilişki, bir bağlama noktası bulunmamaktadır. Evrensellik ilkesinde aslında suçtan doğrudan zarar görmeyen başka bir devlet kendi ceza kanunlarına dayanarak yargılama yapmayı üstlenmiştir. Bu kapsamdaki suçlar bütün devletlerin menfaatlerini ihlal etmekte olup, bunların takibi ve yargılanmasında genellikle bütün ülkelerin hukuk düzenlerinin korunması zarureti bulunmaktadır¹¹.

C. Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Evrensellik İlkesi

Yeni TCK Sisteminde mülkilik, faile göre şahsılık, mağdura göre şahsılık, koruma (ya da gerçeklik), ikame yargı ve nihayet evrensellik ilkelerine yer verilmiştir. Bunlardan evrensellik ilkesinin farklı bir yeri bulunmaktadır. Aslında evrensellik ilkesinin benimsenmesi ve uygulanması, uluslar arası ilişkilerde egemenlik çatışması oluşturmaya elverişli bir durum olduğu muhakkaktır. Buna rağmen, bazı gerekçelere dayanarak bu ilkenin kabul edildiği görülmektedir. Bu kapsamda mutabık kalınan suçların her ülkenin hukuk düzenini bozmaya yatkın suçlar olması itibarıyla tüm dünya ülkelerinin bunların yargılanmasında müşterek bir yararı bulunması, fail başka bir ülkeye kaçmış ve saklanmış olsa bile gittiği ülkede de bağlama noktası aranmadan yargılanmasının herkes tarafından onaylanmasına yol açmaktadır.

Mutlaka her devlet tarafından tercih edilmeyen evrensellik ilkesi, ilgili ülke tarafından benimsenmesi halinde yasalarında yer verilmek suretiyle egemenlik

⁹ AMBOS, in: Münchener Kommentar, Vor §§ 3-7, no. 22-23. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198)

¹⁰ KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler,, 2014, s.705

¹¹ AYDIN, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", s.133.

tercihi ortaya konulmaktadır. Evrensel yetki ilkesi, ulusal alanda sadece 14 ülkede kanuni ve yargısal olarak uygulama alanı bulmaktadır¹².

II. CEZA KANUNLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASINA İLİŞKİN İLKELER

A. Genel Olarak

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulama esaslarını tespit etmede dikkate alınan ve bağlantı noktalarına dayandırılarak açıklanan kurallar esasen, ulusal ceza hukuku çerçevesinde yer bakımından yetki sorunu olarak kabul edilmekte ise de¹³, "uluslararası ceza hukukunun genel ilkeleri" olarak adlandırılması¹⁴ tercih edilmektedir.

Suç işleyen kimsenin ya da suçtan zarar görenin kendi vatandaşı veya yabancı olmasına bakmaksızın ülkesinde suç işlenen devletin kendi ceza kanununu uygulaması, "**mülkilik ilkesi**" olarak ifade edilmektedir¹⁵. Bunun dışında yabancı ülkede işlenmiş olan suçlarla ilgili uygulanacak ilkeler ise, faile ve mağdura göre şahsılık, koruma, ikame yargı ve evrensellik ilkeleridir¹⁶.

Her ülkenin kendi topraklarında işlenen suçlara ilişkin kendi ceza kanununu uygulaması anlamına gelen "mülkilik ilkesi" bir çok ülkede benimsenmiş olup aynı zamanda TCK'nın kabul ettiği bir ilkedir¹⁷. Buna ilave olarak bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, yabancı ülkede işlenmiş olsa bile faile veya

¹² Bunlar, Avustralya, Avusturya, Belçika, Kanada, Danimarka, Fransa, Almanya, İsrail, Hollanda, Senegal, İspanya, İsviçre, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleridir. **Sinan KOCAOĞLU**, "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi", ABD, Yıl; 67, Sayı: 2010-1, s.68

¹³ Bkz. **ÖNDER**, Ceza Hukuku 1992, s.87.

¹⁴ **TURHAN**, "Evrensellik İlkesi", s.198.

¹⁵ **S.Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 14.B.İstanbul, 1997, no. 372; **Kayıhan İÇEL-Süheyl DONAY**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Birinci Kitap, 4. Bası, İstanbul, 2005, s.176; Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2014, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, s.158; **Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 9. B, Ankara, 2006, s.62; **ZEKİ HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayınları, 7. B, Ankara 2014, s.38; **Hamide ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Şubat 2015, 4. B, Beta, İstanbul, s.608 **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, 2014, s.704; **Veli özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE**, Eylül 2014, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 149; **Mahmut KOCA**, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, 2005/5, s.24. Mülkilik ilkesi "toprak esası" olarak da adlandırılmaktadır. **Fatih BİRTEK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Eylül 2014, 3.B, Adalet, Ankara, s.44.

¹⁶ **Hakan HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15.B, Adalet, Ankara, 2013, s.75

¹⁷ **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, 2014, s.704; **HAKERİ**, Ceza Hukuku, 15.B, s.75.

mağdura göre şahsilik, koruma, ikame ve evrensellik gibi diğer sistemler ek olarak devreye girmektedir¹⁸.

Yabancı ülkede işlenmiş olsa bile soruşturmayı ülke olarak yapmanın bazı milli menfaatleri gerektirdiği failin veya mağdurun Türk olması gibi makul bağlantı olan durumlarda bu bağlantı noktaları üzerinden yargılama yetkisi kullanılır. Buna "**faile veya mağdura göre şahsilik ilkesi**" denir¹⁹.

Devletin korunmasına ilişkin menfaatler sebebiyle de soruşturma yetkisi kabul edilmektedir. Bu durumda suçun yabancı ülkede işlenmiş veya suç işleyeninin yabancı olmasına bakılmaksızın devletin kendi menfaatini korumak maksadı ile soruşturma yetkisini uhdesinde tutmasıdır ki, bu da "**koruma (gerçeklik) ilkesi**" olarak ifade edilmektedir²⁰.

Diğer taraftan, suçun faili ya da mağduru vatandaş olmadığı halde ve suç da Türkiye'de işlenmiş olmamasına rağmen suçun cezasız kalmaması gerektiği düşüncesinden hareketle, yargılama yetkisinin üstlenilmesi söz konusu olmaktadır. Buna "**ikame yargı ilkesi**" denilmektedir²¹.

Son olarak, nerede ve kim tarafından işlenmiş olursa olsun uluslararası toplumda neredeyse bütün ülke ve kurumlar tarafından tehlikeli görülmesi sebebiyle takip edilip cezalandırılması gerektiği hususunda üzerinde ittifak edilen bazı suçlar vardır. Bunların her şekilde koşulsuz olarak cezalandırılması istenmektedir. Bu şekilde diğer sınırlayıcı sistemlerin dışında, yargılama yetkisinin kabul edilip uygulanması ise "**evrensellik ilkesi**" olarak adlandırılır²².

TCK'nın 13. maddesinde yer alan evrensellik ilkesinin düzenleniş şekline göre, bu maddede sayılan suçların yurt dışında işlenmesi halinde, failin ve mağdurun vatandaşlığına bakılmadan ve hatta failin Türkiye'de bulunması koşulu da aranmaksızın Türk kanunları uygulanacaktır. Bu nedenle, belirtilen suçlar, yurt dışında bir yabancı tarafından yabancıya karşı işlenmiş olsa ve kendisi de yurt dışında bulunsun bile hakkında Türkiye'de kovuşturma yapılacaktır. Evrensellik ilkesinin bu şekilde geniş olarak uygulanmasına uluslararası ceza hukukunda "**sınırlandırılmamış evrensellik ilkesi**" denilmektedir²³.

¹⁸ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.75

¹⁹ KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.30 vd.

²⁰ SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.167; KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.35; ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.613

²¹ ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.615; HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.80

²² HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, Genel Hükümler, 7. B, s.40; SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.170; ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.616; KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.38; BİRTEK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.54

²³ Faruk TURHAN, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.3, Nisan 2005, s.13

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında bir başka kavramdan "**yetki paylaşımı ilkesi**"nden söz etmek gerekir. Benzer hukuk sistemlerine sahip olan ülkeler arasında yapılan uluslararası sözleşmelere dayanarak uygulanan bu ilke²⁴ bakımından diğer ilkelere olduğu gibi devletin tek taraflı iradesiyle belirleyeceği bağlama noktaları değil, ikili sözleşmeler dayanak olmaktadır. Bu şekilde, ikili veya çoklu uluslar arası sözleşmeler ile kabul edilmiş uluslararası yetki kurallarından bahsedilebilir. Burada maksat, devletler arasındaki yargı yetkisi uyuşmazlıklarına engel olmak, failerin iki defa cezalandırılmasını önlemek veya yabancı mahkeme kararlarının infazını sağlamaktır²⁵. Nitekim, Türkiye'nin de onaylamış olduğu Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen bu nitelikte sözleşmeler bulunmaktadır. Örneğin Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Hakkında Sözleşme'de, yetki paylaşımı kurallarına yer verilmiştir. Sözleşmeye katılmakla Türk Hukukunda bu ilkeye de yer verilmiş olduğu ifade edilmektedir²⁶.

Tam mülkiyet ilkesinin çeşitli şekillerde esnetildiği görülmektedir. Hem devletlerin mülkiyet ilkesinin dışına çıkarak diğer ilkelere de mevzuatlarında yer vermeleri, hem de bazı ikili ve bölgesel işbirliğini amaç edinmiş ortak yargı yetkileri belirleyen çalışmalara ağırlık verilmesi ile mülkiyet ilkesine yeni anlam ve boyutlar kazandırılmaktadır. Benelüks Ülkeleri sadece kendi ülkelerini değil, bu ülkeleri çevreleyen dış sınırları mülkiyet ilkesi açısından sınır kabul eden hükümlere yer vermiştir. Ortak bir Avrupa ceza hukukuna doğru da gidildiği dikkate alındığında, artık mutlak ve katı bir şekilde uygulanan mülkiyet ilkesinin terk edilmeye başlandığı söylenebilir²⁷.

B. Yer Bakımından Yetkiye İlişkin Sistemler

1. Ülke İçinde İşlenen Suçlar Bakımından Geçerli Ülke: Mülkiyet İlkesi

a. Genel olarak

Suç işleyen kendi vatandaşı veya yabancı olması ayrımı yapmadan ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanunlarının uygulanmasına "**mülkiyet (ülkesellik) ilkesi**" adı verilir.²⁸ Suçun işlendiği yeri bağlantı noktası olarak kabul eden

²⁴ Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Beta, İstanbul 2014, s.172; GRIBBOHM, in: Leibziger Kommentar, Vor § 3 no. 137. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202)

²⁵ AMBOS, in: Münchener Kommentar, Vor §§ 3-7, no. 61 (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202)

²⁶ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, 8.B, s.172; TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202

²⁷ Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-R. Murat ÖNOK, Uluslar arası Ceza Hukuku, 2.Baskı, Şubat 2014, Ankara: Seçkin, s.81.

²⁸ Kayıhan İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.B, 2014, Beta, İstanbul, s.143

mülkîlik sisteminde, fail veya mağdurun kendi vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın devletin, egemenlik alanı içinde işlenmiş olan bütün suçları cezalandırma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Mülkîlik ilkesinin kabul edilmesinde esas alınan gerekçeler, doğal olarak herkes tarafından kabul görecektir niteliktedir. Zira herkes, vatandaşı olarak bağlı bulunup yaşadığı veya yabancı da olsa gelip yaşamayı tercih ettiği ya da geçici olarak ziyaret ettiği ülkenin kanunlarına uygun hareket etmek durumundadır³⁰. Suçun işlendiği yerde kamu düzeni bozulmuştur. Cezanın genel işlevi de suçlu-yu suçu işlediği yerde bulup yargılamak, bozulan kamu düzenini onarmak ve yeni suçların işlenmesini önlemektir³¹. Sonuçta ceza kanununu koyan devletin sınırlarında işlenmiş olan suçun yine o devlet tarafından cezalandırılmış olması, o devletin yasama, yürütme ve yargılama erklerinin bütününe hakim olan egemenlik ve bağımsızlığının da gereğidir. Bu açıdan bakıldığında aslında savunulması ve kabullenmesi en kolay ilkedir. Ayrıca usule ilişkin kuralların uygulanması bakımından değerlendirildiğinde; delillerin toplanması, yargılama sırasında ilgili süjelerin bir araya getirilmesi, yargılamada ihtiyaç duyulan tanık, bilirkişi gibi unsurların temin edilmesi bakımından suçun işlendiği yerde soruşturma ve yargılama yapmak daha kolay ve savunulabilir bir durumdur³².

Mülkîlik ilkesinin dayandığı teorik temeller en geniş tasnif ile ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi sosyal sözleşme teorisidir. Bu teoriye göre toplumsal bir konsensüs halinde bulunan toplumdaki bireyler genel düzeni sağlama ve kanunlara uymayanları cezalandırma yetkisini devlete bırakmıştır. Bu yetkiye dayanarak devlet, toplumdaki kurallara uymayanları cezalandıracaktır. Çünkü toplumun bütününe ortak menfaati olan müşterek dirlik ve düzenin bozulmaması, buna yönelik hareketlerin önlenmesi için aykırı davranışları müeyyideyle karşılamak zorunluluğu vardır³³.

Mülkîlik ilkesinin dayandığı ikinci teori ise egemenlik teorisidir. Egemenlik yetkisine sahip olan her devletin kendi mülki sınırları içinde cezalandırma yetkisini kullanması en doğal olan sonuçtur³⁴. Devletler egemenlik yetkilerini kullanırken kendi ülkesinin toprakları üzerinde başka ülkelerin de karışmayaca-

²⁹ ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. B, s.608; TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198

³⁰ Bernd HEINRICH, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, Mart 2014, Adalet, Ankara, s.39.

³¹ İÇEL-DONAY, s.163; SOYASLAN, *Genel Hükümler*, 2014, s.159

³² Erol CİHAN-Feridun YENİSEY, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanması ve Evrensellik İlkesi", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Ankara, Şubat 2008, A.K.D.T.Y.Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi ve Türk Ceza Hukuku Derneği ortak basımı, s.557; İÇEL-DONAY, s.163; SOYASLAN, *Genel Hükümler*, 2014, s.159

³³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 2.B.s. 82.

³⁴ AYDIN, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", s.132.

ğı şekilde kural koyma ve uymayanları cezalandırma yetkisine sahiptir³⁵. Egemenlik teorisine dayanan mülkîlik ilkesi, temelde bir ülkenin millî egemenliğinin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Her devlet kendi ceza kanununun uygulama alanını, mülki hakimiyet sınırlarını esas alarak belirlemek bakımından mutlak yetkiye sahiptir³⁶.

Tezcan-Erdem-Önok'a göre, mülkîlik ilkesi kaynağını her iki teoriden de almaz. Onlara göre uluslar arası alanda devletlerin olabilecek bazı yetki çatışmalarını önlemek için çözüm ararken ulaşabildikleri en iyi sonuç olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim, ilk bakışta olumlu sayılan bu ilkenin tam anlamıyla yeterli olmadığı, bunun diğer ilkelerle de desteklenmek zorunda kaldığı görülmektedir³⁷.

Birçok ülke bakımından mülkîlik ilkesi tartışmasız kabul edilmektedir. Anglo-Amerikan ve Kara Avrupa hukuk sistemlerinde ceza kanunlarının yer bakımından uygulama alanının tespitinde mülkîlik ilkesi temel ilke olarak alınmaktadır³⁸. Alman Ceza Kanunu 3. maddesine göre de mülkîlik ilkesi benimsenmiş olup Almanya mülki sınırları içinde işlenen bir suç nedeniyle failin veya mağdurun vatandaş olup olmamasına bakılmaksızın yargılama yetkisi kabul edilmiş bulunmaktadır³⁹. Ancak Alman Ceza Kanunu uygulamasında bunun istisnası vardır. Eylemin gerçekleştiği yer ülke sınırları içinde olsa ve mülkîlik ilkesi kapsamında kalsa bile, ihlal edilen kural eğer diğer ülkenin salt kendi iç hukuksal yararlarını korumakta ise, diğer bir ifadeyle, eylem sadece yabancı ülkede geçerli olan bir hukuksal kuralı ihlal etmekte ise Alman ceza yargısı yetkisini kaybedebilmektedir⁴⁰.

b. Mülkîlik ilkesinin uygulanması bakımından "ülke" kavramı

Devlet, yasal kurallara uyulmaması durumunda bunun yaptırımını ceza kanunlarında belirleyerek kurallara aykırı davranışları cezalandırır. Devletin cezai yargı yetkisini kullandığı egemenlik alanının sınırları, genellikle "ülke" kavramı

³⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 82; SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.158

³⁶ SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.158; KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.703

³⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 82.

³⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde, hem mülkîlik hem de faile göre şahsîlik ilkesi benimsenmiş görünmektedir. Adem SÖZÜER-Bariş ERMAN, "Uluslararası Ceza Mahkemesi" Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, Beta, İstanbul, 2001, s.251. TURHAN'a göre, Statüde mülkîlik ilkesinin kabul edildiği görülmektedir. Yani Sözleşmeye taraf olmuş ülkelerin sınırlarında gerçekleşen eylemler uygulamaya esas alınmaktadır. Statünün 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, Mahkemenin yargı yetkisi, diğer bazı şartlar yanında, suçun işlendiği devletin Statüye taraf olmasına bağlıdır. TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198.

³⁹ HEINRICH, s.39

⁴⁰ HEINRICH, s.41

ve sınırları ile özdeş olarak belirlenmektedir. Bir devletin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzündeki sınırları belli olan toprak parçası olarak tanımlanan⁴¹ "ülke"nin ne olduğu ve hangi sınırları kapsadığı belli ölçütlere dayanarak belirlenmektedir. Belirlenen bu sınırlar içinde işlenmiş olan suçlar bakımından yargı yetkisinin uygulanması kabul edilen ve fail ya da mağdurların vatandaşlığına bakılmaksızın uygulanan sisteme mülkîlik ilkesi denilmektedir⁴². Mülkîlik sisteminde, bir ülkenin çevrelediği bütün topraklar üzerinde işlenen tüm suçların takibi, yargılanması ve verilen hükmün infazı yönünden devletin tam bir yetkiye sahip olduğu kabul edilmektedir⁴³.

Mülkîlik ilkesini tersinden yorumladığımızda; bir başka ülkenin kara, hava sınırları ve karasuları içinde bir suç işlenmiş ise bu da yabancı ülkede işlenen suç olarak addedilir. Suçun hangi sınırlar içinde işlenmesi halinde kendi ülkesinde işlenmiş sayılacağı devletler hukuku kurallarına göre belirlenir. Kara, hava sınırları ve karasuları dahilinde işlenen suçlar kendi ülkesinde gerçekleşmiş sayılır. Ancak hava sahasının hangi yüksekliğe kadar olması halinde kendi ülkesi kabul edileceği hususunda henüz bir netlik yoktur. Bir görüşe göre uçakların ulaşabildiği yüksekliğin esas alınması gerekir⁴⁴.

c. Mülkîlik ilkesinin uygulanması bakımından suçun işlendiği yer kavramı

Suçun işlendiği yer konusu genellikle üç farklı görüşe dayanarak ele alınmaktadır:

a) Harekete üstünlük tanıyan görüş: Bu görüşe göre, suç nerede işlenmiş ise yargılama orada yapılacaktır. Hareketi esas almış olması sebebiyle hareketin gerçekleştiği yer suçun işlendiği yer sayılmaktadır. Asıl hareketin olduğu yer aynı zamanda olayın taraflarının da bulunduğu yer olup onların yakınlıkları yargılama için bir avantajdır. Yine suçun işlendiği yer merkez alınacak olursa, olayın tüm delilleri daha çok buraya yakın yerlerde toplanmaktadır. Bu bakımdan, eğer bir dava açılacaksa yargılama yapmak için hareketin olduğu yer daha elverişlidir⁴⁵.

⁴¹ SUR, Uluslararası Hukukun Esasları, 2000, s.100.

⁴² Ali Şahin KILIÇ, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", AUHFD, 2009, C.58, S.3. s.638; M.Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, 8.B, 2014, Ankara, s.959.

⁴³ İÇEL, Genel Hükümler, 6.B, s.143; KILIÇ, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", s.638.

⁴⁴ İlyas DOĞAN, Devletler Hukuku, Ankara, 2008, s.240

⁴⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 88; Durmuş TEZCAN, "TCK'da Yer Bakımından Yetki", Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof Köksal Bayraktara Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını, İstanbul 2010, s.1050; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, 8.B, s.147; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.145; KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.704; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.155

b) Neticeye ağırlık veren görüş: Bu görüşe göre de, yargılama yeri suçun işlendiği yerdir. Suç ise neticenin olduğu yerde gerçekleşmiştir. Bu nedenle neticenin gerçekleştiği yerin yargılama bakımından esas alınması gerekir⁴⁶.

c) Karma görüş: Hem icra hareketinin hem de neticenin meydana geldiği yeri suçun işlendiği yer olarak uygulamaktadır⁴⁷. Karma teori, Federal Almanya (yeni CK m.9), İzlanda (m. 7), Danimarka (m. 9), İtalya (m. 6), Norveç (m. 12), İsveç (m. 4), Çekoslovakya (m.17), İsviçre (m.7) ülkelerinde benimsenmiştir⁴⁸. Anglo Amerikan sisteminde, federe devletler neticenin meydana geldiği yeri suçun işlendiği yer olarak kabul etmektedirler⁴⁹. 765 sayılı Kanunda da yer verilmiş olmakla birlikte, 5237 sayılı TCK, karma sisteme yer verme bakımından daha da ileri sayılır. Başka devletler yargılama yapsa da bunu yeterli görmeyip yeniden yargılama yapmaktadır⁵⁰.

Bu konuda temel ilkeyi açıklayan TCK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında, "(1) Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı; fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde de suçun, Türkiye'de işlenmiş sayılacağı" belirtilmiştir. Bu şekilde suçun ülke içinde işlenmiş sayılarak Türk kanunlarının uygulanması, karma görüşün benimsendiğinin ifadesidir.

8. maddede yer alan "**fiil**" ibaresinden ceza hukukunda esas alınan suçun kanuni unsurlarında tanımlanan icra hareketlerini anlamak gerekir. "**Fiil**" kavramı yorumlanırken "**hareketin**" nerede gerçekleştirildiği veya nerede başladığı önemlidir. Tek bir hareket ile oluşan suçlar bakımından sorun olmayabilir. İcra hareketlerinin bir kısmının Türkiye'de gerçekleşmesi durumunda mülklik esasına göre Türk kanunları uygulanabilecektir. Bu açıdan icra hareketlerine burada başlanıp yurtdışında devam edilmiş ya da dışarıda başlamış olmakla birlikte burada devam edilmiş olsa da sonuç değişmeyecektir. Ayrıca bir suçun seçimlik hareketlerinden sadece birinin de ülke içinde gerçekleşmesi halinde yine mülklik ilkesi devreye girecektir. İcra hareketlerinin başlangıcı ve sonunun birbirin-

⁴⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 88-89; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.146; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, 8.B, s.147-148; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.156

⁴⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 89; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.146; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, 8.B, s.148; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.156

⁴⁸ TEZCAN, "TCK'da Yer Bakımından Yetki", s.1050

⁴⁹ Örneğin ABD federal devletlerde bunun örnekleri görülmektedir. Newyork Eyaleti 1881 tarihli Ceza Kanunu m.667, Massachusetts Eyaleti 171 sayılı Kanun m.19 ve California Eyaleti Ceza Kanunu m.27 bu yönde hükümler içermektedir. TEZCAN, "TCK'da Yer Bakımından Yetki", s.1050

⁵⁰ TEZCAN, "TCK'da Yer Bakımından Yetki", s.1051

den ayrıldığı durumlarda da icranın başladığı veya sona erdiği yerden herhangi birisinin Türkiye olması halinde mülkilik ilkesi uygulanır⁵¹.

Mesafe suçlarında hareket başka ülkede, sonuç yargılamayı yapacak olan ülkede gerçekleşmişse "**dışarıdan içeriye mesafe suçu**"; eylem yargılamayı yapacak olan ülkede başlamış ama sonuç başka ülkede gerçekleşmişse "**içeriden dışarıya mesafe suçu**" olarak adlandırılır. Münih havaalanında zehirlenen kişinin İstanbul'a geldiğinde ölmesi birinci duruma; İstanbul havaalanında zehirlenen yolcunun Münih'te ölmesi ise ikinci duruma örnek gösterilebilir. Bu durumda iki devlet arasında anlaşma varsa buna göre; aksi halde adli yardımlaşma hükümlerine göre çözüm aranacaktır⁵².

Türkiye'den yurtdışına uyuşturucu ihracı örneğinde, ilk hareket noktası Türkiye olduğu ve ihraç eylemi burada başladığı için hareketin başlangıç yeri esas alınarak, suç Türkiye'de işlenmiş sayılır ve netice olarak yurtdışında mahkum olsa bile Türkiye'de yeniden yargılanır. Belirtmek gerekir ki, dışarıda yargılanması sebebiyle gözaltı, tutukluluk ya da hükümlülük sonrası infaz gerçekleşmiş ise bu durumlara bağlı olarak geçen süreler elbette bu suçtan dolayı Türkiye'de yargılanıp alacağı cezadan mahsup edilecektir. Yine dolandırıcılık suçundan örnek vermek gerekirse, ilk hileli hareketler burada yapılmış olup sonuçta elde edilecek haksız menfaatler yurtdışında temin edilmiş ise icra hareketleri burada gerçekleştiği için mülkilik ilkesi uyarınca Türkiye'de yargılama yapılacaktır.

Suçta iştirak hallerinde mülkilik ilkesi her durumda uygulanmayabilir. Suçun gerçekleştiği yer ile azmettiren ya da yardım edenin bulunduğu yer farklı ise, yani suç Türkiye'de işlenmiş olup azmettiren ya da yardım eden dışarıda ise veya tam tersi olması durumunda ne olacaktır?

İcra hareketleri yurtdışında gerçekleşen suçlar bakımından, Türkiye'den birinin azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmesi halinde mülkilik ilkesi uygulanmayacaktır. Zira, icra hareketlerinin tamamı yurtdışında gerçekleşmiş bulunmaktadır⁵³. Azmettiren ya da yardım eden yönünden suçun burada işlendiği varsayımı ile yargılama Türkiye'de yapılamayacaktır. Bu durumda takip edilmesi gereken yol, eğer azmettiren veya yardım eden başka bir ülke vatandaşı ise TCK m.18 ve ilgili iade anlaşmaları uyarınca suçun işlendiği ülkeye teslim edilmesidir. Eğer fail Türk vatandaşı olup vatandaş iade edilmeyeceği kuralından hareketle iade mümkün olmuyorsa TCK m.11 ve 13 uyarınca Türkiye'de Türk kanunlarına göre cezalandırılması yoluna gidilecektir⁵⁴.

⁵¹ İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, 2013, Seçkin, Ankara, s.853-854.

⁵² AYDIN, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", s.136.

⁵³ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 9.B, s.854.

⁵⁴ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 9.B, s.855.

Tam tersi durumda, yani icra hareketleri Türkiye'de gerçekleştirilmiş olup azmettiren ya da yardım edeni dışarıda ise asıl eylem (fiil) Türkiye'de gerçekleştiğinden burada yargılama yapılması ve Türk kanunlarının uygulanması mümkündür. Mülkîlik ilkesinin devreye girmesi sonucu suçun işlenmesine katılan herkes burada yargılanır. Yabancı ülkede bulunduğu sırada azmettiren veya yardım eden kişi hakkında da Türkiye'de yargılama yapılacak ve Türk kanunları uygulanacaktır. Ancak bunun için kişinin ülke içinde bulunması aranır. Bu nedenle kişinin TCK m.18 ve ilgili anlaşmalara dayanan iade kurallarına göre getirilmesi gerekir⁵⁵.

Mülkîlik ilkesinin sonuçlarından birisi de "non bis in idem" ilkesinin geçerli olmayıp yeniden yargılama yapılmasıdır. TCK'nın 9. maddesi uyarınca⁵⁶, Türkiye'de işlenmiş olan bir suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa bile, Türkiye'de yeniden yargılama yapılacaktır⁵⁷. Bu halde failin bir Türk veya yabancı olması ayırımı yapılmaksızın yurtdışında yargılama yapılmış olsa bile yeniden yargılama yapılacaktır⁵⁸.

Türkiye'de işlenen suçlar nedeniyle yurtdışında yargılama yapıp hüküm verilmiş ise bunun Türkiye'de yeniden yargılanması gerektiği konusunda Türk vatandaşı ile yabancı arasında fark bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK'da yabancı bir kimse Türkiye'de suç işlemiş ise bununla ilgili yurtdışında hüküm verilmiş olsa da Adalet Bakanının izni ile yeniden yargılama yapılmakta iken, aynı durum bir vatandaş bakımından söz konusu olduğunda resen kovuşturma yapılmakta idi. 5237 sayılı yeni TCK bakımından vatandaş ile yabancı kişi arasında bu ayırım kaldırılmış her ikisi bakımından da resen kovuşturma ilkesi benimsenmiştir.

Güncel olan diğer önemli bir sorun da, internet yoluyla işlenen suçlar bakımından suçun işlendiği yerin tespiti hususudur. İlke olarak hareket ve neticenin gerçekleştiği yere göre suçun işlendiği yerin tespiti gerekmektedir. Oysa internet yoluyla işlenen suçlarda genellikle hareket veya netice mutlaka aynı yerde hatta aynı ülke içinde gerçekleşmez. Sınırları aşan bir çok alanda gerçekleşmiş olabilir. Dünyanın her yerinde işlenmiş sayılacağı için Türkiye'de de işlenmiş olduğu kabul edilerek internet suçlarının Türkiye'de de takibi mümkündür. Ne varki, bu kadar geniş kabul edilerek internet yoluyla işlenen bütün

⁵⁵ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 9.B, s.855.

⁵⁶ **Yabancı ülkede hüküm verilmesi**

Madde 9- (1) Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır.

⁵⁷ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 9.B, s.856.

⁵⁸ KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.717

suçların Türkiye'de takibi de soruşturma ve yargılama mantığı açısından uygun düşmeyecektir. Bunun belirli bir ölçü ile çerçevesinin oluşturulması gerekir.⁵⁹

2. Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Vatandaşlığı Esas Alan İlke: Şahsilik İlkesi

a) Genel olarak şahsilik ilkesi

Devletlerin kendi vatandaşlarını ilgilendiren suçlar bakımından her zaman yargılama yetkisini ellerinde tutmayı tercih etmeleri olağan bir eğilimdir. Devletler, yabancı ülkede vatandaşının işlediği veya vatandaşına karşı işlenen suçlarda onları korumak isteyecektir. Ancak, sadece mülkiyet sistemine bağlı kalınması durumunda bu her zaman bu mümkün olamamakta; mülkiyet ilkesi bazı olasılıklar bakımından yetersiz kalmaktadır. Özellikle kendi vatandaşı aleyhine bir başka ülkede suç işlenmiş olması durumunda, diğer ülkenin uyguladığı ceza yargısı ile yetinmek istemeyen devletler bakımından şahsilik ilkesi devreye girmektedir. Bu ihtimalde mağdura göre şahsilik ilkesi devreye girmektedir. Vatandaşın yabancı ülkede suç işlemesi durumunda ise faile göre şahsilik ilkesinden söz edilir.

Yurtdışında bile suç işlese devlet kendi vatandaşını teslim etmeyip kendisi cezalandırmak isteyecektir⁶⁰. Bu olasılıkta benimsenen faile göre şahsilik ilkesine göre, suçlunun cezalandırılması, toprakları üzerinde suç işlenen devletin değil, kişinin vatandaş olarak bağlı olduğu devletin yargı yetkisinde kabul edilir. Vatandaş nerede suç işlemiş olursa olsun uyruğunda bulunduğu devlet tarafından yargılanacaktır. Dolayısıyla, diğer bir devletin topraklarında suç işlenmiş olsa bile, devlet kendi vatandaşının peşine düşerek onun yargılanmasını sağlayacaktır⁶¹.

Bu ilke, "kanun kişiyi takip eder" ya da "milli kanun vatandaşı izler" şeklinde özetlenebilecek bir esasa dayandığından devletlere yurtdışında işlenen ve fail ya da mağdur bakımından bağlama noktasına dayanarak kendisini ilgilendiren konularda kendi ceza kanununu uygulamasına imkan sağlar⁶². Failin işlediği suça göre yapılacak olan kovuşturma sistemine bağlı olarak "**faile göre şahsilik**"; mağdurun Türk vatandaşı olması halinde bunun takibini yapmak yoluna gidilirse buna "**mağdura göre şahsilik**" ilkesi denilmektedir. Her iki sistem de mülkiyet sisteminin tamamlayıcısı mahiyetindedir⁶³.

⁵⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 94; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.147

⁶⁰ ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.609; KILIÇ, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", s.638.

⁶¹ KILIÇ, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", s.638.

⁶² KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.704

⁶³ DÖNMEZER-ERMAN, I, (14), no. 394; İÇEL-DONAY, s.165; KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.704.

b) Faile göre şahsilik ilkesi

Suçtu işleyen kimsenin vatandaşlığı esas alınarak yabancı ülkede işlenmiş bir suçun takibi yapılmasına ceza hukuku sisteminde "**faile göre şahsilik ilkesi**" denilmektedir⁶⁴. "Aktif şahsilik prensibi"⁶⁵ ya da "etken kişilik ilkesi"(jurisdiction based on the active personality principle)⁶⁶ olarak da adlandırılmaktadır. Faile göre şahsilik ilkesinde failin vatandaşlığı bağlama noktası yapılarak ulusal yargı yetkisi başlatılmaktadır.

Devletin vatandaş üzerindeki egemenlik yetkisi ile bağlantılı olarak kabul edilen bu ilkenin, çeşitli mantıki esaslara dayandığı görülmektedir. Her şeyden önce, kişi vatandaşı olarak bağlı olduğu ülkesine sadakat ödevi ile yükümlüdür. Vatandaşın bu yükümlülüğü sadece ülke içi ile sınırlı değildir⁶⁷. Hem ülke içinde hem ülke dışında bulunduğu sırada kendi ülkesine sadakat ilkesine uygun davranmakla yükümlü olan vatandaşın kendi ülkesinin kanunlarına aykırı hareket etmesi kabul edilmeyecektir. Dolayısıyla ülke kanunlarına içeride olduğu kadar yurtdışında da uyma mükellefiyeti vardır. Vatandaş, yurt dışında vatandaş olduğu ülkesinin korumasından yararlandığına göre, kendi devletinin kanunlarına da sadakat göstermeye devam etmesi gerekir.

Yurtdışında yaşayan kimse orada işlediği suç nedeniyle hakkında yargılama yapılmadan ayrılmış ise, işlediği suçun takipsiz bırakılması düşünülemeyeceğine göre, kendi ülkesinde kovuşturma başlatılması gerekir. Bu, faile göre şahsilik ilkesinin uygulanmasını doğurur.

Yabancı ülkede kişi kanunlara uygun davrandığını düşünerek eylemde bulunmuş ve gerçekten de eylemi o ülke kanunlarına göre suç oluşturmuyor olması durumunda, bu eylemin vatandaşı olduğu ülke tarafından hala cezalandırılmak istenmesi, o kimsenin yaşadığı ülke hukuk düzeni ile bir çelişki ve çatışma oluşturmaktadır. Bu nedenle, faile göre şahsilik ilkesinin failin vatandaşlığı yanında fiilin işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesi, ya da uluslararası ceza hukukunun benimsediği diğer ilkelerle (örneğin mağdura göre şahsilik ilkesi ile) birlikte uygulanması önerilmektedir. Buna mülk ilkesini tamamlayıcı nitelikte **sınırlandırılmış/nisbi faile göre şahsilik ilkesi** denilmektedir⁶⁸.

⁶⁴ İÇEL, Genel Hükümler, 6.B, s.156; ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.609; HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.77; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.161; BİRTEK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.49

⁶⁵ HEINRICH, s.42.

⁶⁶ Sinan KOCAOĞLU, "Evrensel Yetki", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.60, 2005, s.192

⁶⁷ SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.162

⁶⁸ AMBOS, in: Münchener Kommentar Vor §§ 3-7, no. 36-37; GRIBBOHM, in: Leibziger Kommentar, Vor § 3 no. 131 (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.199)

Bilindiği gibi, Ceza Hukukunda "vatandaşın iade edilmezliği" genel olarak benimsenmiş anayasal temele dayanan önemli bir ilkedir. Vatandaşın iade edilmeyeceği prensip olarak benimsendiğine göre, dışarıda işlediği bir suçun cezasız kalmasını önlemek için devletin kendi yargı yetkisini kullanması gereğinden hareketle faile göre şahsılık ilkesi haklı görülmektedir⁶⁹.

Kıta Avrupası ülkelerinde genellikle bu ilkedен hareket edilerek ülkeler vatandaşını suçun işlendiği ülkeye iade etmeyip kendisi faile göre şahsılık ilkesine dayanarak yargılamaktadır. Türkiye'de de anayasal kural uyarınca Uluslararası Ceza Divanına taraf olmaktan kaynaklanan yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşın iade edilmezliği ilkesi geçerlidir (m.38). Anglo-Sakson ülkelerinde ise bu ilkedен daha çok mülk ilkesi oturtulmaya çalışılmakta ve gerektiğinde vatandaş iade edilmektedir⁷⁰.

c) Mağdura göre şahsılık ilkesi

Devletin yurt dışında bulunan kendi vatandaşları aleyhine bir suç işlenmesi halinde, vatandaşın hak ve menfaatlerini koruma bakımından fayda gözetilerek bunları takip edip kovuşturmasına "**mağdura göre şahsılık ilkesi**" denilmektedir⁷¹. "Pasif şahsılık prensibi"⁷² ya da edilgen kişilik ilkesi (jurisdiction based on the passive personality)⁷³ olarak da adlandırılmaktadır.

Yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından, mağdurun vatandaş, failin de yabancı olması ihtimalinde kural, mağdurun milliyeti bağlama noktası yapılarak yargılama yapılmasıdır⁷⁴. Devlet mağdur olan vatandaşın hakkını korumak durumundadır. Dolayısıyla kendi vatandaşı aleyhine yabancı ülkede işlenen suçlarda faili cezalandırma yetkisi kabul edilmektedir.

Mağdura göre şahsılık ilkesine Doktrinde bazı eleştiriler ileri sürülmüştür⁷⁵. Mağdura göre şahsılık ilkesine dayanarak bir devletin yargılama yapması, ülkeler arasında yargı yetkisi çatışmasına yol açabilir. Aynı fiil hakkında suçun iş-

⁶⁹ ÖNDER, s.113; SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.162; GRIBBOHM, in: Leibziger Kommentar, Vor § 3, no. 131, 132 (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.198)

⁷⁰ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.166

⁷¹ İÇEL, Genel Hükümler, 6.B. s.159; SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.165; ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.612; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.165; KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.33 vd; BİRTEK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.52; AMBOS, in: Münchener Kommentar, Vor §§ 3-7 no. 42 vd.; ZIEHER, s.77. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.201); Öğretide "vatandaş koruma" terimi de kullanılmaktadır. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, 8.B, s.988

⁷² HEINRICH, s.43

⁷³ KOCAOĞLU, "Evrensel Yetki", s.192

⁷⁴ İÇEL-DONAY, s.177; HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.79

⁷⁵ AMBOS, in: Münchener Kommentar, Vor §§ 3-7 no. 42 vd.; ZIEHER, s.77. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.201)

lendiği yerde de yargılama yapılacağına göre buna itimat etmeyip yeniden veya ayrı bir yargılama yapmak yabancı ülkenin ceza yargısına karşı bir güvensizlik ve başka devletlerin iç işlerine müdahale olarak anlaşılabilir. Bunun için bu ilkenin uygulanmasında, genellikle işlenen fiilin, işlendiği ülke yasaları açısından da suç olarak nitelenmesi hususu koşul olarak aranmaktadır⁷⁶.

TCK'nın 12. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir.⁷⁷ Buna göre, bir yabancının yabancı ülkede bir Türk veya Türkiye zararına suç işlemesi halinde bu ilke uygulanır. Suç Türkiye zararına işlenmişse, Adalet Bakanının talebi aranacak; fail yurt dışında mahkum olmuş olsa bile Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de tekrar yargılanabilecektir.

Suç bir Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına işlenmişse, suçtan zarar görenin şikayeti olmalıdır. Bu durumda yurt dışında mahkum olmamış olma şartı aranmaktadır. Suçun 13. madde kapsamında olduğu durumlar bakımından ise mağdura göre şahsılık sistemi değil, evrensellik veya koruma ilkesine dayanılarak yargılama yapılır.

Yabancı ülkede verilmiş olan hükümden anlaşılması gereken, mahkumiyet kararı yanında beraat, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarıdır. Bu durumda infaz koşulu aranmaksızın verilmiş bir hükme "ne bis in idem" etkisi tanınmış olmaktadır.⁷⁸ Ancak yabancı ülkede yargılama devam etmekte ise ortada bir hüküm bulunmadığından burada yargılama yapılabilecektir. Yine soruşturma açılmış takipsizlik kararı verilmiş olsa bile yeniden yargılama mümkündür.⁷⁹

3) Koruma (Gerçeklik) İlkesi

Devletin, kendi varlığına yönelik bir suçun yabancı ülkede işlenmesi durumunda da kendisini ve kamu güvenliğini koruması esastan hareketle bunların soruşturulup yargılanmasına imkan tanınmasına "**koruma-gerçeklik ilkesi**" denilmektedir.⁸⁰

⁷⁶ OEHLER, no. 127 vd., no. 632 vd; GRIBBOHM, in: Leibziger Kommentar, Vor § 3 no. 130; AMBOS, in: Münchener Kommentar Vor §§ 3-7, no. 44; ZIEHER, s. 77-78. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.201)

⁷⁷ Bu ilke 765 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ile 7. maddesinde düzenlenmekte idi.

⁷⁸ İÇEL, Genel Hükümler, 6.B, s.160

⁷⁹ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, 8.B, s.988

⁸⁰ SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.167; HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B; s.80; ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.168; KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.35. ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.613. Bazı yazarlar ise "korunma ilkesi" olarak adlandırmaktadır. Bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s.120; SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.167; Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.170; BİRTEK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.53. "Güvenlik ilkesi" olarak adlandıran yazarlar da vardır. Bkz. İÇEL-DONAY, s.208

Yabancı ülkede bir yabancı tarafından da işlense, devletin dış ve iç güvenliğini ilgilendiren, mali itibarına yönelmiş olan ve vatandaşlarının önemli yararlarına temas eden konularda bunlara kendi ceza kanununu uygulama hakkı bulunduğu kabulünden hareketle bu ilke benimsenmiştir⁸¹. Burada korunmaya çalışılan değer, cezai yargı yetkisini üstlenen ülkenin hukuksal değerleridir. Yabancı ülkede bir yabancı tarafından işlenen suçun o ülkede yargılanmıyor olmasından dolayı hukuksal yararları ihlal edilen devletin kendi yararını koruma refleksi olarak benimsenmektedir⁸².

Koruma-gerçeklik ilkesinde fiilin kimin tarafından işlendiği önemli değildir. Zira devletin kendi iç hukuk düzenini koruma yararları öne çıkmakta ve bu yararları ceza hukuku ile korumak hakkına sahip olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁸³. Suçun işlendiği ülke aslında takibatı yapacaktır. Zira, devletlerin ülkelerinde işlenmiş olan suçları cezasız bırakmayacakları bir gerçektir. Ne var ki, suçun işlendiği ülkenin bunları kovuşturup cezalandırmakta menfaati bulunmadığından takipsiz kalmış olabilir. Yine aralarında sorunlar olan devletler biri diğerine karşı suçların takibinde titizlik göstermeyebilir. Ülkesinde suç işlenen devletin bunları kovuşturmada özen göstermeyebileceği ihtimali her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

Devletin iç hukuktan kaynaklanan yararları koruması yaklaşımını, korumaya alınan değerler bakımından, "devlete ait yararların korunması" ve "kişiye ait yararların korunması" şeklinde ikiye ayırmak gerekir. Devletin yurt dışında işlenen suçlar bakımından kendi iç hukuk düzeninin sağlanması ve bizzat kendi menfaatlerine karşı işlenen suçların cezalandırılması gerektiğinde "gerçeklik ya da devleti koruma ilkesi"; vatandaşının işlediği suçları ya da vatandaşına karşı işlenen suçların cezalandırılması suretiyle iç hukuk düzeninin korunmasında "şahsılık ilkesi" devreye girmektedir.

Koruma-gerçeklik ilkesine karşı uluslararası hukukta esaslı bir itiraz ileri sürülmemektedir⁸⁴. Çünkü, hiçbir devletin, siyasi ve askeri bütünlüğü başta olmak üzere egemenlik hakkından kaynaklanan önceliklerine yönelik saldırılara karşı sessiz kalması beklenemez. Bu tür tehlikelere karşı kendini koruması herkes tarafından doğal ve hukuki olarak addedilir. Diğer taraftan bu fiiller, işlendiği ülkede suç teşkil etmemesi ya da farklı siyasi nedenlerle o devletin bu fiilleri kovuşturmaması ya da kovuşturmak istememesi durumu dikkate alınarak

⁸¹ KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.704; İÇEL-DONAY, s.208; ARTUK, Ceza Hukukuna Giriş, s.170

⁸² HEINRICH, s.44.

⁸³ SOYASLAN, Genel Hükümler, 2014, s.168; TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.199

⁸⁴ ESER, in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 3-7, no. 8; AMBOS, in: Münchener Kommentar Vor §§ 3-7, no. 40; OEHLER, no. 577 (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.199)

bunun takipsiz kalmaması için her devletin kendi yararlarını dışarıda işlenen suçlar bakımından koruması haklı kabul edilir⁸⁵.

TCK m.12/1 ve 13/1-b'de düzenlenmiş olan koruma ilkesine yer veren 13. maddenin 1. fıkrasındaki suçlardan hangi bentlerin bu kapsamda olduğu hususu farklı ele alınmaktadır. Genellikle sadece (b) bendinin bu kapsamda olduğu⁸⁶ belirtilmekle birlikte, bazı yazarlar (f) ve (h) fıkralarını da evrensellik ilkesinin dışında olup koruma ilkesi kapsamında kabul etmektedir⁸⁷.

Bu suçlarda failin yabancı veya vatandaş olması önemli değildir. Yine bu suçlar nedeniyle ne bis in idem etkisi kabul edilmemekte; yabancı ülkede kovuşturma yapılmış ve mahkumiyet kararı verilmiş olsa bile fail hakkında Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de tekrar yargılama yapılmaktadır. Ayrıca sonuçta verilen ceza bakımından suçun işlendiği yer kanununun da dikkate alınmayacaktır (m.19)⁸⁸.

4) İkame (Başka Devlet Adına) Yargı İlkesi

Suçun faili de mağduru da yargılayan ülke vatandaşı olmadığı halde, ayrıca suç da yargılama yapacak olan ülkede işlenmiş olmamasına rağmen yine de takibat ve yargılama yapılmasının kabul edildiği sisteme "**ikame yargı sistemi**" denilmektedir⁸⁹. Bazı yazarlar "temsile dayalı yargı" olarak da ifade etmektedir⁹⁰. Bu ilkeyle ilgili olarak Yenisey⁹¹ "yabancı devlet adına yapılan ceza kovuşturması" terimini, Centel-Zafer-Çakmut "ikame yargı ilkesi" terimini kullanmaktadır⁹². Türk hukukunda ikame yargısı ilkesi, bazı yazarlarca evrensellik ilkesi içinde incelenmektedir⁹³.

⁸⁵ ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.615; AMBOS, in: Münchener Kommentar Vor §§ 3-7, no. 39, 40 (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.199)

⁸⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s.121; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, 8. B, s.985; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.170

⁸⁷ Mahmut KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, 2005/5, s.37.

⁸⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, 8.B, s.986; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B. s.171; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s.121

⁸⁹ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.80; KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.39

⁹⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s.128, "temsile dayalı yargı"; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B, s.174 "temsile dayalı evrensellik ilkesi" olarak adlandırmaktadır.

⁹¹ Feridun YENİSEY, Milletlerarası Ceza Hukuku ve Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat, İstanbul 1988, s.42-43.

⁹² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, 8.B, s.171

⁹³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 128; ÖNDER, 124 vd. Bahri ÖZTÜRK/Veli Özer ÖZBEK/Mustafa Ruhun ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5. Bası no.75.; KOCA, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.39

Hugo Grotius tarafından ortaya atılan "ya cezalandır ya iade et" (aut dedere aut punire) kuralına dayanan ikame yargı yetkisi ilkesine çok sayıda uluslararası sözleşmede yer verilmektedir. Alman ceza hukukunda açıkça kabul edilen bu ilke, bazı hukuk sistemleri ile Common Law hukuk sisteminde evrensellik ilkesi içinde anlaşılmaktadır⁹⁴.

Temel kural, suç işleyen kimsenin yargılamayı yapacak olan yetkili devlete iade edilmesidir. Ancak bu her zaman gerçekleşmeyebilir. Suç işledikten sonra başka ülkeye giden kişiler hakkında gittikleri ülkelerde kovuşturma yapılmamış olması eksiklidir. Hem yargılama yapmayı hem kişiyi iade etmeye yanaşmamaları o ülkelerin suçluların barınma yerleri haline gelmelerine yol açar. Bunun önüne geçmek amacıyla başka devletlerin yargılama yapabilmesi benimsenmektedir.

Özetle, suçu işlediği ülkede cezalandırılmamış olan kişi aynı zamanda bulunduğu yerden de o ülkeye iade edilememektedir⁹⁵. Suç işleyen kimse cezasız kalmamalıdır düşüncesinden hareketle, faili elinde bulunduran devlet tarafından suçun işlendiği ülke adına ceza yargısı ikame edilmektedir.

Bu ilke uyarınca yargılama yapılabilmesi için, failin ikame yetkisini kullanacak olan ülkede ele geçirilmesi, mülklik ve diğer ilkelere göre yargı yetkisine sahip olan devletin fiili veya hukuki nedenlerle kovuşturma yetkisini kullanamaması veya kullanmak istememesi gerekir⁹⁶. Fiilin, asıl işlendiği yerde yargılama yapılması mümkün olduğu durumlarda da çeşitli nedenlerle suçluların iadesi gerçekleşmemiş olabilir. Yabancımanın iadesi kural olmakla birlikte bunun gerçekleştirilememiş olması ihtimalinde, ikame yargı yetkisi kullanılmaktadır. Onun için ikame yargı yetkisi, suçluların iadesine göre ikincil niteliktedir. Dolayısıyla, ikame ceza yargısı ilkesinde, ceza kovuşturması yapılırken, ikame yetkiyi kullanan ulusal mahkemelerin yabancı mahkemenin yerine geçmekte ve onun adına yargı yetkisini kullanmakta olduğunu gözden çıkarmamak gerekir⁹⁷.

TCK md. 12/3'te yer verilmiş olan ikame yargı yetkisinin uluslararası ceza hukukunda belirlenen koşullara uygun olarak işletilmesi gerekir. Ayrıca, yurt dışında işlenen suçların Türkiye'de kovuşturulabilmesi için, fiilin işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesi gerekir⁹⁸.

⁹⁴ **AMBOS**, in: Münchener Kommentar Vor §§ 3-7, no.59. (**TURHAN**, "Evrensellik İlkesi", s.201)

⁹⁵ **HEINRICH**, s.47.

⁹⁶ **TURHAN**, "Evrensellik İlkesi", s.201

⁹⁷ **GRIBBOHM**, in: Leibziger Kommentar, Vor § 3 no. 136; **AMBOS**, in: Münchener Kommentar Vor §§ 3-7, no. 58. **OEHLER**, no. 143; **ZIEHER**, s.85. (**TURHAN**, "Evrensellik İlkesi", s.201)

⁹⁸ Md. 12/3'te bu koşula açıkça yer verilmemekle birlikte 19. madde uyarınca yabancı kanunun göz önünde bulundurulmasından, suçun işlendiği yer kanununda da fiilin suç teşkil etmesi sonucu çıkmaktadır. (**TURHAN**, "Evrensellik İlkesi", s.201)

5. Evrensellik İlkesi⁹⁹

Nerede ve kim tarafından işlenmiş olursa olsun, koşulsuz olarak cezalandırılması istenen bazı suçlar yönünden, diğer sınırlayıcı sistemlerin dışına çıkılarak hangi devletin imkanı varsa onun yargılama yetkisinin kabul edilmesine "**evrensellik ilkesi**" denilmektedir¹⁰⁰. Dünya hukuk topluluğunun yararlarını koruması sebebiyle "dünya hukuku prensibi" olarak da ifade edilmektedir¹⁰¹.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında bilinen ilkelerin de yeterli olmadığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Bilinen kuralların ötesinde sadece suçun niteliğine, ağırlığına ve herkesin tepki vereceği genel kabulüne dayanarak bazı suçların yargılanmasına gerek duyulmaktadır. Bütün dünya devletlerinin yararı bulunan ve ihlal edilmesinde de herkesin zarar görebileceği değerler vardır. Diğer bir anlatımla, bazı suçlar o kadar kötü ve ağır suçlar olarak kabul edilir ki, bütün insanlık bu suçların faillerinin adaletin önüne getirilmesini ve cezalandırılmasını beklemektedir¹⁰².

Bu prensibin benimsenmesi bazı gerekçelere dayanmaktadır. Birincisi, evrensel yetki kullanılacak suçlar tüm uluslar arası toplumu ilgilendiren suçlar olduğundan tüm devletler yargılama hakkına sahip olmalıdır. İkincisi, suçların takipsiz kalmasına yol açacak şekilde suç işleyenlerin kaçıp sığınabileceği liman devletler mevcut olmamalıdır¹⁰³.

Evrensel yetki ilkesi, hiçbir bağlama noktası aranmaksızın her hangi bir devletin ceza yargılaması yapabilme yetkisinin kabul edilmesidir. Bu konuda gönüllü olan ve yargılama yapmayı üstlenen devletin bir bağlantı noktası bulmamış olması önemsenmemektedir. Bu durum, devletlerden her hangisinin bu yargılamayı yapmaya imkanı varsa, onun yargılama yapmasını diğerlerinin de benimsemesi sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁴.

⁹⁹ Bazı yazarlar evrensel yetki (adalet) ilkesi olarak adlandırmaktadır. **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, 2.B.s. 122; **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. B, s.172

¹⁰⁰ **HAFIZOĞULLARI- ÖZEN**, Genel Hükümler, 7. B, s.40; **SOYASLAN**, Genel Hükümler, 2014, s.170; **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.616; **KOCA**, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", s.38; **BİRTEK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.54

¹⁰¹ **HEINRICH**, s.45.

¹⁰² **KOCAOĞLU**, "Evrensel Yetki", s.192.

¹⁰³ **KILIC**, a.g.m. s.639.

¹⁰⁴ Evrensellik ilkesini ilk olarak ortaya çıkışı, denizlerde gerçekleşen korsanlık suçlarının takip edilmesindeki zarurete dayanmaktadır. Suç işlediği ülke sınırlarında durmayıp kaçmaları ya da esasında suç işlediği yerlerin belli bir devletin egemenlik alanında olmaması, uluslar arası sularda gerçekleşmiş olmasından dolayı hiçbir devletin kendine bir bağlama noktası ya da suç ile arasında hukuki ilişki bulamamasına bağlı olarak işin takipsiz kalması bütün devletlerin ortak şikayet alanı olması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla bunların takip edilmesinde herkesin menfaati, hukuk düzeninin korunması amacı bulunmaktadır. Ancak belli bir askeri güce

Koca-Üzülmez'e göre, evrensellik ilkesi esasen koruma-gerçeklik sistemini tamamlayan bir ilke olup uluslar arası toplumun ortak değerlere saldırı olarak kabul ettiği fiillerden olması sebebiyle herkes tarafından cezalandırılması gerektiği prensibinden hareket edilmiştir. Ülkelerinden suç işleyerek kaçıp başka ülkelere saklananların yargılamasız bırakılması halinde gidilen ülkelerin suçluların kaçıp saklanacağı sığınak yerleri haline gelmeleri engellenmek istenmektedir¹⁰⁵. Birçok uluslar arası sözleşmelere de konu olmuş olan bu sistem, insanlığın ortak mağdur olduğu suçların cezasız kalmaması mantığına dayanmaktadır. Bu nedenle kısaca suç işleyen bir kimseyi "ya ver ya yargıla" sözleri ile özetlenen bu ilke TCK 12/3 ve 13 maddelerinde düzenlenmiştir¹⁰⁶.

Ceza yargılamasının evrenselliği prensibinde, suç yargılamayı yapacak olan devletin ülkesi dışında işlenmiş olmasının yanında, suç işlendiği sırada fail devletin vatandaşı da değildir. Devletin kendisinin veya vatandaşının zarar görmediği, suçun ülke içinde etki oluşturmadığı bir ihtimalde devlet yargılama yetkisi kullanılmaktadır¹⁰⁷. Farklı bir deyişle, diğer yargılama yetkisinin esas alındığı ilke ve sistemlerde devlet ile suç arasında bir hukuki ilişki bulunmakta; evrensellik ilkesinde ise suç ve devlet arasında ilişki ya da bağlama noktası bulunmamaktadır¹⁰⁸. Suç nerede işlenmiş olursa olsun, fail hangi ülke vatandaşı olursa olsun suçluyu elinde bulunduran devletin yargılama yapıp kendi ceza kanununu uygulaması kabul edilmektedir¹⁰⁹. Görülüyor ki, evrensellik ilkesi uyarınca, hangi ülkede suçun işlendiğine, faile veya mağdura bakılmaksızın, bir suçun kovuşturulması ve failin yargılanması hakkı, bağlama noktası olmayan bir devlete verilmektedir.

Evrensel yargı ilkesi, çok sık rastlanabilecek bir durum değildir. Bunun her türlü suça uygulanması da kabul edilemez. Birden çok devletin yargı yetkisini iddia edebilmesi ihtimali olan suçlar bakımından uluslar arası alanda çatışma ihtimali olabilir¹¹⁰. Kural olarak devletlerin egemenlik alanı belirlidir ve esas olan başkalarının yargı yetkisine karışılmamasıdır. Oysa evrensellik ilkesinde başka ülkede gerçekleşen bir suç, kendi vatandaşı da fail veya mağdur değilse,

sahip olup herkesle savaşmayı, çatışmayı göze alabilecek güçlü devletlerin mücadele etmeyi göze alabilecekleri nitelikte başa çıkılmaz mahiyette olan deniz korsanlarının işlediği suçlar "delicta juris gentium" (herkese karşı suç) olarak nitelenmekte, bunların "hostis umani generis" (yani insanlığın ortak düşmanı) olarak nitelenmesidir. **Devrim AYDIN**, "Evrensel Yargı Yetkisi Uygulamasının Doğurabileceği Sorunlar", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2013, Sayı 13, s.96.

¹⁰⁵ **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, 2014, s.704.

¹⁰⁶ 765 sayılı TCK 4. maddede sadece fuhuş suçları açısından evrensellik ilkesi kabul edilmiştir.

¹⁰⁷ **KILIÇ**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", s.638.

¹⁰⁸ **AYDIN**, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", s.146.

¹⁰⁹ **ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE**, Genel Hükümler, s.167; **BİRTEK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.54

¹¹⁰ **AYDIN**, "Evrensel Yargı Yetkisi", s.95.

bu durumda bir ülkenin kendi ceza kanununu başka bir ülkede gerçekleşen ve bağlama noktası olmayan suça uygulamaya kalkmasının uluslar arası alanda sorun oluşturabileceği göz ardı edilmemelidir¹¹¹.

Evrensellik ilkesi ile ikame yargı yetkisi genellikle bazı hukuk sistemlerinde özdeş tutulmaktadır. Bir çok ceza hukukçusu ve bazı uluslararası sözleşmeler evrensellik ilkesi ile ikame yargı yetkisi arasında bir ayrım yapmamaktadır¹¹². Özellikle Amerikan ceza hukukunda, evrensellik ilkesi ile ikame ceza yargısı ilkesi birbirinden ayrılmamaktadır¹¹³.

Görünüşe göre evrensellik ile ikame yargı ilkesi arasında benzerlikler bulunmakla birlikte, dayanak noktaları ve uygulama koşulları farklıdır. Örneğin, ikame yargı ilkesinde kovuşturmaya konu olan kişi sadece yabancı kişi olabilir. Ancak, evrensellik ilkesinde yargı yetkisi hem vatandaş hem de yabancı hakkında söz konusu olabilmektedir¹¹⁴.

Ayrıca ikame yargı yetkisinde, ikincil nitelikte bir uygulama yeri bulunduğunu, öncelikle suçun faili olan yabancının iadesi yoluna gidilmesi gerektiğini unutmamak gerekir. Zira bu ilkeye göre, sanığı elinde bulunduran devlet, öncelikle genel ilkelere (mülkîlik, şahsîlik, koruma gibi) bakarak yargılama yetkisine sahip olan devlete kişiyi iade etmeye çalışması; iade gerçekleşmiyorsa kendi yargı yetkisini kullanması gerekir. Oysa, evrensellik ilkesinde iade koşulunun yerine getirilmesinin mümkün olup olmadığına bakılmaz. İade mümkün olsa bile, evrensellik ilkesine göre devletin yargı yetkisi kabul edilmektedir¹¹⁵. Son olarak, ikame yargı yetkisinden farklı olarak evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlarda fiilin, işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesi koşulu aranmaz¹¹⁶.

III. CEZA KANUNLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASINDA TÜRK CEZA KANUNUNUN KABUL ETTİĞİ İLKELER

A. Genel Olarak

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması konusunda TCK'da kabul edilen ilkeler, mülkîlik ilkesi, faile göre şahsîlik ilkesi, mağdura göre şahsîlik ilkesi, koruma (ya da gerçeklik) ilkesi, ikame yargı ilkesi ve nihayet evrensellik

¹¹¹ HEINRICH, s.45.

¹¹² OEHLER, no. 147. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202)

¹¹³ OEHLER, no. 147, 818; GRIBBOHM, in: Leibziger Kommentar Vor § 3 no. 144. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202)

¹¹⁴ OEHLER, no. 905. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202)

¹¹⁵ OEHLER, no. 147, 818; GRIBBOHM, in: Leibziger Kommentar Vor § 3 no. 144. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202); ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. B, s.617

¹¹⁶ OEHLER, no. 844. (TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.202)

ilkeleridir. Bu konuda genellikle benimsenen mülkilik sisteminin uygulanması, TCK bakımından da geçerlidir. Türk Ceza Kanununda buna ilişkin hükümler 8 ila 19. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Mülkilik sisteminde devletin, kendi ülkesinde işlenen suçlar bakımından suç işleyenin kendi vatandaşı veya yabancı olması ayrımı yapmadan kendi ceza kanunlarını uygulaması esastır. TCK'da ilke olarak bu sistem kabul edilmiştir. Ancak bazı hallerde yabancı ülkede işlenmiş olsa bile faile veya mağdura göre şahsilik, koruma, ikame ve evrensellik gibi diğer sistemler ek olarak devreye girmektedir. Bu nedenle TCK sistemi, mülkilik ilkesi yönünden tam mülkiliği değil yarı mülkiliği tercih etmiştir¹¹⁷. TCK temel ilkelerden ilk iki sistemi yani mülkilik ve şahsilik sistemini çoğunlukla uygulamakta ise de, duruma göre bazı hallerde diğer ilkeleri de uygulamayı benimsediği için karma sistem olarak nitelenmektedir¹¹⁸.

B. Türk Ceza Kanununda Düzenlenen İlkeler

1. Mülkilik İlkesi

Mülkilik ilkesi bakımından TCK'da karma sistemin benimsendiğini ifade etmiştik. Mülkilik ilkesi uyarınca, Türkiye'de suç işleyen kimseler hakkında Türk kanunları uygulanır. Buna bağlı olarak hangi hallerde Türkiye'de suç işlenmiş sayılacağı açıklanmıştır. Bu suçlar nedeniyle yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa bile Türkiye'de yeniden yargılama yapılması öngörülmüştür.

TCK'nın 8. maddesinde, "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı; fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde de suçun, Türkiye'de işlenmiş sayılacağı" belirtilmiştir. Bu yönden uygulama yapılması için, Türkiye'de işlenen suçlar hakkında sanığın ve mağdurun uyrukluğuna bakılmaz. Bunu doktrinde açıklayan ilke karma teori olarak bilinmektedir. Karma teoriyi savunanlara göre, hem hareketin yapıldığı yer, hem de neticenin meydana geldiği yer suçun işlendiği yer olarak kabul edilmektedir.

TCK'ya göre, mülkilik ilkesinin uygulanması bakımından hangi hallerde bir suçun Türkiye'de işlenmiş sayılacağı önemlidir¹¹⁹. a) Türk kara ve

¹¹⁷ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.75

¹¹⁸ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.74

¹¹⁹ TCK'ya göre, "açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla" işlenen suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacağı belirtilmiş olması (m.8/2) bayrak ilkesinin sonucudur. Bayrak ilkesi de mülkilik ilkesi ile yakın bağlantılıdır. Buna göre devlet, kendi bayrağını taşıyan deniz ve hava taşıma araçlarında işlenen suçları kendi kanunlarını uygulamak üzere bunları kovuşturma yetkisine sahiptir. Bayrak ilkesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın Bozkurt/Lotus kararında açıkça kabul edilmiştir.

hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir¹²⁰.

2764 sayılı Kanunla Türkiye'nin karasularının kıyından itibaren altı deniz mili genişliğinde olduğu belirtilmiştir. Ancak istisnai olarak Bakanlar Kuruluna bu miktarı artırma yetkisi verilmiş olup, bu yetkiye dayanarak Karadeniz ve Akdeniz'de on iki deniz mili olarak devam ettirilmiştir¹²¹.

Yabancı bir ülkenin kara, hava sahası ve karasuları içinde veya karasularının hava sahası içinde ve fakat bir Türk deniz ve hava savaş aracı ile veya bu araçlarda işlenmiş ise bu da Kanuna göre Türkiye'de işlenmiş suç sayılmaktadır (m.8-2/c)

Yabancı ülkede yargılanmış ve hüküm verilmiş olsa bile, Türkiye'de yeniden yargılama yapılması öngörülmüş olup yabancı ülkede verilen hükümlere "ne bis in idem" etkisi tanınmamıştır¹²². Ayrıca yeniden yargılama yapılması konusunda yabancı veya Türk ayrımı yapılmamıştır. Yabancı ülkede suç işleyen vatandaşı Türkiye'de yargılanabilmesi için hakkında yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması şartı aranmaktadır.

Yeniden yargılama yapabilmek için herhangi bir şikayet izin talep gerekmez. Ancak kişi yabancı ülkede yargılanmış ise orada aldığı özgürlük kısıtlamaları mahsup edilecektir.¹²³

2. Faile Göre Şahsilik İlkesi

TCK'nın 10 ve 11. maddelerinde düzenlenmiş olan bu ilkeye göre, devlet yurt dışında suç işleyen vatandaşını cezalandırabilme hakkına sahiptir. Fail ülke adına yurtdışında görev üstlenmiş olması şartıyla görev suçları bakımından 10.

¹²⁰ Türkiye'nin de katıldığı "Denizde Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Hususundaki Konferans" (1-10 Mart 1988, Roma) sonunda, "Deniz Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi" ve "Kıta Sahaneligindeki Sabit Platformların Güvenliğine Karşı İşlenen Kanuna Aykırı Eylemlerin Önlenmesi" konularında protokol imzalanmış olup bu protokolün (d) bendi uyarınca, Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlenen suçların Türk ülkesinde işlenmiş suç sayılacağı kabul edilmiştir.

¹²¹ **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.B, s.144

¹²² **CİHAN-YENİSEY**, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından", s.555; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, 9.B, s. 856

¹²³ **BİRTEK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B, s.44; **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.B, s.609

maddede; diğer suçlar bakımından uygulanmak üzere ise 11. maddede hükümler yer almaktadır.

TCK'nın 10. maddesinde, "Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye'de yeniden yargılanır" denilerek görev suçları yönünden de "faile göre şahsılık" ilkesinin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Burada mahkûmiyet hükmü denilmiş olmakla beraat kararı verilmiş olan durumlarda yeniden yargılama yapılmayacağı anlaşılmaktadır. Görev suçları yönünden yabancı ülkede sadece mahkûmiyet verilmiş olan durumlarda yeniden yargılama yapılması esas alınmıştır.

"Vatandaş Tarafından İşlenen Suç" başlıklı TCK'nın 11/1 maddesine göre, "Bir Türk vatandaşı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk Kanunlarına göre cezalandırılır."

TCK'ya göre yabancı ülkede işlenen suç nedeniyle o ülkede hüküm verilmemiş olması ve aynı zamanda bunun Türk Hukukuna göre kovuşturulabilir olması gerekir. Ne var ki, vatandaş yabancı ülkede yargılanmış, mahkûm olmuş ve hatta cezasını çekmiş de olabilir ki, bu ihtimalde Türkiye'de tekrar cezalandırılmayacaktır. Son olarak, aşağı sınırı bir yıldan az hapsi gerektiren suçlar bakımından, kovuşturma için şikâyet yapılmış olması şartı aranmaktadır.

TCK'nın düzenlemesine göre, vatandaşın yabancı ülkede suç işlemesi durumunda Türkiye'de yargılama yapılması için aranan koşullar şunlardır¹²⁴: 1) Failin Türk vatandaşı olması gerekir. Vatandaşlık durumunun eylem tarihinde geçerli olması aranır. Suç tarihinde vatandaş ise sonradan çıkmış olsa da yargılama yapılır. Ancak suç tarihinde vatandaş olmayıp sonradan vatandaşlığa kabul edilse yargılama yapılamaz¹²⁵. 2) Suç yabancı ülkede işlenmiş olmalıdır. 3) Eylem TCK'nın 13. maddesinde yer alan suçlar kapsamında olmamalıdır (m.11/1). 4) Yabancı ülkede işlenmiş olan bu suçtan dolayı yabancı ülkede bir hüküm kurulmamış olması gerekir.(TCK m.11) 5) Suçun, hapis cezası öngörülen bir suç olması gerekir. Eylemin karşılığı para cezası olanlar ile hapis veya para cezası olarak seçilmiş ceza öngörülmüş olanlarda yargılama yapılamayacaktır. Alt sınırı bir yıldan az olan suçlar bakımından, şikâyet olması aranır. 6) Failin Türk olması faile göre şahsılık ilkesine göre zaten zorunludur. Ancak mağdur Türk veya ya-

¹²⁴ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.161

¹²⁵ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.77; KOCA-ÜZÜLMEZ, Hukuku Genel Hükümler, 2014, s.719.

bancı olabilir. Ne var ki, mağdur yabancı ise yabancı ülkede işlenen bu suç hakkında yargılama yapılabilmesi için eylemin o ülkede de suç olarak düzenlenmiş olması gerekir. Bu hüküm madde metninde yer almayıp gerekçeden çıkarılmaktadır. Böyle bir hükmün madde metninde yer alması daha isabetli olurdu¹²⁶. 7) Fail Türkiye'de bulunmalıdır. Fail Türkiye'de değilse hakkında dava açılrsa da yargılama yapılamayacaktır. 8) Kovuşturma şartlarının varlığını sürdürüyor olması gerekir. Örneğin, zamanaşımı dolmuş ise yargılama yapılamaz.

3. Mağdura Göre Şahsilik İlkesi

TCK mağdura göre şahsilik ilkesine de yer vermiştir. Mağdura göre şahsilik ilkesinin TCK'nın 12/2 maddesinde bazı sınırlamalarla kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

Mağdura göre şahsilik ilkesinin uygulanması için TCK'da düzenlenen hükümlere göre bulunması gereken olasılıklar şunlardır¹²⁷: 1) Fail, eylem tarihi itibarıyla yabancı bir ülke vatandaşıdır. Fail Türk vatandaşı ise zaten buna gerek kalmayacak, 11. madde uygulanmak suretiyle faile göre şahsilik ilkesi işletilecektir. Şayet çifte vatandaşlık sözkonusu ise yine bu durumda da failin Türk vatandaşlığı dikkate alınarak faile göre şahsilik ilkesi uygulanıp hakkında yargılama yapılacaktır¹²⁸. 2) Eylemin, TCK'nın 13. maddesinde yer alan suçlardan olmaması gerekir (m.12/1). 3) Suçun Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezası öngörülmüş olması gerekir. Kanunda para cezası olarak düzenlenmişse ya da hem hapis hem para cezasından biri seçimli ceza olarak öngörülmüşse uygulanmaz. 4) Eylemin Türkiye'nin zararına olması ya da mağdurun bir Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi olması gerekir. 6) Fail Türkiye'de bulunmalıdır. 7) Eylemin Türkiye'nin zararına olması halinde Adalet Bakanının talebi olmalı veya diğer hallerde suçtan zarar görenin şikayeti şartının gerçekleşmiş olması gerekir. 8) Mağdurun bir Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi olması halinde, yabancı ülkede hüküm kurulmamış olması şartı aranır. Ancak eylemin Türkiye'nin zararına olması halinde yabancı ülkede hüküm kurulmuş olsa bile Adalet Bakanının talebi ile yeniden yargılama yapılır¹²⁹.

Elbette mağdura göre şahsilik ilkesi uyarınca Türkiye'de cezai kovuşturma yapılabilmesi hemen kabul edilmemekte; failin Türkiye'de bulunması, yabancı

¹²⁶ HAKERİ'ye göre madde gerekçesinin metinle çelişmediği durumda maddenin yorumunda dikkate alınacağı bir CGK kararı ile teyit edilmiş ise de, bunun mutlaka madde metnine işlenmesi daha isabetli olacaktır. **HAKERİ**, Ceza Hukuku, 15.B, s.78

¹²⁷ **ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE**, Genel Hükümler, s.166

¹²⁸ **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, 2014, s.722

¹²⁹ **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, 2014, s.723

ülkede hüküm verilmemiş olması ve suçtan zarar görenin şikayeti gibi şartlar aranmaktadır. Ancak fiilin gerçekleştiği ülke tarafından da aynı eylemin suç olarak kabul edilmiş olması Türkiye'de ceza kovuşturması için gerekli değildir. Ne var ki, işlendiği ülke kanununa göre de suç teşkil etmeyen fiillerin mağdura göre şahsilik ilkesi (TCK md. 12/2) uyarınca Türkiye'de kovuşturulması uluslararası hukuk açısından bazı sorunları gündeme getirebileceği göz ardı edilmemelidir¹³⁰.

4. Koruma-Gerçeklik İlkesi

Koruma-gerçeklik ilkesi uyarınca yurt dışında işlenen suçların Türkiye'de kovuşturulması hususu, TCK m.13/1-b'de düzenlenmekle birlikte, 12. maddenin 1. fıkrasındaki suçların kovuşturulmasında da koruma-gerçeklik ilkesinin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bunlarda da Türkiye'nin zararına işlendiği kabul edilerek devlete ait menfaatlerin korunması amacıyla bu suçların takibi yoluna gidilmiş olması dikkat çekmektedir. Diğer yandan, yurtdışında olup Türkiye adına görev yapanların orada işledikleri suçlar açısından da benzer bir durum olduğu gerekçesiyle 10. madde yönünden de Türkiye'de kovuşturulmasında koruma-gerçeklik ilkesinin geçerli olduğunu kabul edenler vardır¹³¹.

12/1 maddesine göre, 13. maddede sayılan suçlar dışında kalan ve Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına bir yabancı işlerse (ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde), Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de yargılanır ve Türk kanunlarına göre cezalandırılır. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı Kanun koruma ilkesinin uygulandığı suçların kapsamını hem genişletmiş, hem de Türkiye'de re'sen kovuşturma yapılmasını kabul etmiştir. Hatta bazı suçlar bakımından yurtdışında yargılanmış olsa bile Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye'de tekrar yargılanması da mümkündür.

Koruma-gerçeklik ilkesinin devreye girmesi için TCK düzenlemesine göre bulunması gereken şartlar şunlardır: 1) Failin yabancı bir ülke vatandaşı olması gerekir. 2) Eylemin TCK'nın 13. maddesinde yer alan, evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlardan olmaması gerekir (m.12/1). 3) Suç yabancı ülkede işlenmiş olmalıdır. 4) Suçun karşılığında aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezası öngörülmüş olması gerekir. 5) Eylemin Türkiye'nin zararına veya bir Türk vatandaşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına işlenmiş olması gerekir. Eylem, bir vatandaş ya da tüzel kişi zararına olarak işlenmiş olması halinde yabancı ülkede hüküm verilmemiş olma koşulu aranmakta; an-

¹³⁰ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.201

¹³¹ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.201.

çak, Türkiye'nin zararına işlenmesi halinde yabancı ülkede hüküm kurulmamış olma şartı aranmamaktadır. 6) Fail Türkiye'de bulunmalıdır. 7) Adalet Bakanının talebi gerçekleşmiş olmalıdır.

5. İkame (Başka Devlet Adına) Yargı İlkesi

İkame (başka devlet adına) yargı ilkesi, TCK'da 12. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiş olup 765 sayılı TCK'da da aynı düzenleme yer almakta idi.

TCK'da yer alan hükümler dikkate alındığında, ikame yargı ilkesinin uygulanması ve Türkiye'de kovuşturma yapılabilmesi için bulunması gerekli olan koşullar şunlardır: 1) Fail yabancı olmalıdır. 2) Mağdur yabancı olmalıdır. Burada mağdur bir yabancı devlet veya kişi olabilir. 3) Suç yurt dışında işlenmiş olmalıdır, 4) Eylem TCK'nın 13. maddesinde yer alan suçlar kapsamında olmamalıdır. Bu husus maddede açıkça yazılmış olmasa da zaten 13. maddede yer alan suçlardan ise evrensellik ilkesi¹³² ya da koruma ilkesi devreye girecektir. 5) Fail Türkiye'de bulunmalıdır. 6) Suçun yaptırımının, Türk kanunlarına göre aşağı sınırının en az üç yıl ve üstü hapis cezası olması gerekir. Hesaplamanın, kanundaki ağırlatıcı nedenlerin alt sınırı, hafifletici nedenlerin de üst sınırı dikkate alınarak yapılması gerekir (m.15). Para cezasını gerektiren ya da hapis veya para cezası seçimlik olarak öngörülmüş olan durumlarda uygulanmaz. 7) Failin geri verilmesi mümkün olmamalıdır. Bu mümkün olamama, öncelikle suçluların geri verilmesi hususunda ilgili ülke ile anlaşma olmamasından kaynaklanabilir. Zaten böyle bir anlaşma varsa buna göre fail geri verilecektir. Hatta anlaşma olmakla birlikte, geri verme talebi muhatap devletçe kabul edilmemiş de olabilir. Düşünce suçu, siyasi suç ya da askeri suçlardan olması gibi sebeplerle kişi iade edilememiş de olabilir¹³³. 8) Adalet Bakanının talebi olmalıdır.

6. Evrensel Yargı Yetkisi

765 sayılı Türk Ceza Kanununda (m.4) yer verilmiş olan "evrensellik ilkesi", yeni Türk Ceza Kanununun 13. maddesinde "Diğer suçlar" başlığı altında¹³⁴ Alman modeline benzer şekilde daha genişletilerek düzenlenmiştir¹³⁵. Kanun koyucu'nun neden böylesine genişletme ihtiyacı duyduğu bilinmemekle birlikte,

¹³² KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.729

¹³³ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.81; KOCA-ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 2014, s.729

¹³⁴ Diğer suçlar başlığı kullanılması eleştirilmekte; bunun yerine "ülke dışında işlenen suçlar" veya "yabancı ülkede işlenen suçlar" şeklinde başlık konulması önerilmektedir. HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, Genel Hükümler, 7. B, s.41

¹³⁵ Erol CİHAN-Feridun YENİSEY, "Ulusal Rapor- Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul 20-27 Eylül 2009, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2009, s.291

Türkiye'nin üstlendiği uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaygısının etkili olabileceği düşünülmektedir¹³⁶.

Bu ilkeye göre yargılama yapılmasına konu olan suçlara bakıldığında, söz konusu suçların, esir ticareti, kadın ticareti, kalpazanlık, çevreyi koruma, işkence, terör, deniz korsanlığı suçları ile insanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçları gibi bütün insanlığı ilgilendiren suçlar olduğu görülecektir.

Evrensel yetkiye ilişkin normatif düzenlemeler millidir¹³⁷. Zira, uluslar arası sözleşme veya düzenlemelerle değil, ulusal kanun koyucuları tarafından yapılmaktadır. Ancak ulusal kanun koyucularını harekete geçiren motivasyonun odağında, uluslararası sözleşmelerin öngördüğü taahhütleri yerine getirmek maksadı bulunmaktadır. Çünkü, bir çok suç bakımından uluslararası sözleşmelerle devletlere bu suçları önleme, yasaklama, soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü getirilmiş bulunmaktadır. Bu suçlar, geniş anlamda uluslararası suç olarak değerlendirildiği için evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçların birçoğunun aslında geniş anlamda "uluslararası suç" kavramı altında mütalaa edilmesi gerekeceği ortaya çıkmaktadır¹³⁸.

Bu ilkenin kapsamına giren suçlar, ülkede veya yurtdışında işlenmiş olsa bile bütün insanlığı ilgilendiren suçlardır. Dolayısıyla, dünyanın neresinde işlenirse işlensin başka bir şart aranmaksızın Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkündür. Yani fail Türkiye'de olmasa da, mağdur bir Türk olmasa ya da bir Türk olup bu konuda başvuru yapmamış olsa bile bu ilkeye göre, suç nerede ve kime karşı işlenmiş olursa olsun failin cezalandırılması gerektiği kabul edilir. Suç insanlığa karşı bir fiil olarak kabul edilince, her devletin ceza verme hakkı ve görevi vardır.

TCK'nın evrensel yargı yetkisi kapsamında saydığı suçların listesini neye göre belirlediği hususunun hukuki gerekçelerine Tasarıda yer verilmediği için buradan anlamak mümkün değildir. Bununla beraber, bir grup suç Türk Devleti'ni dünyanın her yerinde işlenen suçlardan korumayı amaçlamaktadır (TCK m.13/1-b). TCK m.13'te sayılan suçlardan diğerleri ise, Türkiye'nin taraf olduğu veya taraf olma yolunda olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yansıtmaktadır¹³⁹.

¹³⁶ CİHAN-YENİSEY, "Ulusal Rapor-Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", s.291

¹³⁷ Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar "uluslararası ceza hukukunun genel ilkeleri" olarak da adlandırılmaktadır. Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar esasında uluslararası hukukun değil, ulusal hukukun konusunu oluşturduğu, egemen devlet kuralı olarak tek taraflı iradesiyle kendi ceza kanunlarının uygulama alanını belirlediği için genellikle "uluslararası ceza hukuku" kavramının bu konuda doğru bir terim olmadığı kabul edilmektedir. Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.87

¹³⁸ DEĞİRMENCİ, "Uluslararası Suç Kavramı", s.259.

¹³⁹ CİHAN-YENİSEY, "Ulusal Rapor- Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", s.293

TCK'nın 13. maddesinde devleti korumayı amaçlayan yargı yetkisinin yanı sıra evrensel yargı yetkisinin de düzenlenmiş olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Maddede bazı suçlar sayılarak bunların herhangi bir kimse tarafından yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk kanunlarının uygulanacağı belirtilmiştir.

Dünyanın neresinde ve kim tarafından işlenirse işlensin, fail Türkiye'de olmasa bile bazı suçlar bakımından mutlaka yargılama yapılması yararlı görül-müş, ikame yargı yetkisinin düzenlendiği 12/3 maddesindeki şartlar dahi bulunmaksızın Türk Ceza Kanununun uygulanması kabul edilerek evrensellik ilkesine yer verilmiştir. Bu konuda tek şart Adalet Bakanının talepte bulunmasıdır. (m.13/2) Adalet Bakanının talebi kovuşturmayla ilişkin olup, soruşturma için talep gerekmez. Talep yargılama başlatabilmek için gereklidir¹⁴¹.

Evrensel yetki, suçun işlendiği yer, fail veya mağduru dikkate almaksızın, sadece suçun doğasına dayanarak ceza yargılaması yapma yetkisini ifade etmektedir¹⁴². Evrensellik ilkesinde Türkiye'de yargılama yapmak için açık bir bağlantı noktası bulunmamaktadır. Hem ortada Türkiye'de işlenmiş bir suç yoktur, hem de suçun faili ya da mağduru bakımından Türk vatandaşlığı bağı bulunmamaktadır. Zaten bunlar olsa idi öncelikle diğer ilkeler devreye girmiş olacaktı. Bunların gerçekleşmemiş olduğu durumlarda, yine de Türk kanunlarının uygulanması benimsenmektedir.

Uluslararası suç ile evrensel yetki kuralları arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Evrensel yetki daha çok uluslar arası alanda ortak suç kabul edilen fiillerin kovuşturulmasını esas alır. TCK'nın 13. maddesinde sayılan suçların bazıları soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçların çekirdek alanına ait suçlardır. Diğer bazıları ise uluslar arası veya ikili sözleşmelerle ulusal hukuklara yasaklama, önleme, soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü getirilmiş olan suçlardır¹⁴³.

Evrensel yargı yetkisi, failin Türkiye sınırları içinde bulunması mecburiyetini gerektirmez. 13. maddede bu husustan bahsedilmemiştir. Oysa mağdura veya faile göre şahsılık ilkeleri bakımından durum farklıdır. Bunları düzenleyen maddelerde (TCK m.11,12/1) bu mecburiyet açıkça yer almıştır.

¹⁴⁰ **ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, 8.B, s.986 vd; **KOCA-ÜZÜLMEZ**, Genel Hükümler, 2014, s.704 vd.; **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.B, s.613 vd; **ÖZGENÇ**, Genel Hükümler, 9.B, s.874; **CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT**, 8. B, s.169; **DEMİRBAŞ**, 13. maddeyi "gerçeklik ve korunma ilkesi" başlığı altında değerlendirmektedir. **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. B, s.170.

¹⁴¹ **HAKERİ**, Ceza Hukuku, 15.B, s.82

¹⁴² **Olgun DEĞİRMENCİ**, "Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku", İÜHF C. LXXI, 2013, S.1, s.229-266; **KOCAOĞLU**, "Evrensel Yetki", s.192.

¹⁴³ **DEĞİRMENCİ**, "Uluslararası Suç Kavramı", s.229 vd.

Yine ikame yargı yetkisinin kullanılmasında, yabancı bir devleti temsilen yargılamaya başlandığı durumlarda, kanun geri vermeden bahsettiğine ve geri verme için de kişinin Türkiye'de bulunması gerektiğine göre, açıkça söz edilmese de, kişinin Türkiye'de bulunması mecburiyetinin varlığı sonucu çıkmaktadır¹⁴⁴.

Kanaatimizce, evrensel yargı yetkisine dayanarak Türk mahkemelerinde yargılama yapılabilmesi bakımından, kanun sanığın Türkiye'de bulunuyor olmasını açıkça mecbur saymış olmasa da, eğer suç ağır suçlardan ise sanık mahkemede hazır bulunup savunmasını yapmadan hüküm verilemediğine göre, sanığın mahkemede hazır bulunmadığı hallerde Türkiye'de kovuşturma başlatılsa da yargılamanın sonuçlandırılması mümkün olmayacaktır¹⁴⁵.

Özetleyecek olursak, TCK 13. maddesine göre, evrensellik ilkesinin uygulanmasında aranan koşullar şunlardır¹⁴⁶: 1) Fail ve mağdur her ikisi de yabancı olmalıdır. Her ikisi bakımından da esas olan fiilin işlendiği sırada yabancı olmalarıdır. Burada mağdur bir yabancı devlet veya kişi olabilir. 2) Suç yurt dışında işlenmiş olmalıdır, 3) Suçun cezasının, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezası öngörülen bir suç olması gerekir. Adli para cezası ya da hapis ve para cezasının seçimlik olması halinde uygulanmaz. Hapis cezasının hesaplanmasında, kanuni ağırlaştırıcı sebeplerin alt sınırı, kanuni hafifletici sebeplerin üst sınırı dikkate alınır. 4) Suçluların geri verilmesi anlaşması bulunmamalı ya da geri verilme istemi kabul edilmemiş olmalıdır¹⁴⁷. 5) Adalet Bakanının talebi olmalıdır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

TCK'da, mülkilik, faile göre şahsilik, mağdura göre şahsilik, koruma-gerçeklik ilkeleri egemenlik bağlamında; evrensellik ilkesi ise uluslar arası yararlar bağlamında kabul edilen sistemlerdir. Her devletin kendine göre benimsediği ilkeler olmakla birlikte, genellikle kabul gören mülkilik ilkesidir. Bu sistemde, devletin kendi ülkesinde işlenen suçlar bakımından failin vatandaş veya yabancı olmasına bakmadan ceza kanunlarını uygulaması esastır.

Mülkilik ilkesi bakımından TCK'da karma sistemin benimsendiği görülmektedir. Mülkilik ilkesi uyarınca, Türkiye'de suç işleyen kimsenin Türk kanunlarına göre cezalandırılması; bu suçlar nedeniyle yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa bile Türkiye'de yeniden yargılama yapılması gerekecektir. Bu

¹⁴⁴ CİHAN-YENİSEY, "Ulusal Rapor- Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", s.292

¹⁴⁵ CİHAN-YENİSEY, "Ulusal Rapor- Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", s.292

¹⁴⁶ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, Genel Hükümler, s.167

¹⁴⁷ HAKERİ, Ceza Hukuku, 15.B, s.81

anlamda, yabancı ülkede verilen hükümlere "ne bis in idem" etkisi tanınmamıştır¹⁴⁸. Ayrıca yeniden yargılama yapılması konusunda yabancı-Türk ayrımının kaldırılmış olması yerinde olmuştur.

TCK, faile göre şahsilik ilkesini bazı şartlarla kabul etmiştir. Buna yönelik düzenleme içeren 11. madde çerçevesinde, Türk vatandaşlarının yurt dışında işledikleri suçların Türkiye'de kovuşturulabilmesi için bulunması gereken koşulları özetlemek gerekirse; failin Türkiye'de bulunması, yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması, Türkiye'de failin kovuşturulabilir olması ve eğer mağdur yabancı ise suçun işlendiği ülke kanununa göre de eylemin suç olarak nitelenmiş olması gerekmektedir. TCK'nın bu düzenlemesinin uluslararası hukuka herhangi bir aykırılığı söz konusu değildir¹⁴⁹.

Yabancı ülkede suç işleyen vatandaşın Türkiye'de yargılanabilmesi için hakkında yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması şartı aranmaktadır. Bu yerinde bir düzenlemedir. Şahsilik ilkesinin kabul edilmesi, kuşkusuz kendi topraklarında suç işlenmiş olan devlet ile failin veya mağdurun uyruğunda bulunduğu devlet arasında yetki tartışmalarına yol açacaktır¹⁵⁰. Vatandaş kendi ülkesinin kanunlarına itaat etmek mecburiyetinde olmakla birlikte, aynı zamanda yurtdışında bulunduğu sırada o ülkenin hukuk düzenine de uyumlu davranmak, ceza kanunlarının yaptırıma bağladığı eylemlerden kaçınmakla yükümlüdür. Kendi ülkesine sadakatle yükümlü olduğu gibi, serbest iradesiyle yaşamayı tercih ettiği ülkenin kanunlarına uymak zorundadır¹⁵¹. Bu durumda, faile göre şahsilik ilkesini mutlak uygulayan ülke ile kişinin yaşadığı ve fiili suç saymayan olarak ülke arasında çatışma ihtimali doğar. "Başka devletlerin iç işlerine karışmama" ilkesine aykırılık gündeme gelmektedir.

Evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlar bakımından Türkiye'de kovuşturmayla başlanabilmesi için failin Türkiye'de olması şartının aranmamış olması bir eksikliktir. Zira yargılamaya başlansa bile belli ağırlıktaki suçlar bakımından sanık mahkemede hazır bulunup savunmasını yapmadan hüküm verilemeyeceğine göre, ülkede olmayan sanık hakkında yargılama başlatılsa da sonuçlandırılması mümkün değildir¹⁵². Türkiye dışında suç işlemiş yabancı kişiye kovuşturma yapılması zaten çatışmaya yol açacak bir durumdur. Failin Türkiye'de olması şartını aramaksızın evrensellik ilkesi uygulanmamalıdır. Birden çok devletin aynı olay hakkında yargı yetkisini ileri sürmesi devletler arasında

¹⁴⁸ CİHAN-YENİSEY, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından", s.555; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 9.B, s. 856

¹⁴⁹ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.199

¹⁵⁰ KILIÇ, "Uluslararası Ceza Mahkemesi", s.638.

¹⁵¹ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.199

¹⁵² CİHAN-YENİSEY, "Ulusal Rapor- Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", s.292

uyuşmazlıkların doğmasına neden olabilecektir. Bunun önüne geçmek için yabancıların ülkede bulunması ya da iade yoluyla getirilebilmesi koşuluna bağlanmalıdır.

Evrensellik ilkesinin en çok eleştirilen ve sorun doğurabilecek yönü, "mutlak/sınırlandırılmamış evrensellik ilkesi"nin benimsenmesidir. Dünyanın her yerinde işlenen insanlığa karşı suçları Türk savcısının soruşturması fiilen mümkün olmadığı gibi, fail Türkiye'de olmadığı durumlarda hukuken yargılama yapılması da mümkün olmayacaktır¹⁵³. Ayrıca uluslararası hukuk açısından olumlu sonuçları olmayacak; Türkiye'nin dış ilişkilerini zora sokabilecektir. Bu konuda katıldığımız görüşe göre, vatandaşlar bakımından soruşturma zorunlu olmalı; yabancılar yönünden ise kişinin Türkiye'de bulunması şartı aranmalıdır¹⁵⁴.

Son olarak, evrensellik ilkesinin kapsamının geniş tutulduğuna dikkat çekmekte yarar vardır. 13. maddede yer verilen suçların tekrar gözden geçirilerek, bazılarının evrensellik ilkesi kapsamında çıkarılıp bunun yerine, faile göre şahsılık, mağdura göre şahsılık veya ikame yargı yetkisi ilkeleri çerçevesinde değerlendirilip Türkiye'de kovuşturulması yoluna gidilmesi yerinde olacaktır¹⁵⁵.

¹⁵³ TURHAN, "Uluslararası Suçlar", s.13

¹⁵⁴ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.211

¹⁵⁵ TURHAN, "Evrensellik İlkesi", s.211

YARARLANILAN ESERLER

- Adem SÖZÜER-Barış ERMAN**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi" Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, Beta, İstanbul, 2001, s.243-291
- Ali Şahin KILIÇ**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", AUHFD, 2009, C.58, S.3. s.615-657
- Ayhan ÖNDER**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 9. B, Ankara, 2006
- Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM**, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, Eylül 2007, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara
- Bernd HEINRICH**, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Mart 2014, Adalet, Ankara
- Devrim AYDIN**, "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", TBB Dergisi, 2011, 94, s.132-146. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-94-706>)
- Devrim AYDIN**, "Evrensel Yargı Yetkisi Uygulamasının Doğurabileceği Sorunlar", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2013, Sayı 13, s.93-112.
- Doğan SOYASLAN**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2014, 6. Baskı, Yetkin, Ankara
- Durmuş TEZCAN - Mustafa Ruhan ERDEM - R. Murat ÖNOK**, Uluslararası Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, Şubat 2014
- Durmuş TEZCAN**, "Yeni TCK'da Yer Bakımından Yetki", Manisa Barosu Dergisi, Sayı 110, s.40 -50.
- Durmuş TEZCAN**, "TCK'da Yer Bakımından Yetki", Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof Köksal Bayraktara Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını, İstanbul 2010, s.1047-1058
- Erol CİHAN - Feridun YENİSEY**, "Ulusal Rapor- Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi", 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul 20-27 Eylül 2009, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2009, s.291-301.
- Erol CİHAN - Feridun YENİSEY**, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanması ve Evrensellik İlkesi", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Ankara, Şubat 2008, A.K.D.T.Y. Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi ve Türk Ceza Hukuku Derneği ortak basımı, s.555-575.
- Faruk TURHAN**, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.3, Nisan 2005
- Faruk TURHAN**, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13), Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 4, Ağustos 2005, s.197-211
- Fatih BİRTEK**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Eylül 2014, 3.B, Adalet, Ankara
- Feridun YENİSEY**, Milletlerarası Ceza Hukuku ve Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat, İstanbul 1988,

- Hakan HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15.B, Adalet, Ankara, 2013.
- Hamide ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Şubat 2015, 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul
- İlyas DOĞAN**, Devletler Hukuku, Ankara, 2008, s.240
- İzzet ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, 2013, Seçkin, Ankara.
- Kayıhan İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.B., 2014, Beta, İstanbul
- Kayıhan İÇEL-Süheyl DONAY**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Birinci Kitap, 4. Bası, İstanbul, 2005.
- Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.B. Seçkin, Ankara, Eylül 2014
- Mahmut KOCA**, "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması", Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, 2005/5, s.23-41.
- Mehmet Emin ARTUK - Ahmet GÖKCEN - Ahmet Caner YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.B., 2014, Adalet, Ankara
- Melda SUR**, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir, 2000
- Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2014
- Olgun DEĞİRMENCİ**, "Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku", İÜHFM C. LXXI, 2013, S.1, s.229-266
- S.Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, 14.B.İstanbul, 1997
- Sinan KOCAOĞLU**, "Evrensel Yetki", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, 2005, s.189-213.
- Sinan KOCAOĞLU**, "Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi", ABD, Yıl; 67, Sayı: 2010-1, s.67-94
- Timur DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler 10. Baskı, Seçkin, Ankara, Kasım 2014
- Veli Özer ÖZBEK- Mehmet Nihat KANBUR- Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ- İlker TEPE**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Eylül 2014, 5. Baskı, Seçkin, Ankara.
- ZEKİ HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, USA Yayınları, 7. B, Ankara 2014

THE IMPROVEMENT OF THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN CONSTITUTIONAL SYSTEMS

*Res. Asst. Abdurrahman TEKİN**

ABSTRACT:

It was not until the end of the 18th century that fundamental human rights and freedoms, one of the most remarkable indicators and elements of democracy, have attained constitutional guarantees. The steps have been taken to provide human rights with protection at the 20th century in the international arena have been reflected at the national level and human rights have attained Constitutional Status in many countries.

This study addressing the process of being guaranteed of fundamental human rights and freedoms in constitutional systems will focus on the instruments and mechanics devoted to the effective protection of human rights. In this regard, the indispensability of the principle of Separation of Powers in terms of the protection of human rights, the impacts of the forms of constitutions and of government types on the protection of human rights, and the models of Continental and American Constitutional Review will be discussed.

Keywords: The Protection of Human Rights, Separation of Powers, Instruments and Mechanisms Established to Protect Human Rights.

ÖZET:

Demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biri olan insan hak ve hürriyetlerinin Anayasal güvenceye kavuşması 18. yüzyılın sonlarına doğru mümkün olmuştur. İnsan haklarının korunması amacıyla uluslararası düzeyde 20. yüzyılda atılan adımlar, devletlerin ulusal politikalarına da yansımış ve insan hakları bir takım etkin mekanizmalar kurularak dünyanın birçok ülkesinde Anayasal statüye kavuşmuştur.

İnsan hak ve hürriyetlerinin Anayasal sistemlerde güvence altına alınma sürecini ele alan bu çalışmada, etkin bir korumanın ne tür araç ve mekanizmalarla sağlanabileceği hususu üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, güçler ayrılığı ilkesinin benimsenmesinin insan haklarının korunması açısından vazgeçilmez olduğuna, anayasa ve hükümet çeşitlerinin ve Kıta Avrupası ile Amerikan Yargı Sisteminin bu korumaya nasıl bir katkılarına olduğuna temas edilecek ve hangi tür mekanizmalar ile bu korumanın güçlendirildiğine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Haklarının Korunması, Güçler Ayrılığı, İnsan Haklarını Korumak için Kurluan Mekanizmalar.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, tekinabdurrahman@hotmail.com; The first Chapter of the master thesis of the Author at Nottingham Trent University Law School in 2014.

INTRODUCTION

The value attached to fundamental human rights and freedoms, one of the most remarkable indicators and elements of democracy, and considered as the legitimacy of political powers, has been increasing in importance in liberal democracies which have entrenched protections for human rights against dictatorship by the majority.

As is known, the recognition, protection and development of human rights and freedoms became universal in the 20th century, which can be characterized as the triumph of human rights. Nevertheless, this achievement was overshadowed by World Wars I and II where numerous human rights and humanitarian law violations, particularly genocides, occurred. In this century, human rights appear in every sphere of an individual's life; and have become an essential part of the economic, political and social debates on both the national and international arena.

However, the current position of human rights has been obtained as a result of long standing efforts. It was not until the late 20th century that human rights became a central concern to the world community, and were regulated and protected under international instruments. The establishment of the League of Nations in 1920, the United Nations in 1945, the League of Arab States in 1945, the European Union in 1951; and human rights protection mechanisms, such as, the European Court of Human Rights (ECtHR) in 1959, African Court on Human and Peoples' Rights in 2004, and the International Criminal Court in 2002, have made tremendous contributions to the recognition and protection of human rights. The most important purpose of these organisations and mechanisms is, arguably, "to achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all, without distinction as to race, or sex..."¹ However, it can be convincingly argued that the efforts of international organisations dedicated to the protection of human rights will not be sufficient unless the developments at the international level are reflected on domestic law.

Human rights had attained constitutional guarantees after late 18th century. However, it was understood that regulating them under either international or domestic law was not adequate for the protection of human rights. The establishment of some mechanisms to protect human rights against abuses and prosecute abuses were needed. Therefore, national and international *mechanisms and instruments*, such as Constitutional Courts, the ECtHR and constitutional complaint, ombudsman, respectively, were established,

¹ The United Nations Charter, 1945, Art. 1 (3)

particularly after the Second World War because of the fact that it was becoming increasingly difficult to ignore the importance of the protection of human rights. The main objective of the modern democracies in the context of protecting human rights is to prevent abuses in the first stage, then to increase the number of remedies and to make these remedies accessible.²

Instead of focusing on the history of human rights or international developments in the area of safeguarding human rights, the long history of the recognition and protection of human rights in *the constitutional context* will be addressed. Particularly, the definition of constitution; forms of government types and constitutions types, such as codified, un-codified, rigid and flexible constitutions, and their impacts on human rights protection; the process of taking human rights under constitutional protection; the impact of the American and Austrian continental constitutional review model on human rights protection; and constitutional mechanisms and instruments dedicated to the protection of human rights will be broadly examined in this article.

1.1. HUMAN RIGHTS PROTECTION AT DOMESTIC LEVEL

Human rights can be domestically protected by many different ways, such as introducing law or regulations, establishing non-governmental organisations which observe the exercise of human rights, establish the facts, and try to bring the attention of the authorities to the violation of rights. Moreover, the World Conference on Human Rights emphasised "the important and constructive role played by national institutions for the promotion and protection of human rights, in particular in their advisory capacity to the competent authorities, their role in remedying human rights violations, in the dissemination of human rights information, and education in human rights."³ The major contributions to human rights protection are the principle of the separation of powers and constitutions.

1.1.1. The Principle of the Separation of Powers and Its Role in the Protection of Human Rights

The origin of the principle goes back to the period of Aristotle and Plato. Aristotle, for the first time, classified the functions of the state into three categories; deliberative, magisterial and judicial. John Locke envisaged a threefold classification of powers; legislative, executive and federative. He drew a distinction between the three types of power, but did not mention a separate

² Köküsarı, İ., Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişikliği. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 2011, p. 164

³ The World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, 1993, para. 36

judicial power.⁴ The French Jurist Montesquieu enunciated the principle of separation of powers for the first time. Montesquieu's doctrine signifies the fact that "one person or body of persons should not exercise all the three powers of the Government viz. legislative, executive and judiciary. In other words each organ should restrict itself to its own sphere and restrain from transgressing the province of the other."⁵ Although this principle identifies with Montesquieu, in fact, it was for the first time put into practice in England. In English history, there have been always efforts to restrict the power of the monarch. These efforts commenced with the adoption of the Magna Carta, and were continued by the establishment of *Commune Concilium* and *Magnum Concilium*, and the adoption of the Bill of Rights 1689 and the Act of Settlement 1701.⁶

This principle applying almost all over the world, with the exception of countries dictatorially governed, is an indispensable element of modern democracies and *human rights protection*. However, the application of 'separation of power' varies from country to country. Gozler separated forms of government types into two categories: 'Systems of unification of powers' and 'Systems of separation of powers'. Merging powers into *executive power* may give rise to the emergence of authoritarian dictatorship like Iraq (Saddam era); totalitarian dictatorship like Nazi Germany; or absolute monarchy like Saudi Arabia; and therefore, the existence of human rights has never come into question in these kinds of regimes by virtue of the dependence of judicial power on the head of state.

Conversely, the combination of executive and legislative powers in *legislative power* gives rise to the emergence of the 'system of convention' applied in Switzerland and in the very early years of Turkey, between 1921-1924. In the practice of this system, the legislative power embodies both the authorities of legislation and the enforcement of laws. It can be argued that the 'system of convention' can ensure an effective human rights protection due to the independence of judicial power. However, the members of judiciary should be assigned by an impartial authority other than legislative power to ensure the independence of the judicial organ and the impartiality of judges.⁷

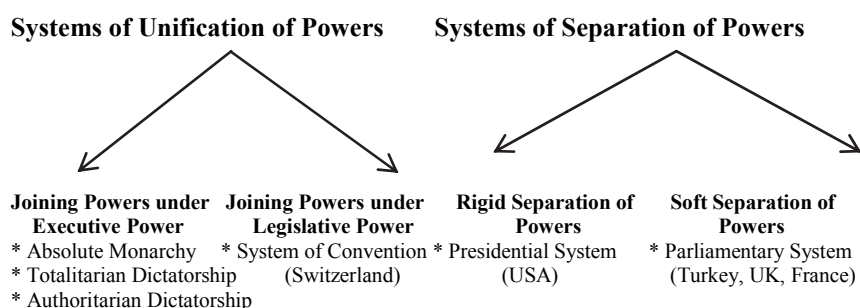
⁴ Parpworth, N., 7th ed., *Constitutional and Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 19

⁵ Singh, T. B., Principle of Separation of Powers and Concentration of Authority. *Judicial Training and Research Institute Journal*, 4&5, 1996, p. 1

⁶ Gozler, K., *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt II [The General Theory of Constitutional Law] Volume II*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011, pp. 539-540

⁷ Gozler, 2011, pp. 539-544

The Forms of Governments Types⁸



As Montesquieu correctly pointed out, "there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive."⁹ "The independence of the judiciary is an integral part of democracy, intending to shield the judicial process from external influences and to provide full legal protection to all individuals going to court for whatever reason."¹⁰ This is best provided by the regimes applying the principle of separation of powers: 'rigid separation of powers' and 'soft separation of powers'. The former is applied in the USA, where the three powers are rigidly separated from each other. The latter is applied by the majority of the countries, such as Turkey, Germany and the UK. The reason for defining this system as 'soft' is the absence of a certain line between executive and legislative powers.¹¹ As can be seen from the form of government having the principle of separation of powers, judicial power has more independence than other powers, albeit some judges of Constitutional Courts are appointed by the president (USA, France, Turkey) or parliament (Turkey, France).

According to Keith, six key constitutional elements are required for the existence of *separation powers* and *independent judiciary* to safeguard human rights.

1. Constitution must guarantee restricted removal of judges and 'terms of office', regardless of whether appointed or elected,
2. The establishment of exceptional and military courts should be banned,

⁸ Gozler, 2011, pp. 539-544

⁹ Montesquieu, *The Spirit of Laws [De l'Esprit des Lois]*. Translated from the French by Thomas Nugent. Botache Books: Kitchener, 1748, p. 173

¹⁰ Murati, G., *The Independence of the Judiciary and Its Role in the Protection of Human Rights under UN Administration Using the Case of Kosovo*. [Online]. Available at: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Murati_0.PDF. [Accessed 18th August 2014], n.d., p. 1

¹¹ Gozler, 2011, pp. 554-568

3. The courts must have *fiscal autonomy* to protect courts from the financial retribution of an abusive regime,
4. The decisions of judges must not to be subject unto revision outside any appeals procedures.
5. Courts should have exclusive authority to decide without any restrictions, inducements, improper influences, threats or pressures.
6. The selection and promotion of judges must be based on merit-integrity, qualifications efficiency and ability.¹²

1.1.2. The American Judicial Review Model

The American model of judicial review based on the *Marbury* case, 1803, is widely implemented by many countries, such as Canada, Denmark, Ireland, Bangladesh, Iran and Israel. It was not until the 19th century, that the United States Supreme Court declared itself as an ultimate and paramount interpreter of the Constitution.¹³ In this case, the Supreme Court authorised itself to examine the constitutionality of statutes and to declare such a statute invalid as a violation of the constitution, and thus, the era of judicial review began.¹⁴ Therefore, *Marbury v. Madison* is a landmark, and can be deemed as a historical act having paramount importance just as the drafting of the first 1787 USA Constitution.¹⁵

In the American model, "There is no specific court or tribunals with monopolistic jurisdiction to examine only constitutionality of statues."¹⁶ Therefore, the American system gives the authority to *all courts, including ordinary*, to assess the constitutionality of the laws. Although the United State Constitution does not explicitly describe the power of judicial review, the authority of judicial review has come out of the structure, the spirit and the history of the constitution. However, in the continental constitutional review model (The Austrian model), "civil law courts were not attractive organs to endow with the power of constitutional interpretation because they were staffed

¹² Keith, L. C., Judicial Independence and Human Rights Protection around the World. *Judicature*, 85 (4), 2002, pp. 195-196

¹³ Andrade, G. F., Comparative Constitutional Law: Judicial Review. *Journal of Constitutional Law*, 3(3), 2001, p. 980

¹⁴ *Marbury v. Madison* [1803] 5 US 137

¹⁵ Tanchev, E., *Constitutional Control in Comparative and Bulgarian Prospective*. [Online]. Available at: http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/BUL_Tanchev_E.pdf. [Accessed: 22nd August 2014], n.d., p. 2

¹⁶ Andrade, 2001, p. 979

by civil servants and were ideologically accustomed to being subservient to legislatures."¹⁷

Arguably the most important criticisms of the review of constitutionality by ordinary courts are that predictability and uniformity are indispensable elements for all legal systems, "and a diffuse system of review without *stare decisis* undoubtedly would put these two fundamental values at stake."¹⁸ In other words, granting indiscriminately the power to control the constitutionality of norms to all judges will cause conflicting decisions as to the validity of a statute, and will undermine the system altogether. Thus, unelected and unaccountable judges can overturn the will of the democratically elected and accountable legislature.

1.1.3. Protecting Human Rights through Constitutional Law and Constitutional Mechanisms (The Austrian, Continental-Constitutional Review Model)

1.1.3.1. The Definition of Constitution

The definition of a constitution is more a general idea than an exact legal concept, thus, the term can be described by how it is used in practice. The majority of commentators have endeavoured to capture the essence of a constitution. However, each of them has emphasised different aspects of the notion.¹⁹ According to Bradley and Ewing, a constitution is "a part of national law which governs the system of public administration and the relationship between the individual and the state".²⁰ This definition is accepted as 'constitution in material sense'. Ozbudun gave a wider description by combining both constitution in the *material* and *formal* sense that a constitution is the superior law which regulates the allocation of functions, duties and powers among the various organs and officers of the state, the relationship of these organs with each other and defines the fundamental principles of the relationship between the state and the public. The concept of 'superior' was used in this definition by virtue of the fact that the procedure of amending a constitution is more difficult than an ordinary code.²¹ Superiority of a constitution is the main feature of the 'constitution in the formal sense'. Therefore, all written constitutions should be situated at the top of the hierarchy

¹⁷ Schor, M., Judicial Review and American Constitutional Exceptionalism. *Osgoode Hall Law Journal*, 46, 2008, p. 554

¹⁸ Andrade, 2001, pp. 983-984

¹⁹ Adler, J., 8th ed., *Constitutional and Administrative Law*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2011, p. 7

²⁰ Bradley, A. W. and Ewing, K. D., *Constitutional and Administrative Law*. 15th ed. Harlow: Longman, 2011, p. 9

²¹ Ozbudun, E., *Anayasa Hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2005, p. 1

of norms and be amended by a qualified majority to be able to protect fundamental rights and freedoms and the administrative system of a state.

1.1.3.2. Constitution Types and Their Impacts on Human Rights Protection

Although constitutions can be classified as written or un-codified, rigid or flexible, monarchical or republican, parliamentary or presidential and federal or unitary,²² only the first two constitution types will be examined under this subtitle. When looking at them from the aspect of human rights, only written-un-codified and rigid-flexible constitutions are worth evaluating.

1.1.3.2.1. Written and Un-Codified Constitutions

A written constitution is a single or related group of documents which have binding force, usually being superior to other kinds of law, and are entrenched to protect their provisions concerning the operation of the state and human rights.²³

The custom is the oldest formal source of the legal rules, and it remained the only source of constitutional rules until the 18th century. The English Constitution is the clearest example of such a type of constitution, since the constitutional law was formed by customs, usage, and precedent, but not codified. Also, Statutes, court judgments and legal instruments are part of the customary constitution. For instance, despite the absence of any rules, the laws which were adopted by Parliament have approved by the Monarch since 1707.²⁴ Also, it became the rule applied for centuries that the Monarch has always assigned the Prime Minister from inside of the House of Commons.

The British scholar A. V. Dicey emphasised the term of 'constitutional convention'. According to him, a convention determines duties or obligations, but so 'morally and politically' not 'legally'.²⁵

*In the English context, the ultimate purpose of constitutional conventions is to secure the supremacy of Parliament over the monarch and the democratic accountability of the legislature. Political power should be exercised in such a way as to maintain democratic government. To do otherwise is to violate the spirit of the constitution, even if it does not violate any particular rule. The critical enforcement mechanism for preserving these 'habits of obedience' is ultimately public opinion.*²⁶

²² Parpworth, 2012, pp. 6-7

²³ Adler, 2011, p. 7

²⁴ Chrimes, S.B., English Constitutional History. London: Oxford University Press, 1953, p. 13

²⁵ Whittington, K. E., The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States. *University of Illinois Law Review*, 5, 2013, p. 106

²⁶ Whittington, 2013, p. 106

In the light of the foregoing findings, a case could be argued for un-codified constitutions in that; because of the absence of a superior codified instrument regulating and protecting human rights, there is always a *potential* risk of the derogation or restriction of human rights and freedoms, unlike written constitution.

1.1.3.2.2. Rigid and Flexible Constitutions

Rigid constitutions "can only be amended through political procedures that are more complex than those that are followed for the enactment and repeal of ordinary legislation. A flexible Constitution, in contrast, can be amended following the ordinary procedures."²⁷

The main purpose of this device is to protect the status quo and the existing constitutional provisions concerning the running of state organs or human rights.²⁸ Some constitutions, such as the USA, Turkey, Portugal and Germany, require a referendum or parliamentary supermajority (2/3 or 3/5 of the parliament) for the amendment of constitution. In contrast, under other constitutions, a simple majority is sufficient for an amendment.

Rigid constitution can be deemed as the best type of constitution in terms of human rights protection. It can be accepted that human rights attain a better protection by constitutional rigidity. Thus, human rights under constitutional guarantee cannot be amended by the government having a simple majority. On the other hand, it should be noted that it depends on what the constitution says, and how it is enforced. For instance, despite the fact that the Turkish Constitution of 1961 was a well-prepared constitution in terms of the inclusion of almost all fundamental rights and freedoms and ensured the judicial protection of rule of law, it is impossible to say the same for the enforcement of the Constitution; to be more precise, law enforcement bodies have avoided the implementing the provisions of the Constitution.

Nevertheless, supermajority requirement will not help small groups or minorities all the time. A requirement of a three-fifth supermajority can help only the minority of 34% to a large degree, whereas it cannot help the minorities of 5% very much.²⁹ Benz correctly emphasises that the rigidity and flexibility of the constitution should be balanced to ensure better protection for human rights.³⁰

²⁷ Ferreres-Comella, V., A defence of Constitutional Rigidity. *Analisi e Diritto*. pp.45-68, 2000, p. 46

²⁸ Rasch, B. E., Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures. *ECPR Joint Sessions of Workshops*, 2008, pp. 12-13

²⁹ Ferreres-Comella, 2000, p. 57

³⁰ Benz, A., Balancing Rigidity and Flexibility: Constitutional Dynamics in Federal Systems. *West European Politics*, 36 (4), 2013, p. 726

1.1.3.3. Constitutionalism

In both Christian and Islamic culture, it was deemed that 'sovereigns' acceded to the throne by courtesy of God willing, (*Omnis potestas a Dio*) and therefore, obedience towards sovereigns was deemed a religious duty. The idea of restriction of the sovereign's power comes under question through 'constitutionalism'.³¹ It was understood that the power is not unlimited and cannot be used arbitrarily, and the power should be used to establish justice and protect human rights and freedoms. Gathering full power under one authority gives rise to a wide range of human rights violations, in other words, 'tyranny'.

It has been claimed that the root of constitution goes back thousands of years; for instance, to the book of Aristotle, 'Constitution of Athens, and Politics'. Also, it is asserted that 'Solonian Constitution' (6th century BC), 'Code of Manu' (3rd century), Charter of Medina (622) and Magna Carta (1215) are pre-modern constitutions. Nevertheless, they should not be accepted as 'constitutional documents' because of the fact that they do not have the characteristic features of a constitution. Generally, to be able to define as a written constitution, the document should be situated at the top of the '*hierarchy of norms*', and the enactment and repeal of the constitution should be more complex than ordinary legislation.³²

Arguably the most notable constitutional document is Magna Carta, signed between King John and a group of influential barons who were powerful local land proprietors. Magna Carta outlines some significant principles *curbing the arbitrary power* of the monarch in favour of both individuals and barons.³³ Magna Carta was followed by the Bill of Rights of 1689 which extended the Parliament's authority and power, and the Act of Settlement of 1701. As a consequence, although the United Kingdom does not have a codified constitution, it achieved to shift the balance of power from the royal family and aristocracy to the House of Commons by these constitutional documents. Thus, transition period of the UK from 'absolute monarchy' to 'parliamentary constitutional monarchy' became the source of inspiration for other countries and accelerated the process of democratisation and constitutionalism.³⁴

³¹ Ozbudun, 2005, p. 4

³² Elster, J., Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, 45 (2), 1995, p. 366

³³ Rathbone, M., *The Human Rights Act: a Magna Carta for the twenty-first century?*. [Online]. (s.l.): Political Studies Association. Available at: <http://magnacarta800th.com/wp-content/uploads/2014/05/Rathbone-Essay-Human-Rights-Act-and-Magna-Carta.pdf>. [Accessed: 19th August 2014], 2014, p. 3

³⁴ Gozler, 2011, pp. 538-540

The 18th and 19th centuries were the greatest era in constitutionalism in modern Western societies. For instance, the United States Constitution, 1787; Polish Constitution, 1791 (never come into force); France Constitution, 1791; Sweden Constitution, 1809; Spain Constitution, 1812 (abolished in 1814); Norway Constitution, 1814; Belgium Constitution, 1831; Switzerland Constitution, 1848; Italy Constitution, 1848 (statuto albertino); Prussia Constitution, 1848-1850; Denmark Constitution 1849; Greek Constitution, 1864; Romania Constitution, 1866; Luxemburg Constitution, 1868; German Empire Constitution, 1871; the Ottoman Empire Constitution, 1876 and Netherland Constitution, 1887.³⁵

Constitutions generally appeared after chaotic atmosphere, such as war, revolution and independence.³⁶ The primary reason for making a constitution is to restrict the state power, and expand individual's rights and freedoms. In a constitutional system, the power has to be used by special authorities commissioned by the constitution, and therefore, the principle of separation of powers has become even more important.³⁷

1.1.3.4. What are Constitutions For?

What are constitutions for and what are they designed to achieve? Almost all countries in the world have a documentary constitution. The main aim of constitutions is to organise the work and relationship of state institutions to guarantee minimum security, services, and freedom for the citizens. The characteristics of the documentary constitutions of the modern democracies are to draw the line between powers; to determine who has which power, and how these powers can be controlled to safeguard and enforce human rights and to prevent abuses whether or not of human rights.³⁸ Constitutions are made to determine:

1. "The choosing and removing of rulers
2. The relationship between the different branches of government,
3. The relationship between the state and external bodies,
4. The rights and freedoms of citizen in relation to government,
5. And, to enable the accountability of both government official and government bodies."³⁹

³⁵ Gozler, 2011, p. 3

³⁶ Elster, 1995, pp. 368-369

³⁷ Gozler, 2011, p. 132

³⁸ Barendt, E., *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 1

³⁹ Adler, 2011, p. 4

Besides, depending on the country and their circumstances a constitution can try to achieve more. For instance, "in countries that suffer from social injustice and high levels of poverty, constitutions can contribute to redressing the imbalance by providing for social and economic rights and the means to enforce them."⁴⁰ Moreover, a constitution should not serve as a weapon during political turmoil, particularly in countries which are highly divided and volatile.

1.1.3.5. The Process of Taking Human Rights under Constitutional Protection

Human rights are rights inherent to all mankind, whatever their nationality, place of residence, colour, religion, language, sex, national or ethnic origin, or any other status. These rights are inalienable, indivisible and interdependent, and are held by all people equally and forever.⁴¹

It is believed that all individuals, regardless of their social status, have universal and inalienable rights and can benefit from these rights without being exposed to discrimination. This belief has progressed as a consequence of improvements in scientific and philosophical thought through the human history.⁴² However, it took some time to reach this outcome, since the treatment of states towards their citizens had been accepted as a domestic affair until World War II; and thus, the rights of individuals could have been easily violated. Furthermore, the absence of international instruments and mechanisms protecting human rights and punishing the violation of rights perpetrated by the national authorities has contributed to innumerable cruel and inhuman treatments,⁴³ during the 20th century, particularly in World War I and II. Conversely, after the Second World War, two interrelated positive developments have been observed. The first of these is the idea of providing human rights with universal protection. Indeed, adoption of the Universal Declaration of Human Rights, the Helsinki Declaration, the European Social Charter and the European Convention on Human Rights (ECHR) and its Additional Protocols, and the establishment of the ECtHR are some of the substantial indicators of the importance attached to human rights in the international arena. As for the second development, it has been understood that administrative transactions against the rights of individuals guaranteed by a

⁴⁰ Al-Ali, Z., *Egypt's Third Constitution in Three Years: A Critical Analysis*. [Online]. (s.l.): International IDEA. Available at: <http://www.idea.int/wana/egypts-third-constitution-in-three-years-a-critical-analysis.cfm>. [Accessed 18th August 2014], 2013, p. 1

⁴¹ Cranston, M., *What are Human Rights?* London: The Bodley Head, 1973, pp. 1-3

⁴² Uygun, O., *İnsan Hakları Kuramı*. Istanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000, pp. 13-18

⁴³ Perry, M. J., *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 11

constitution ought to be under the supervision of an impartial mechanism, 'constitutional court'.⁴⁴

It has been claimed by Gülsoy that the main reason for the emergence of constitutional jurisdiction is to ensure the compatibility of codes and bylaws to constitution and to protect the constitutional order.⁴⁵ Another significant function of constitutional jurisdiction is to provide fundamental rights and freedoms with protection. The function of the protection of human rights is one of the essential characteristic features of modern constitutional systems,⁴⁶ while it had been accepted as a secondary and exceptional feature in the past. Indeed, constitutional mechanisms have been established since World War II; and they play a pivotal role in the realization of human rights and freedoms.

1.1.3.6. Constitutional Mechanisms and Instruments Devoted to the Protection of Human Rights

The administration's involvement in various issues, the complex nature of legislation, and the deficiency of judiciary reform and other inspection mechanisms in addition to changing expectations, conditions, and needs of society have encouraged society to seek new ways of preserving and pursuing their rights and freedoms.⁴⁷ Therefore, constitutional control mechanisms were created, such as, constitutional court and the office of ombudsman.

1.1.3.6.1. Constitutional Court

A constitutional court is the highest judicial authority that deals primarily with the review of constitutionality of acts of parliament and allegations of infringement of individuals' rights and freedoms. It is quite difficult to imagine the sanction power of a constitution without a constitutional court which is a guardian of constitution. Indeed, the primary duty of a constitutional court has not changed since 1919 (the first constitution, Austrian Constitutional Court): to review the constitutionality of norms (abstract and concrete review of norms). These methods of review are a legal procedure brought before the constitutional court.

a) Abstract Review of Norms: The constitution can empower certain people or organs with the right to file an annulment action to review the

⁴⁴ Kılınç, B., Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği. *Anayasa Yargısı*, 25, 2008, pp. 19-20

⁴⁵ Gülsoy, M. T., *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, pp. 80-90

⁴⁶ Sweet, A. S., Politics of Constitutional Review of Legislation in France and Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1), 2007, p. 85

⁴⁷ Efe, H., Demirci, M., The Concept of the Ombudsman and Expectations from the Ombudsman Institution in Turkey. *Sayıştay Dergisi*, 90, 2013, p. 49

constitutionality of an act of parliament and decrees having the force of law. The president, parliamentary groups of ruling party or parties, main opposition party or a certain number of members of parliament have a right to apply for an annulment action. Annulment action is used in a great number of European Countries, such as, Germany, Austria, Armenia, Belarus, Croatia, Poland and Latvia, in the same manner, except for small differences. For instance, the right to make an application for annulment action belongs to 50 parliamentarians in Spain, 110 parliamentarians in Turkey; to Prime Ministers in Germany, France and Spain; to a minimum of one-third of the total number of the parliament in Germany and Austria. The time limit for the action is 30 days in Italy, 3 months in Spain, and there was not any time limit set in Germany and Austria.⁴⁸

b) Concrete Review of Norms: As for the concrete review of norms, if an ordinary court has a doubt as to whether an act of parliament applicable in a concrete case violates the constitution, the courts or plaintiff brings a preliminary question before the constitutional court. However, in the remedy of *actio popularis*, every person has a right to take action against an act of parliament without needing to *prove* that complainant is directly and currently affected by the provision. This legal remedy, applying in Croatia, Georgia, Chile, Malta and Peru is quite effective.⁴⁹ These remedies give an opportunity to certain people, the State's organs or individuals affecting to seek the annulment of law which is against constitutionally protected human rights.⁵⁰

c) Constitutional Complaint: It can be argued that the peak of the level of developments in the context of protecting human rights by constitutional jurisdiction is the right to individual application/constitutional complaint. The point attained at present in human rights protection allows individuals to bring their complaints before constitutional courts by alleging that their rights and freedoms are violated by state authorities.⁵¹

d) Quasi Actio Popularis: Another institution '*Quasi actio popularis*', exists in Greece. It can be described as a remedy taking place between 'abstract *actio popularis*' and 'constitutional complaint'. The standing rules of the institution are more restrictive than constitutional complaint and *actio popularis*, since the applicant has to prove that he has a certain legal interest in

⁴⁸ Gozler, 2011, pp. 749-750

⁴⁹ Council of Europe Venice Commission CDL-JU (2010)018rev, 2010, pp. 17-21

⁵⁰ Bilgin, A., Genel ve Türk Hukuk Tarihi Yönünden İnsan Haklarının Analizi. *Yeni Türkiye Dergisi*. 2003, pp. 30-35

⁵¹ Atasoy, H., Constitutional Complaint in Turkish Law. *TAAD*, 3 (9), 2012, pp. 71-72

the annulment of the norm, but he does not need to be affected. In other words, his rights, legal interest or legal position are interfered by the legal provision.⁵²

1.1.3.6.2. Ombudsman Institution

In parallel with social change and development, the institution of ombudsman was established in many countries to improve human rights, inspect bureaucracy, investigate complaints and to draw government agencies' and the public's attention to the inconvenience of bureaucracy. Generally, an ombudsman is elected by Parliament, and no one is allowed to give any orders, recommendations or suggestions to him.⁵³

In spite of the fact that an ombudsman has no power to impose sanctions, the ombudsman, who is a kind of neutral mediator between state and individuals listens, examines research and investigates complaints, and announces the result of the investigation to the public.⁵⁴ Reif emphasises the importance of the ombudsperson in building good governance in a state that the institution can improve/advance the legitimacy and fairness of government administration, and thus, increase government accountability. Also, it can act as a mechanism for the domestic exercising of the international human rights duties and obligations of the state, and help strengthen the protection of human rights.⁵⁵

CONCLUSION

The goal of this work has been to assess to some degree the development process and the current position of human rights in the constitutional context in various countries and systems. To be able to afford adequate protection to human rights and prevent the human rights abuses, regulating them under constitution is one of the most effective measure. Moreover, having a rigid and written constitution is one of the most significant way to strengthen human rights.

Nevertheless, as is seen from the some democratic and liberal countries which have not a written or rigid constitution, human rights could have a better protection in this countries than others.

The basic components of ensuring democratic and liberal system without a written or rigid constitution in these countries are the recognition of separation

⁵² Council of Europe Venice Commission CDL-JU (2010)018rev, 2010, p. 21

⁵³ Fendoglu, H. T., Public Auditorship (Ombudsmanship) and Right to Constitutional Complaint to the Constitutional Court. *Ankara Bar Review*, 4, 2013, pp. 23-24

⁵⁴ Efe and Demirci, 2013, p. 50

⁵⁵ Reif, L. C., Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection. *Harvard Human Rights Law Journal*, 13, 2000, p. 2

of powers, judicial review of executive acts, constitutional review of legislative acts and the independence of the judiciary. However, the inclusion of all these components is not the only qualifier to make a constitution democratic and liberal. In this regard, the constitution should include a number of remedies such as Abstract and Concrete Review of Norms, the institution of Ombudsman, constitutional complaint, Quasi Actio Popularis, and make these remedies accessible to protect the human rights and freedoms.⁵⁶

⁵⁶ Köküarı, 2011, p. 164

BIBLIOGRAPHY

1. Adler, J., 2011. 8th ed., *Constitutional and Administrative Law*. Hampshire: Palgrave Macmillan.
2. Al-Ali, Z., 2013. *Egypt's Third Constitution in Three Years: A Critical Analysis*. [Online]. (s.l.): International IDEA. Available at: <http://www.idea.int/wana/egypts-third-constitution-in-three-years-a-critical-analysis.cfm>. [Accessed 18th August 2014].
3. Andrade, G. F., 2001. Comparative Constitutional Law: Judicial Review. *Journal of Constitutional Law*, 3(3), pp. 977-989.
4. Atasoy, H., 2012. Constitutional Complaint in Turkish Law. *TAAD*, 3 (9), pp. 71-98.
5. Barendt, E., 1998. *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
6. Benz, A., 2013. Balancing Rigidity and Flexibility: Constitutional Dynamics in Federal Systems. *West European Politics*, 36 (4), pp. 726-749.
7. Bilgin, A., 2003. Genel ve Türk Hukuk Tarihi Yönünden İnsan Haklarının Analizi. *Yeni Türkiye Dergisi*.
8. Bradley, A. W. and Ewing, K. D., 2011. *Constitutional and Administrative Law*. 15th ed. Harlow: Longman.
9. Chrimes, S.B., 1953. *English Constitutional History*. London: Oxford University Press.
10. Council of Europe Venice Commission, Draft Study on Individual Access to Constitutional Justice, CDL-JU (2010)018rev, 11 October 2010
11. Cranston, M., 1973. *What are Human Rights?* London: The Bodley Head.
12. Efe, H., Demirci, M., 2013. The Concept of the Ombudsman and Expectations from the Ombudsman Institution in Turkey. *Sayıştay Dergisi*, 90, pp. 49-72.
13. Elster, J., 1995. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, 45 (2), pp. 364-396.
14. Fendoglu, H. T., 2013. Public Auditorship (Ombudsmanship) and Right to Constitutional Complaint to the Constitutional Court. *Ankara Bar Review*, 4, pp.23-49.
15. Ferreres-Comella, V., 2000. A defence of Constitutional Rigidity. *Analisi e Diritto*. pp.45-68.
16. Gozler, K., 2011. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt II [The General Theory of Constitutional Law] Volume II*. Bursa: Ekin Yayınevi.
17. Gülsoy, M. T., 2007. *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
18. Kilinc, B., 2008. Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği. *Anayasa Yargısı*, 25, pp. 19-59.
19. Köküsarı, İ., 2011. Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişikliği. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, pp. 163-208.

20. Montesquieu, 1748. *The Spirit of Laws [De l'Esprit des Lois]*. Translated from the French by Thomas Nugent. Botache Books: Kitchener
21. Murati, G., n.d.. *The Independence of the Judiciary and Its Role in the Protection of Human Rights under UN Administration Using the Case of Kosovo*. [Online]. Available at: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Murati_0.PDF. [Accessed 18th August 2014].
22. Keith, L. C., 2002. Judicial Independence and Human Rights Protection around the World. *Judicature*, 85 (4), pp. 195-200.
23. *Marbury v. Madison* [1803] 5 US 137.
24. Ozbudun, E., 2005. *Anayasa Hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını.
25. Parpworth, N., 2012. 7th ed., *Constitutional and Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.
26. Perry, M. J., 1998. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press.
27. Rasch, B. E., 2008. Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures. *ECPR Joint Sessions of Workshops*, pp. 1-45.
28. Rathbone, M., 2014. *The Human Rights Act: a Magna Carta for the twenty-first century?*. [Online]. (s.l.): Political Studies Association. Available at: <http://magnacarta800th.com/wp-content/uploads/2014/05/Rathbone-Essay-Human-Rights-Act-and-Magna-Carta.pdf>. [Accessed: 19th August 2014].
29. Reif, L. C., 2000. Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection. *Harvard Human Rights Law Journal*, 13, pp. 1-70.
30. Schor, M., 2008. Judicial Review and American Constitutional Exceptionalism. *Osgoode Hall Law Journal*, 46, pp. 535-563.
31. Singh, T. B., 1996. Principle of Separation of Powers and Concentration of Authority. *Judicial Training and Research Institute Journal*, 4&5, pp. 1-11.
32. Sweet, A. S., 2007. Politics of Constitutional Review of Legislation in France and Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (1), pp. 69-92.
33. Tanchev, E., n.d.. *Constitutional Control in Comparative and Bulgarian Prospective*. [Online]. Available at: http://www.venice.coe.int/wccj/Papers/BUL_Tanchev_E.pdf. [Accessed: 22nd August 2014].
34. The United Nations Charter, 1945
35. The World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, 1993.
36. Uygun, O., 2000. *İnsan Hakları Kuramı*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
37. Whittington, K. E., 2013. The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States. *University of Illinois Law Review*, 5, pp. 101-124.

OSMANLI'DA YASAMA YETKİSİNİN DÖNÜŞÜMÜ*

*Arş. Gör. Abdulkadir YILDIZ***

ÖZET

Osmanlı Devleti'nde egemenliğin yasama erki özelindeki dönüşümünü sadece Tanzimat ve Meşrutiyet dönemleriyle sınırlamak mümkün olmamakla birlikte, temel dönüşüm noktaları olarak bu dönemleri görmek mümkündür. Osmanlı- Türk modernleşmesi ve dolayısıyla Batılılaşma hareketleriyle paralel seyreden egemenliğin dönüşümü olgusu, Osmanlı devlet sisteminde yasalar ve bu yasaların ortaya çıkışı açısından kurumsal bir değişimi de beraberinde getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yasama Yetkisi, Tanzimat, Meşrutiyet, Modernleşme.

ABSTRACT

While restraining the transformation of sovereignty in terms of legislation power in Ottoman Empire not only by Tanzimat and Meşrutiyet period but these periods could be seen as basic transformation points. The transformation of sovereignty which follows a parallel also with Ottoman- Turk modernization and becoming westernized movements, leads to institutional change in terms of laws and source of the law in the Ottoman governmental system.

Keywords: The Legislation Power, Tanzimat, Meşrutiyet, Modernization.

* Bu makale, Kanun-ı Esasi'de Yasama Yetkisi adlı yüksek lisans tezimizden istifade edilerek hazırlanmıştır.

** Araştırma Görevlisi Dr., Kırıkkale Üniversitesi, İİBF, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD.

GİRİŞ

Osmanlı'da temel olarak Tanzimat ile başlayıp Cumhuriyet'le birlikte had safhaya ulaşan Batılılaşma, benimsenmek istenen yeni devlet ve millet olgusunun hukuki dayanaklarının, genel olarak Kara Avrupa'sı hukukunun ve özelde Fransız etkisinin, Osmanlı bürokrat ve devlet adamlarınca benimsenilmesi çabasını içermektedir.

Osmanlı devlet ve millet olgusunun dönüşümünü her ne kadar Tanzimat ve Meşrutiyet dönemleri ile sınırlamak eksik bir saptama olacaksa da, temel dönüm noktalarının Batılılaşmaya paralel olarak bu dönemlerde görülmesi gerekir. Tanzimat'a kadar olan dönemi Osmanlı klasik dönem olarak nitelediğimiz takdirde, Tanzimat ile birlikte yapılan yasama faaliyeti ve yasaların uygulanması açısından oluşturulan yeni kurumsal yapı, bahsedilen Osmanlı klasik döneminden farklı bir sistemi beraberinde getirmiştir. Daha sonraki Meşrutiyet süreci ise anayasalı ve kısıtlı, bu arada seçilerek gelen mebuslarla meşrutî monarşiye geçişi sağlamıştır.

Çalışmamızda Osmanlı'da Tanzimat ve Meşrutiyet ile yaşanan dönüşüm sürecinin, yasama yetkisi açısından Osmanlı klasik dönemine göre farklılaştığı noktalar incelenecektir. Padişahın genel olarak sınırlanması eğilimi Meşrutiyet ile birlikte, yasama yetkisi açısından padişaha ortak bir mekanizma öngörecektir. Bu mekanizma içerisinde meclis, her ne kadar istediği hususları yasalaştırıyorsa da, istemediği hususların yasalaşmasına engel olabilecek bir konumdadır.

1. OSMANLI KLASİK DÖNEMİNDE YASAMA YETKİSİ

1.1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti bir İslam devleti olarak, hukukunu esas itibarıyla İslam hukukuna göre temellendirmiştir¹. Bu, İslam dininin hayatı bütüncül olarak kapsayan Fıkıh alanının yalnızca itikat ve ibadet alanıyla sınırlı olmayıp hukuki yapının da nasıl olması gerektiği hususlarını içermesinden ileri gelmektedir. Şu halde İslam- Osmanlı hukukunda vicdani hususlar olması gerektiği şeklinde dini hayat ile toplumsal hayatı ilgilendiren hukuk arasında bir ayırım olmayıp İslam fikhinin hayatı bütüncül olarak kapsamı söz konusu olmuştur. Bu manada Hanefi Fıkhi'nin benimsendiği Osmanlı'da, hukuksal yapı da buna göre oluşturulmuştur.

1.2. Yasama Faaliyetinin Çerçevesi

İslam'da devlet sınırlıdır², bu anlamda devletin yasama faaliyeti açısından da mutlak bir yetkisinden bahsedilemez. Yasama yetkisini kullanmak açısından Os-

¹ Abdulkadir Yıldız, Kanun-ı Esasi'de Yasama Yetkisi, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.10.

² M. Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, İstanbul; Beta Yayınları, 2009, s.121–125.

manlı'da Tanzimat'a kadar olan süreçte padişahın tek başına yetkili olduğunu söyleyebiliriz. Fakat padişahın tek başına yetkili olması, padişahın dilediği konuyu dilediği şekilde düzenleyeceği anlamına gelmemektedir. Şentop bunu Avrupa ile kıyaslayarak yasama yetkisinin krallar bakımından serbest ve keyfi mahiyet arz etmesine rağmen Osmanlı'da yasama faaliyeti birçok mekanizma ile kısıtlandığı şeklinde ifade etmiştir³. Zaten bu sebepten dolayı Osmanlı'nın meşrutiyet öncesi devlet şeklinin mutlak monarşi olarak verilmesi yanlış olmaktadır.

İslam hukukunda yasama anlamındaki teşri terimi yeni baştan bir hukuk kuralı yapmak ile mevcut hukuki hükümlerin normatif hukuk kuralı halinde yeniden ortaya konmasını ifade etmektedir⁴. Bu anlamda Osmanlı Devleti'nde yasama faaliyeti, nasslarda açık bir hüküm bulunması halinde bunun normatif kural haline dönüştürülmesi, nasslarda açık hüküm bulunmayan hallerde içtihadi görüşlerden birinin tercih edilmesi ve içtihadi bir tercihin de mümkün olmaması halinde İslam hukukunun temel ilkelerine aykırı olmayan bir hukuk normunun benimsenmesini ifade etmektedir⁵. Osmanlı Devleti'nin kanun, kanunname, ferman şeklinde yaptığı düzenlemeler İslam hukukunun anayasa, idare ve mali alanlara ilişkin olarak zaman ve şartlara göre düzenlenmesine imkân tanıyan yani *nass* olmayan alanlara ilişkin düzenlemeleri içermektedir⁶. Bu açıdan şer'i hukuk ile örfi hukuk ayrımı bir anlamda şekli bir anlam ifade etmektedir. Çünkü bu yasama faaliyeti *Kuran, Sünnet, İcma ve Kıyas* olarak belirtilen şer'i hukukunun klasik kaynakları ile çatışmayan alanın düzenlenmesi olarak ifade edilecek örfi hukuka şeriatın verdiği müsaadeden kaynaklanmaktadır. Zaten Osmanlı'da yukarıda anıldığı şekilde kanunname veya ferman şeklindeki düzenlemeler ya İslam hukukunun bizatihi emrettiği hususların devlet aygıtınca yeniden ilanı veya zamanın şartlarına göre düzenlenmesine imkân tanıyan alanın yasalaştırılması olarak ortaya çıktığından hukukun bütününe İslam hukuku olarak adlandırmak isabetli olacaktır⁷.

1.3. Yasama Faaliyetinin Usulü

İslam hukukunda yasamanın kaynağı Allah ve Hz. Peygamber'dir. Zaten bu anlamda yukarıda nasrlara ilişkin açıklamalarımızda Kitap ve Sünnet olarak İslam

³ Mustafa Şentop, "Osmanlı Ceza Hukukunda Genellik İlkesi Bağlamında Suç-İnanç (Din) İlişkisi", *Dinsel ve Kültürel Farklılıkların Bir arada Yaşanması: İstanbul Tecrübesi*, İstanbul; ss.1-9, 15-17 Nisan 2010, s.4.

⁴ Muammer Vural, "Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S.36, ss.177-200, 2011, s.182.

⁵ Vural, s.183.

⁶ Yıldız, s.9.

⁷ Yıldız, s.10.

hukukunun asli kaynaklarını ifade etmiştik. Bunun ötesinde bu kaynakların kanun olarak vazedilmesi ise kamu otoritesinde, devlet başkanının yetkisindedir⁸.

Osmanlı Devleti'nde kanunların ortaya çıkışında nişancının asli bir konumu vardır. Buna göre kanun olarak düzenlenecek bir husus ferman veya berat olarak düzenlendikten sonra veziriazam tarafından onaylanarak yürürlüğe girerken; önemli kanunlar bizzat padişahın hatt-ı hümayunu ile yürürlüğe girmektedir⁹. Yine yasama faaliyetinin icrasında Divan-ı Hümayun'un konumu yadsınamaz. Meşveret prensibinin İslam hukukunda temel konumda bulunmasının sonucu olarak Kanun-ı Esasi öncesinde Osmanlı Devleti'nde meclisler önemli bir işlev görmüşlerdir¹⁰.

2. OSMANLI'DA YASAMA YETKİSİNİN DÖNÜŞMESİ

Osmanlı Devleti'nde yasama yetkisindeki farklılaşmayı Tanzimat süreci ve sonrasında Meşrutiyet olarak belirlemek mümkündür. Tanzimat dönemi devlet şekli bağlamında bir değişiklik olarak ortaya çıkmamasına rağmen meşrutiyet yönetime gidişi göstermektedir. Meşrutiyet ise ferman tipi anayasa yani Kanun-ı Esasi ile padişahın anayasal olarak sınırlanması ve devlet şeklindeki değişikliklerle paralel olarak yasama yetkisinin kullanılmasında da esaslı bir dönüşümü sağlamıştır.

2.1. Tanzimat Dönemi'nde Yasama

Tanzimat'ı Osmanlı hukuk ve kurumsal yapısının değiştiği bir dönem olarak görmek mümkündür¹¹. Divan-ı Hümayun'un yerine kurulan Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye Tanzimat'la birlikte kanunların hazırlanmasında asli konuma gelmiştir¹². Kurumsal bağlamda bahsettiğimiz şekilde bir değişiklik olmasına rağmen yasalaşma usulü bakımından padişahın statüsünde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Tanzimat döneminin en önemli özelliği olarak kanunlaştırmaları gösterebiliriz. Bu dönemde kabul edilen kanunların büyük bölümü batı kanunlarının tercüme mahiyetinde, Nizamiye Mahkemelerinin kuruluşu ile ortaya çıkan hukuk ikiliğine paralel bir seyirde gelişmiştir¹³.

⁸ Vural, s.194-195.

⁹ Halil İnalçık, "Kanun", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C.24, İstanbul; Türkiye Diyanet Vakfı, 2001, s.326.

¹⁰ Mehmet Seyitdanlıoğlu, "Divan-ı Hümayun'dan Meclis-i Mebusan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama", Ed: Halil İnalçık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, **Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, Ankara; Phoenix Yayınevi, ss. 273-283, 2006, s.273.

¹¹ Yıldız, s.15.

¹² Mehmet Seyitdanlıoğlu, **Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala (1838-1868)**, Ankara; Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1994, s.15.

¹³ Yıldız, s.25.

2.2. Kanun-ı Esasi'de Yasama

Kanun-ı Esasi çift başlı bir yasama öngörmüştür. Buna göre Meclis-i Ayan padişahın seçtiği üyelerden, Meclis-i Mebusan ise milletin seçtiği üyelerden oluşmaktadır. Kanun-ı Esasi ile birlikte yasama yetkisi Meclis-i Umumi ve padişah arasında parlamenter rejimin genel ilkeleriyle bağdaşacak şekilde paylaştırılmıştır.

2.2.1. 1909 Değişiklikleri Öncesi

Parlamenter rejimin işleyişine paralel olarak yasa yapımı süreci Heyet-i Vükela'nın gönderdiği yasa tekliflerini Meclis-i Mebusan'ın görüşmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Genel Kurul öneriyi kabul ederse teklif Şura-yı Devlet'e gönderilmek üzere Sadrazamlığa gönderilirdi¹⁴. Şura-yı Devlet'te düzenlenen kanun layihası Meclis-i Mebusan'da tekrar oylanarak kabul edildiği takdirde Meclis-i Ayan'a gönderilirdi¹⁵. Heyet-i Ayan ise gelen tasarıları padişahın hakları, Kanun-ı Esasi hükümleri, ülke bütünlüğü ve güvenliği ile genel ahlaka uygunluk açısından denetledikten sonra kabul, ret veya değiştirilmesi için Mebusan'a iade yetkilerine sahiptir (m.64)¹⁶. Meclis-i Ayan'ın reddettiği bir kanun tasarısı o senenin toplantı süresi içinde yeniden görüşmeye açılmazdı (m.54). Arsel, bunu Meclis-i Ayan'a tanınmış mutlak veto yetkisi olarak belirtmiştir¹⁷. Meclis-i Umumi'nin kabul ettiği bir tasarı padişahın onayıyla yasalasmaktadır.

Yasamayla alakalı olarak Kanun-ı Esasi'de düzenlenen bir diğer husus kanun-ı muvakkatlerdir. Buna göre Meclis-i Umumi'nin toplantı halinde olmadığı ve hemen toplanmasının mümkün olmadığı durumda devleti ve genel güvenliği tehlikeye sokan bir halin zuhuru halinde Heyet-i Vükela'nın çıkaracağı kararlar, Meclis-i Umumi'nin bu konudaki kararına kadar kanun hükmünde olacaktır (m.36)¹⁸.

2.2.2. 1909 Değişiklikleri Sonrası

1909 değişiklikleri sonrasında yasama usulünde bazı değişiklikler olmuştur. Buna göre kanun teklifi için gereken padişahın izni, tasarıların ilk olarak Şura-yı Devlet'te görüşülmesi, padişahın mutlak veto yetkisi değiştirilmiştir. Dolayısıyla artık Meclis-i Mebusan kendi çalışma alanı ve mali konular dışında da dilediği alanda yasa teklifi getirebilecek ve padişahın gönderdiği bir tasarı üçte iki çoğunlukla yeniden kabul edildiği takdirde padişah kanunu tasdik etmek zorundadır¹⁹.

¹⁴ İlhan Arsel, "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Tecrübesi", AÜHF, C.10, S.1-4, ss.194-211, 1953, s.195-196.

¹⁵ Yıldız, s.38.

¹⁶ Yıldız, s.40.

¹⁷ Arsel, s.196.

¹⁸ Yıldız, s.41.

¹⁹ Şükrü KARATEPE, Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme, İstanbul; İz Yayıncılık, 1993, s.121.

1909 değişiklikleri ile Meclis-i Mebusan'ın feshedilmesine önemli sınırlamalar getirilmiştir. Bu açıdan yasama ve yürütme dengesinin parlamenter rejimin doğasıyla bağdaşır bir şekle bürünmesi hedeflenmiştir. Yasama faaliyetinin icrası ve meclisin feshinin güçleştirilmesi yasama yetkisi bağlamında padişaha göre meclislerin ön plana çıkması şeklinde görünse de aslında güç dengelerinin bir sonucu olarak İttihat ve Terakki yönetiminin ayak sesleri olarak görülebilir. Dolayısıyla teorik olara demokratik adımlar ve millet egemenliği olarak görülen birçok durum İttihat ve Terakki'nin egemenliğine dönüşecek ve millet iradesi hükümete yansımacaktır.

SONUÇ

Osmanlı Devleti bulunduğu coğrafya, etnik, dini ve benzeri açılardan farklılıkların olabildiğince yoğun olduğu, merkezi ve fakat işlevsel bir yapı ortaya koymuştur. Bu açıdan Osmanlı Devleti'nin hukuksal yapısı ve bu yapıda yasama işlevi önem arz etmektedir.

Yasama faaliyetinde klasik dönemde ana aktör padişaktır. Padişahın yetkisinin ise sınırlı olduğunu söylemeliyiz. Yani Şeriatın belirttiği hususlara muhalif düzenlemeler meşru olmayacaktır. Şeriatın belirttiği hususlar ayrıca kanun olarak düzenlenebilir ya da açıkça belirtilmeyen hususlarda yani yasama faaliyetinin zamanın şartlarına, ihtiyaca ve kamu yararına ilişkin imkân tanınan alanlarda icra edilebilirdi. Bunun yanında kanun-ı kadim fethedilen bölgelerin yerel hukukunun İslam ile çatışmadığı durumlarda yürürlüğünün devam etmesini ifade etmektedir. Padişahın yasama faaliyetinde genel aktör olması Tanzimat'a kadar olan süreçte Divan'ın etkisini ortadan kaldırmamış, şura prensibinin de sonucu olarak yasama yetkisinde Divan önemli bir konumda yer almıştır.

Tanzimat döneminde ise Divan-ı Hümayun'un yerini Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye almıştır. Dolayısıyla Tanzimat dönemi açısından padişahın yasadaki konumunda herhangi bir değişiklik olmamış şura kurumu bakımından isimsel bir değişiklik olmuştur. Bunda Tanzimat'ın kurumsal yenilik rüzgârının etkisi belirleyici olmuştur.

Kanun-ı Esasi ise Osmanlı devlet şeklini büyük ölçüde parlamenter rejime dönüştürmüştür. Meclis- i Umumi çağdaş anlamda bir meclis olarak yasamada asli bir konumu işgal etmektedir. Özellikle 1909 değişiklikleri her ne kadar İttihat- Terakki etkisi sebebiyle uygulama kabiliyeti bulamayacak olsa bile, teorik olarak parlamenter rejimin tüm mekanizmalarını oluşturmuştur.

Dolayısıyla Osmanlı'da yasama yetkisi klasik dönem padişahın tek başına görüldüğü ve fakat Divan ile desteklenen şura örgüsünden modernleşme veya batılılaşma ile paralel olarak meclisin ortaya çıkması ve yasamada etkili hale gelmesi yönünde bir evrim geçirmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken Osmanlı

Devleti'ni Meşrutiyet öncesinde tamamıyla mutlak monarşi olarak niteleyerek kanunlaştırmanın da padişahın iki dudağı arasında olduğu yanlışlığı ile Meşrutiyet ile tam olarak demokratik bir hale dönüştüğü savlarıdır. Meclis geleneği Osmanlı'da yukarıda bahsedildiği şekilde tamamıyla yabancı olunan bir kurum değildir ve fakat modern anlamdaki kurumsal yerini alması Meşrutiyet ile birlikte.

Belirtmek istediğimiz önemli bir diğer nokta padişahın veya yürütmenin etkililiği yalnızca Osmanlı veya monarşilerle izah edilecek bir durum değildir. Devletin politikasını yürüten hükümetin tüm devlet şekillerinde yasama faaliyeti bağlamında etkin olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla padişahın veya Heyet-i Vükelanın kanun yapıcılığında Meclis'i Umumi'den daha etkili bir konumda bulunmasını sırf bu sebepten eleştirmek makul görünmemektedir. Bugün Türkiye açısından bakıldığında kanun yapımında Bakanlar Kurulu tarafından verilen kanun tasarılarının, milletvekilleri tarafından verilen kanun tekliflerine oranla belirgin bir farkta olduğunu söylemek mümkündür. Bu yalnızca Osmanlı- Türk devlet geleneğiyle açıklanacak bir husus değil, bahsetmiş olduğumuz yürütmenin hükümet etmekte olmasından ileri gelmektedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ**, Ahmet, "Osmanlı Hukuku'nda Şer'i Hukuk- Örfe Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", *İslami Araştırmalar Dergisi*, C.12, S.2, 1999
- ARSEL**, İlhan "Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinde Çift Meclis Tecrübesi", *AÜHFD*, C.10, S.1-4, ss.194-211, 1953
- AYDIN**, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 7. Baskı, İstanbul; Beta Yayınları, 2009
- CİN**, Halil ve **AKGÜNDÜZ**, Ahmet, **Türk Hukuk Tarihi**, 1. Cilt, 3. Baskı, İstanbul; Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1995
- GÜNEŞ**, İhsan, **Türk Parlamento Tarihi Birinci ve İkinci Meşrutiyet**, I. Cilt, Ankara; TBMM Yayınları
- İNALCIK**, Halil, "Kanun", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, C.24, İstanbul; Türkiye Diyanet Vakfı, 2001
- KARATEPE**, Şükrü, **Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme**, İstanbul; İz Yayıncılık, 1993
- SEYİTDANLIOĞLU**, Mehmet, "Divan-ı Hümayun'dan Meclis-i Mebusan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama", Ed: Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, **Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu**, Ankara; Phoenix Yayınevi, ss. 273-283, 2006
- SEYİTDANLIOĞLU**, Mehmet, **Tanzimat Devrinde Meclis-i Vela (1838-1868)**, Ankara; Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1994
- ŞENTOP**, Mustafa, "Osmanlı Ceza Hukukunda Genellik İlkesi Bağlamında Suç-İnanç (Din) İlişkisi", *Dinsel ve Kültürel Farklılıkların Bir arada Yaşanması: İstanbul Tecrübesi*, İstanbul; ss.1-9, 15-17 Nisan 2010
- TANÖR**, Bülent, **Türkiye'de Kongre İktidarları: 1918-1920**, 3. Baskı, İstanbul; YKY, 2009
- VURAL**, Muammer, "Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S.36, ss.177-200, 2011
- YILDIZ**, Abdulkadir, Kanun-ı Esasi'de Yasama Yetkisi, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2010