ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.



67

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 67 2021/2
ISSN: 1011-730X
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Abdulhamit GÜL
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hasan YILMAZ
(Bakan Yardımcısı)

Editör
Murat EROL

Yayın Koordinatörü
Anıl İbrahim BAKIRCI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇIRAK/Anıl İbrahim BAKIRCI

Dijital Koordinatör: Mahmut CESUR
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU
Web Tasarım: Kaan KORKMAZ / Murat YILMAZ
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/Özlem İNALKAÇ

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: dergiadalet@gmail.com / adaletdergisi@adalet.gov.tr
www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
Kasım 2021 ANKARA

EMSAL MATBAA TANITIM
Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti.
Bahçekapı Mah. 2477. Cad. No:6 Etimesgut/Ankara
Tel: +90 312 278 82 00 - Faks: +90 312 278 82 30
Etimesgut V.D. : 3340992742
Sertifika No: 46753

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof.Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof.Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Istanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Prof.Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Prof.Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Prof.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Berat DUMAN
Personel Genel Müdürlüğü
Tetkik Hâkimi

Dr.Öğretim Üyesi Cem Duran UZUN
Çankaya Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

66. SAYI HAKEM KURULU

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Burak GEMALMAZ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cengiz GÜL	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pınar AKAN	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cavit ABDULLAHZADE	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	Yargıtay Cumhuriyet Savcısı
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TÜMAY	İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Doç. Dr. Ş. Barış Özçelik	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fahri Erdem KAŞAK	Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fethullah BAYRAKTAR	ASBÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ÇATLI	ASBÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Muammer KETİZMEN	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Muhterem Dilbirliği	Polis Akademisi Güvenlik Birimleri Enstitüsü
Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ	AYBÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğretim Üyesi Kevser Begüm İSBİR	Polis Akademisi Güvenlik Birimleri Enstitüsü
Dr.Öğr.Üyesi Hasan Sayim VURAL	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Dr.Öğr.Üyesi Sezercan BEKTAŞ	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Davut ÖZYURT	Avukat
Dr. Süleyman ÖZAR	Adalet Bakanlığı Mevzuat Gn. Md.lüğü Genel Müdür Yardımcısı

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

15-27 • **Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI - Av. Kübra Nur AKÇA /** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Sözlü Yargılama Hükmünün Adil Yargılanma Hakkı ile Olan Rabıtası
The Relationship between the Oral Trial Provision in the Code of Civil Procedure No. 6100 and the Right to a Fair Trial

29-75 • **Doç. Dr. Emete GÖZÜGÜZELLİ** / Uluslararası Hukuk ve Maraş (Varoşa) Vakıfları
International Law and Maraş (Varosha) Vaqfs

77-104 • **Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ**/ Alternatives to Prosecution in Turkish Criminal Procedure Law
Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler

105-150 • **Dr. Hacı Ali AÇIKGÜL**/ Rights of Migrants From Islamic and Human Rights Perspective
İnsan Hakları ve İslami Perspektiften Göçmenlerin Hakları

151-162 • **Dr. Hayrettin KURT** / Erişim Engelleme'de Demokratik Toplum ya da Kamu Düzenine Eleştirel Bir Bakış
A Crıtıcal Look at Democratic Society or Public Order in Deny of Access

163-203 • **Dr. Davut ÖZYURT - Dr. Öğrt. Üyesi Abdülkadir SAKA/** Türk Anayasalarına Hükûmet Sistemleri Perspektifinden Bir Bakış
An Evaluatıon of Turkısh Constitutions from the Aspect of Government Systems

205-237 • **Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR** / Şüpheli Ve Sanığın Dış Beden Muayenesi Ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar
Controversial Issues Regardıng The Implementatıon of the Measures of External Body Examınatıon and Takıng Body Sample for Suspects And Defendants

239-262 • **Arş.Gör. Mehmet Zahid YENER** / Sosyal Medya Paylaşımlarının Boşanma Davasına Etkisi
The Effects of Social Medıa Posts on the Divorce Case

263-296 • **Arş. Gör. Coşkun ÇALDAĞ**/ Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenme Biçimleri, Vasiyetçi İçin Özel Durumlar ve Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması
Organizing Conditions of the Official Will, Special Cases for Testator and Retrieval of the Official Will

297-323 • **Arş.Gör. Burak TAŞ**/ Düzenleyeni Tarafından Cirosu Yasaklanmış Kambiyo Senetlerinde Güveni Kötüye Kullanma Suçu
Official Misconduct at Bill of Exchange Which Has Been Forbidden to Endorse by Drawer

325-357 • **Nazım Taha KOÇAK**/ Tam Yargı Davalarında Zararın Hesaplanmasına İlişkin İlkeler
Principles Relating to the Calculation of Damages in Full Remedy Actions

359-378 • **Anıl İbrahim BAKIRCI** / Cumhuriyet Öncesi Türk Anayasa Hukuku Doktrininde Devletin Hukuki Kişiliği Sorunu: Celalettin Arif Bey Örneği
The Problem of the Legal Personality of the State in the Doctrine of Pre-Republican Turkish Constitutional Law: the Example of Celalettin Arif Bey

379-410 • **Orhan ÖZDEMİR** / 7242 Sayılı Kanun Sonrası Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları
Relocation to the Open Penal Execution Institutes of The Convicts in Accordance With The Law No 7242

411-443 • **Oğuzhan SAPAN** / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yargı Organları ve Yargı Çalışanlarına Yönelik Söylemlerde İfade Özgürlüğü
Freedem of Expression in the Lıght of the Decısıons of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court for the Judicial Power and Judicial Staff

445-487 • **Erdem ASIL** / Uluslararası Deniz Hukukuna Hakim Olan İlkeler Kapsamında Kitle İmha Silahlarının Yayılmasını Engellemeye Yönelik Tedbirlerin Değerlendirilmesi
Evaluation of Measures to Prevent the Proliferation of Weapons of Mass Destruction Under the Principles Governing the Law of the Sea

KİTAP DEĞERLENDİRME

491-504 • **Cemil Caca ARSLAN** / Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku Kitabının İncelenmesi
Eligibility Requirements for Unemployment Benefit

ARŞİVDEN

507-517 • **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir ANSAY** / Islah-Reform

519-549 • **Prof.Dr. Hüseyin Cahit OĞUZOĞLU** / Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmî Şahsiyet

551-561 **Etik Kurallaları ve Yayın Politikası**

563-567 **Yazım ve Atıf Kuralları**

ADALET DERGİSİ'NDEN

Adalet Dergisi'nin yeni bir sayısını daha dolu bir içerikle okurlarımızla buluşturmanın mutluluğunu taşıyoruz. Adalet Dergisi olarak önceliği nitelikli hukukî eserlerin yayımına verirken, diğer yandan da teorik çalışmaları, uygulayıcıların kaleme aldığı akademik metinler ile orantılı tutmaya çalışıyoruz. Bu ilke çerçevesinde yayımlanan her yazı, Adalet Bakanlığı'nın ve Adalet Dergisi'nin değil, bizzat yazarının eseridir. Bu yaklaşım genel akademik disiplinin gerektirdiği şekilde özgür bir üretim sahası da açmaktadır. Her yazarın eseri, bir akademik çaba ve görüş olmanın yanı sıra, Adalet Dergisi'nin sahip olduğu misyondan dolayı, hukuk uygulayıcıları için de farklı bir yaklaşım, özgün bir görüş değer ve anlamı taşımaktadır. Doğrudan hukuk uygulayıcılarına hitap eden bir yönü de bulunan Dergimiz, bu bağlamda teorik metinleri uygulayıcıların istifadesine de sunmaktadır.

Bu sayımızda yine birbirinde kıymetli isimler önemli konuları ele aldıkları makalelerle dergimizde yerlerini aldılar. Buna ilave olarak yeni bir bölüm daha açarak hukuk alanında bir hafıza siyaseti olarak ifade edilecek uygulamayı da başlattık. Bundan sonra her sayımızda 148 yıllık arşivden seçtiğimiz makalelere de dergimizde yer vermeye çabasında olacağız. Böylelikle bu metinlerin gün yüzüne çıkmasını katkı sağlarken, diğer yandan ise hukuk hafızamızın geçmiş kısmındaki eksikliklere dikkatleri çekeceğiz. Bu sayıda iki önemli ismin metnini seçerek yayımlıyoruz. İlk makale "Islah/Reform" başlığıyla Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'a (1888-1962) ait. Hukuk hayatımıza önemli katkılar sunmuş olan Ansay, hakimlik görevinin ardından 1926 yılında Adliye Vekâleti Hukuk İşleri Umum Müdürlüğüne atanmış ve akabinde üniversitede görev almıştır. İkinci makale ise, Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na (1906-1971) ait "Eski ve Yeni Telâkkilere Göre Hükmî Şahsiyet" başlıklı çalışma. Prof. Oğuzoğlu Cumhuriyet döneminde açılan ilk hukuk fakültesi olarak kayda geçen Ankara Adliye Hukuk Mektebinin ilk mezunudur zira "1 numaralı" diplomanın sahibi olmuş bir isimdir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığından sonra aynı üniversitenin rektörlüğünü de yapmıştır. Akademik olarak yine üretken bir isim olduğunu da belirtmek gerekiyor. Her iki makaleyi olduğu gibi alıntıladık, yazarların imla ve dil tercihlerine, hatta tashihlere dahi bakmadık; zira günümüz araştırmacının makale ile doğrudan muhatap olmasını amaçladık. Farklı isimlerin farklı konulardaki, gerek eski ve yeni Türkçe metinleri inleyip değerlendirmeye, dergimizde yeniden ilgililerin, araştırmacıların ve hukuk camiamızın dikkatine sunmaya devam edeceğiz.

Dergimizin internet sitesindeki zengin arşive bir kez daha dikkati çekmek istiyoruz. Ülkemizin devam eden en eski dergi niteliğini taşıyan Adalet Dergisi, akademik titizlik, estetik ve içerik zenginliği konusunda da ilk sıralarda olma hedefini sürdürecektir.

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN SÖZLÜ YARGILAMA HÜKMÜNÜN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE OLAN RABITASI

The Relationship between the Oral Trial Provision in the Code of Civil Procedure No. 6100 and the Right to a Fair Trial

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI[*]
Av. Kübra Nur AKÇA[**]

Özet: Bu çalışma, hukuk yargılamasının hükümden önceki son aşaması olan sözlü yargılama aşamasının; adil yargılanma hakkının alt başlığı olan hukuki dinlenilme hakkının tesisi bakımından son derece önemli olduğunu ancak uygulamada mahkemelerin sözlü yargılama aşamasına gerekli önemi vermediklerini ve yargılamanın bu aşamasını tamamen şekilden ibaret gördüklerini vurgulamak için hazırlanmıştır.

Adil yargılanma hakkı çatısı altındaki hukuki dinlenilme hakkının pozitif hukuktaki karşılığı olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesi; davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir.

Açıklamada bulunma hakkı, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağlar. Belirtilen hukuki dinlenilme hakkının tesisi için en önemli araç duruşma yapılmasıdır. Bu amaca hizmet etmesi için de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 186. maddesinde sözlü yargılama aşaması kaleme alınmıştır. Zira mahkemece sözlü yargılama aşamasında taraflar dinlendikten sonra hükmün oluşması söz konusu olacağı için hukuki dinlenilme hakkının somutlaştığı bir aşama olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ilkesi tahkikat, sözlü yargılama.

Abstract: In this study, the oral judgment phase; it has been prepared to emphasize that the right to be heard, which is the subtitle of the right to a fair trial, is extremely important in terms of establishing the right to be heard, but in practice, the courts do not give the necessary importance to the oral trial stage and they see this stage of the trial as purely form.

Article 27 of the Code of Civil Procedure No. 6100, which is the positive legal equivalent of the right to be heard under the umbrella of the right to a fair trial; The parties to the case, the intervenors and other relevant parties of the proceedings have the right to be heard legally in connection with their own rights, and this right includes the right to be informed about the trial, the right to explain and prove, the court's evaluation by taking into account the explanations, and the concrete and clear justification of the decisions.

The right to make a statement enables the parties to object to the claims and defenses in written or verbal form and to make a statement regarding the case. The most important tool for the establishment of the stated right to be heard is the hearing. In order to serve this purpose, the oral judgment phase is written in article 186 of the Code of Civil Procedure No. 6100.

Because, after hearing the parties at the oral trial stage by the court, the judgment will be formed, and there will be a stage in which the right to be heard becomes concrete.

Keywords: The right to a fair trial, the right to be heard, the principle of equality of arms, investigation, oral trial.

[*] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı Başkanı Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü, saygili@law.ankara.edu.tr , ORCID: 0000-0001-5285-3732

[**] Ankara Barosu, avkubranurakca@gmail.com , ORCID: 0000-0001-7932-3651

Makale Geliş Tarihi: 12.09.2021, Makale Kabul Tarihi: 07.11.2021

Giriş

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) medeni yargılama sürecini düzenlemekte, bu yüzden bazı hükümleri dışında kamu hukukunun ilgi alanına dahil olmamaktadır. Ancak söz konusu bazı hükümlerin adil yargılanma hakkıyla olan bağlantısı, insan haklarının özel hukuk alanında da uygulanacağını göstererek ilgi çekici hale gelir ve alanın ilgisine mazhar olur. Bu anlamda kanunun ilgi çekici maddelerinden en başta geleni 27'nci maddedir. Kanunun 27'inci maddesinin başlığı Hukuki Dinlenilme Hakkıdır ve bu hüküm özellikle 186. maddeyle de rabıtası olması açısından önemlidir. Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) önemli hükümlerinden birisi olan adil yargılanma hakkı sadece bölgesel bir sözleşmede yer almaz, Anayasanın 36'ncı maddesinde de açıkça düzenlenmiştir ve bu bağlamda medeni yargılamada da dikkate alınması gereken bir hak olarak karşımıza çıkar. Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan hukuki dinlenilme hakkına HMK'da ayrı bir maddede yer verilmesini; Sözleşmenin ve Anayasanın ilgili hükümlerinin (adil yargılanma hakkının) kanun düzeyinde somutlaşması şeklinde okumak gerekir. Bu bağlamda, medeni yargılamada sürecin her safhasında adil bir yargılanma yapılması hukuki bir gerekliliktir. Bu tahkikatın başlamasından sona erişine kadar ve sonrası için de geçerlidir. Bu yüzden, medeni yargı alanında yargılamanın her safhalarında bu hakkın dikkate alınması hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olmaktadır. Özellikle HMK'nın 186'ncı maddesi sözlü yargılamaya yer vermekte ve maalesef uygulamada sözlü yargılama sadece şekilden ibaret görülmekte, adil yargılanma hakkına (ve tabii ki hukuki dinlenilme hakkına) riayet edilmeden hüküm kurulmaktadır.

Oysa HMK'nın 27'inci maddesinde yer verilen hukuki dinlenilme hakkının uygulaması, en açık şekilde 186'ncı maddede görülecektir. Zira, sözlü yargılamada mahkeme iki tarafın sözlü açıklamalarını dinledikten sonra dava hakkındaki hükmünü vereceği için sözlü yargılama etkili bir savunma için son duraktır. Maddenin varlık sebebi, taraflara bütün bir yargılama sonucu yapılanları özetlemek gibi bir olanak sağlamak değildir, aksine silahlarındaki son mermileri kullanarak hükmü etkileme olanağını tanımaktır ki bu da hükmün şekli/biçimsel bir olanak olmadığının ispatıdır.

Bu makalede, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan hukuki dinlenilme hakkının yargılamanın en önemli safhası olan sözlü yargılamayla olan bağlantısı kurularak, bu hakkın Yargıtay kararlarında nasıl karşılık bulduğu incelenmeye çalışılacaktır. Bu sebeple, adil yargılama hakkı ayrıntılı olarak değil, sözlü yargılama açısından konuyu hatırlatacak düzeyde anlatılmış, hukuki dinlenilme hakkından ne anlaşılması gerektiğine değinilmiş ve Yargıtay kararlarıyla sözlü yargılamadaki önemi vurgulanmıştır. Temel kavramlar da aynı şekilde konu çerçevesinde özetlenerek irtibatlandırılmıştır.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Tahkikat

HMK madde 140/3'e göre, ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

"*Ön inceleme aşamasında, tarafların anlaşıp anlaşamadıkları konuları belirleyen ve hangi vakıaların uyuşmazlık konusu olduğunu tespit eden ve bunu tutanağa geçiren mahkemenin tahkikat aşamasında yapacağı faaliyet; uyuşmazlık konusu olayları incelemek, bunlar hakkında tarafların gösterdiği delilleri, ileride vereceği hükme esas almak üzere ispat hukuku kurallarına göre değerlendirmektir.*"[1] Esasında tahkikat aşaması tarafların iddia ve savunmalarının doğruluğunun, mahkeme tarafından incelenmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla da tahkikat yargılamanın "*en önemli ve zaman alıcı kısımlarından*"[2] biridir. "*Mahkeme tahkikat aşamasını ve özellikle delillerin değerlendirilmesini tarafların da davet edilip dinlenildiği duruşmalar şeklinde gerçekleştirir.*"[3]

B. Tahkikatın Sona Erdirilmesi

HMK'nın 184'üncü maddesine göre, Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder. Devamında HMK 186'ncı maddenin birinci fıkrasında ise şöyle bir hüküm getirmektedir: *Mahkeme bu şekilde tahkikatın bittiğini tefhim ettikten sonra aynı duruşmada sözlü yargılama aşamasına geçer. Bu halde, taraflardan birinin talebi üzerine duruşma, iki haftadan az olmamak üzere ertelenir.*

---

1 Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,* Cilt 3, Yetkin Yay., Ankara 2021, 4. Baskı, s. 3025.

2 Yılmaz, s. 3025.

3 Arslan Ramazan /Yılmaz Ejder/Ayvaz Taşpınar Sema/Hanağası Emel, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2021, 7. Baskı, s. 388.

C. Sözlü Yargılama

Yargılamanın hükümden önceki son aşaması, sözlü yargılama aşamasıdır. Ejder Yılmaz'a göre; "*sözlü yargılama aşamasını, tahkikatın bittiğinin bildirildiği duruşmada, duruşmada hazır bulunan taraflara verilen söz (m.184) ile karıştırmamak gerekir*."[4] Zira sözlü yargılamada mahkeme, taraflara son sözlerini sorar. Bunun üzerine her iki taraf, kendi iddia ve savunmalarının haklılığını ortaya koyacak şekilde son açıklamalarını yaparlar. Bu bağlamda, sözlü yargılama aşamasının yapılması ve taraflara son sözlerini söyleme olanağı verilmesi emredici hükümdür.[5] Bundan sonra, Mahkeme, Kanunun 186'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre; ancak iki tarafın sözlü açıklamalarını dinledikten sonra dava hakkındaki hükmünü kuracaktır. Aksi halde bir davranış emredici hükme aykırılık teşkil edecek ve hem bu hükmü hem de yargılamaya hâkim olan ilkeler bölümünde düzenlenen ve Kanunun 27'nci maddesi hükmüne (hukuki dinlenilme hakkına) aykırılık teşkil edecektir. "*Hangi yargılama usulü uygulanırsa uygulansın, tarafların yargılamada sözlü olarak görüş ve değerlendirmelerini ifade etmeleri, özel bir önem taşımaktadır. Yazılı yargılama usulü içerisinde de tarafların hükümden önce son kez mahkeme huzurunda sözlü değerlendirme yapıp açıklamada bulunmaları doğru bir karar verilmesi bakımından önemlidir*."[6] Bu, maddenin sadece şekli bir düzenleme içermediğini de gösterir.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI

A. Genel Olarak

Adil yargılanma hukuk devletini uygulamaya sokan önemli bir hak olarak düşünülmüş; yargılamanın taraflarına eşit bir biçimde koruma sağlamayı amaçlamıştır. En etkili insan hakları koruma mekanizması olma özelliği taşıyan AİHS'nin 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı, sözleşme sisteminde merkezi bir rol oynamaktadır.[7] Batı hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak ifade edilen[8] adil yargılanma hakkı Konseye üye devletlerin de iç hukuk sistemlerinde anayasal bir değer atfedilerek yer almaktadır.

---

4 Yılmaz, s. 3489.

5 Yılmaz, s. 3493.

6 Yılmaz, s. 3489.

7 Al-Dulımı And Montana Management Inc. V. Swıtzerland (Application no. 5809/08), 21 June 2016, parag. 136: "The Court observes that the guarantees of a fair hearing and in particular the right of access to a court for the purposes of Article 6 § 1 occupy a central position in the Convention."

8 İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yay., İstanbul 2013, 4. Tıpkı Baskı, s. 1.

Adil yargılanma hakkının Anglo-Sakson niteliği sıkça vurgu yapılmasına rağmen, kara Avrupası sistemine yabancı bir unsur olarak dahil edilmemiş, aksine hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek ve demokratik toplumun gerekleri için etkin bir enstrüman olarak kabul görmüştür. Terimine ilişkin açıklamaları bir yana bırakırsak[9], adil yargılanma "hukuk veya ceza davalarında olsun, hatta belli ölçülerde idare hukuk alanındaki davalarda da yargılamaya ilişkin ilkeleri belirleyerek, hukuk devletinin temel unsurunu oluşturmaktadır, sözleşmeye taraf devletlerin ortak mirasının bir parçasıdır."[10]

Şu hâlde, adil yargılanma hakkının usuli bir özelliğe sahip görünmesine karşın demokratik yönetimin temel öğesi olan hukukun üstünlüğü ilkesinin bir yansıması olduğu açıkça tespit etmek gerekir. Mahkeme, erken tarihli Delcourt v. Belgium kararında, bu önemi net bir biçimde vurgulamıştır.[11]

Ancak şunu unutmamak gerekir ki adil yargılanma sonuç odaklı değil süreç odaklı bir haktır. Bunun anlamı, adil bir kararın verilip verilmediği konusunun adil yargılanma hakkının kapsamına dahil olmamasıdır. Başka bir ifadeyle, adil bir karardan ziyade bu kararın verilmesi için yargılama sürecinin adil bir biçimde işlerliği adil yargılama hakkını ifade etmektedir.

Adil yargılanma hakkı, dava türleri açısından sadece ceza yargılamasında uygulanmaz, onun yanında medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulmaktadır. Medeni hak ve yükümlülüklerden özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları anlamak gerekir. Peki medeni hak ve yükümlülük kavramı nasıl belirlenecek sorusu akıllara gelmektedir. Mahkeme, kararlarında, ya iç hukuktaki nitelendirmeyle kendisini bağlı kılacak ve bu çerçevede kararlarını oluşturacak ya da özerk kavramlar doktrinini uygulayarak kavramı kendisi yorumlayacaktır. Mahkemenin genel tavrının özerk kavramlar doktrinini uygulamak olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla zaten adil yargılanma hakkının medeni uyuşmazlıkları konu aldığı tartışmasızken, bu uyuşmazlıkları yorum sorununu da yine kendi kavramsallaşması çerçevesinde anladığını tespit etmek gerekir.

İşlevleri açısından adil yargılanma hakkı üç boyutludur. İlk boyut, devletin yargı fonksiyonunu sınırlandırarak yargılamanın adil olmasını, ikinci boyut yargılama sürecine davalı ya da davacı olarak katılanları obje konumundan çıkararak sürecin öznesi haline getirmektedir. Son

---

9 Bu yöndeki açıklamalar için İnceoğlu, s. 2-4.

10 İnceoğlu, s. 4.

11 Delcourt v. Belgium, (Application no. 2689/65), 17 January 1970, parag. 25: "In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision."

boyutta, hak, insan hakları ihlallerini önleyici bir işleve sahiptir ki böylece hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirir.[12]

Adil yargılanma hakkının unsurlarına gelince; kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma, makul sürede yargılanma, aleni olarak yargılanma ve hakkaniyete uygun olarak yargılanma olarak tespit edilebilir.

Adil yargılanma hakkına Türk hukuku açısından bakılırsa, hakkın 1982 Anayasasında 2001'e kadar yer almadığı ancak 36. Maddesinde 2001'de yapılan bir değişiklikle açıkça ifadesini bulduğu görülecektir. Ancak bir iç hukuk metni olan AİHS'nde yer alan adil yargılanma hakkı, başka bir düzenleme olmasaydı dahi Türk hukuk sisteminde zaten yer almaktaydı. Özellikle 2001 değişikliği ve sonrasında bireysel başvuru usulünün hukuk sistemine girmesiyle adil yargılanma hakkının varlığı, sözleşmeye ek olarak, bireylerin hakları açısından önemli kazanımlar sağlamıştır.

Makalenin odağında HMK'nın 186'ıncı maddesi yer aldığı için adil yargılama hakkına ilişkin ilgili olduğu noktaya değinmekte yarar bulunmaktadır. Bu çerçevede adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılama unsuruna ve buradan hareketle hukuki dinlenilme hakkına değinelim.

B. Adil Yargılama Hakkının Bir Unsuru: Hakkaniyete Uygun Yargılanma ve Hukuki Dinlenilme Hakkı

Hakkaniyete uygun yargılanma iddia ve savunma hakkını ve bunun kullanılmasını güvence altına almaktadır. Temel dayanağının Anayasanın 36. maddesi hükmünden alan bu hak, anayasada "herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercii önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma … hakkına sahiptir" biçiminde ifade edilir. Anayasal bu hak, HMK m. 27'de hukuki dinlenilme hakkı olarak somutlaştırılmış, özellikle HMK madde 186'da söz konusu hak, Kanun içerisinde, belirgin kılınmıştır. Yargılamaya hâkim olan ilkeler bölümünde yer verilen bu hak şöyle ifade edilmektedir:

Hukuki dinlenilme hakkı

MADDE 27- (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

[12] Pekcanıtez, Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, s. *55*.

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.

Hukuki dinlenilme hakkının adil yargılama hakkının bir unsuru olduğu tartışmasızdır. Ancak literatürde bu hakkın insan onuruyla yakından bağlantı kurularak anlatılmak istenmesi[13], onun bir tezahürü olarak gösterilmesi oldukça abartılı olacaktır. Zira insan onuru insan hakları belgelerine bakıldığında; yaşam hakkı, bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ve zorla çalıştırma ve kölelik yasağına ilişkin maddelerle ilişkilendirilmektedir. O yüzden hukuki dinlenilme hakkını insan onuru kavramından ziyade hukukun üstünlüğü ilkesiyle daha doğrudan ilişkilendirmek gerekir. Bu bağlamda, hukuki dinlenilme hakkı, tarafların karara etki edebilecek şekilde görüşlerini açıklamak, hükmün kurulması sürecine dahil olarak savların, karşı savların dinlenerek hakimin karar vermesini sağlamak açısından hayati öneme sahiptir ki bu hayati önem adil bir yargılamanın vuku bulmuş olduğu anlamına gelmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkının en yakından bağlı olduğu ilke silahların eşitliği ilkesidir. Her iki kavramın iç içe geçtiği ya da sıkı bir bağı olduğu[14] söylenebilir. Bu anlamda, silahların eşitliği ilkesi savunma hakkını kullanmak açısından önemlidir; zira yargılamalarda taraflar hazır bulunarak görüşlerini ifade etme ve bu yolla kararı etkileme hakkına sahiptirler.[15] Pekcanıtez'in ifadesiyle, "*hukuki dinlenilme hakkının en önemli içeriğinden birisi de, hakime meramını anlatabilmektir*."[16] Bu da, hakimin hükmü vermeden önce tarafları dinlemesi ve bu dinleme sonucunda tarafların görüşlerini mutlaka dikkate alarak hüküm kurması ile mümkün olur. Başka bir anlatımla, hâkim hükmü önceden, yani tarafları dinlemeden tesis etmiş olmamalı ve dinlemeyi şekli bir unsur olarak görmemelidir. HMK m.186'da yer alan sözlü yargılama bu hakkın uygulamasını sağlamak için getirilmiştir. Şayet hâkim sözlü yargılamayı hükmü önceden kurarak sadece bir şekil şartı olarak uygularsa silahların eşitliği ilkesini uygulamıyor, çelişmeli yargılama yapmıyor, hukuki dinlenilme hakkına aykırı hareket ediyor, kısaca adil yargılanma hakkını ihlal ediyor demektir. Pekcanıtez'e bir kez daha kulak vermek gerekirse[17]:

"*Hükmün verilmesinden önce, bu hükme esas olabilmesi için mahkemeye sunulan tüm bilgi ve belgelere karşı açıklama yapabilmeyi, meramını anlatmayı*

---

13 Bkz. Pekcanıtez, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 756; Tanrıver, Süha, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", TBB Dergisi, Sayı: 53, 2004, s. 205.

14 Pekcanıtez, 2000, s. 759.

15 Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yay., Ankara, 2003, s.106; Pekcanıtez, 2000, s.775.

16 Pekcanıtez, 2000, s.775.

17 Pekcanıtez, 2000 s. 775.

gerektirmektedir. Açıklama yapma hakkı hem diğer tarafın veya ilgililerin ileri sürdüklerine karşı koymak hem de onlara karşı başka yeni açıklamalar ileri sürmek şeklinde olabilir. Bu anlamda taraf ve ilgililer ileri sürdükleri iddia ve savunmalarını dayandırdıkları ve kendilerini haklı gösterecek vakıaları bildirmek, bunların doğru olduğunu açıklamak ve gerektiğinde delil sunmak hakkına sahiptir. Davanın tarafları ve diğer ilgililer hükmün temelini oluşturan tüm konularda hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Vakıalar ve deliller hakkında açıklama imkânı verilmemesi hukuki dinlenilme hakkının ihlâlidir."

III. SÖZLÜ YARGILAMANIN ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tahkikatın bitirilip sözlü yargılamaya geçildiği durumlarda, davanın özeti olmaması ve dürüstlük kuralına aykırı hareket etmemek koşullarıyla, yargılamanın tarafları ya da görüş be-lirtmek isteyen taraf, hakikatin tezahürü için mutlaka hâkim tarafından dinlenmelidir. Zira taraflar bazı olgulara dikkat çekerek hâkimin hükmünü oluşturması yönünde etkide bulunabilir-ler.

Unutulmamalıdır ki sözlü savunma yazılı savunmadan daha etkili bir araç olabilir. *"...Sözlü şekil özellikle bazı eksiklikleri ve ihlâlleri de ortadan kaldırır. Ayrıca hem uyuşmazlığın aydınlanması hem de davanın temelini oluşturun vakıalar daha açık şekilde tartışılabilir. Bu mahkemenin işini de azaltır. (...) Bu nedenle sözlü muhakeme hukuki dinlenilme hakkının temini için doğrudur*."[18]

Eğer sözlü yargılamada taraflar dinlenilmez ya da geçerli bir mazeret ileri sürmelerine rağmen yargılamaya devam olunursa (mazeret kabul edilip ya da mazeret reddedilip) bu açıkça hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelecektir.[19] Doktrinde, Ejder Yılmaz, sözlü yargılamanın bir şekilden ibaret olmadığını vurgulayarak şöyle demektedir: "*Uygulamada, mahkemelerin sözlü yargılama aşamasına gerekli önemi vermedikleri ve yargılamanın bu aşamasını tamamen şekilden ibaret gördükleri bir vakıadır. Oysa, sözlü yargılama aşaması; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermek durumunda bulunan hâkimin (Anayasa m.138), vereceği kararın doğruluğunu bir kez daha gözden geçirmesi ve kendi kendini denetlemesi açısından önemli bir fırsattır. Konunun bu açıdan ele alınması halinde, sözlü yargılama aşamasının arzu edilen değere ulaşacağı muhakkaktır*."[20]

Yargıtay'ın bu konuda birçok kararını olduğunu söylemek mümkündür. Bu karalar çerçevesinde söylemek gerekirse Yargıtay adil yargılanma hakkını karalarına esas almakta ve sözlü yargılamayı bir şekilden ibaret görmemektedir. Önüne gelen uyuşmazlıklarda Yargıtay

[18] Pekcanıtez, 2000, s.781.

[19] Benzer görüş için bkz. Pekcanıtez, 2000 s. 782.

[20] Yılmaz, 3493.

sözlü yargılamayı şekilden ibaret görerek verilen kararları silahların eşitliği ilkesine ve çekişmeli yargılama ilkelerine aykırı bulmakta; AİHS'nin 6'ncı maddesini, Anayasanın 36'ncı maddesini, HMK'nın 27'inci ve 186'ncı maddelerini bir bütün olarak değerlendirmektedir. Bu karalardan bazıları aşağıdaki gibidir ve bu karalar Yargıtay'ın adil yargılama hakkına ne kadar önem verdiğini göstermesi açısından öğreticidir. Derece mahkemelerinin de bu kararlardan hareketle hükümlerini kurmaları (pek tabii ki asıl olarak AİHS, Anayasa ve ilgili HMK hükümlerinden hareketle), adil yargılanma hakkının uygulanması açısından ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında önem arz etmektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2020/128E., 2020/1758K. sayılı ve 09.06.2020 tarihli kararında bahse konu husus şu şekilde vurgulanmıştır;

"6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgililerinin kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Davanın taraflarına iddia ve savunmalarını serdetme imkânı vermeden davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapılması mahkemeye erişim hakkını zedeler. Davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Bu itibarla bir davanın sonucundan menfaati etkilenecek olan kişilerin bu yargılama hakkında bilgi sahibi olabilmelerine, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve sonuca etkili olduğunu düşündükleri hususlarda açıklamada bulunabilmelerine, iddialarını ispata yönelik delil sunabilmelerine imkân sağlanması gerekir. Bu husus aynı zamanda silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama ilkeleri ile de ilgilidir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalılar vekilinin 27/04/2016 tarihli celse için mesleki mazeretini bildirir dilekçe gönderdiği, mahkemece dilekçede ekli masraf bulunmadığından mazeretin reddine karar verildiği, ancak aynı duruşmada sözlü yargılama aşamasına geçilerek hüküm verildiği ve 6100 sayılı Kanunu'nun 186. maddesi uyarınca davalı tarafa meşruhatlı davetiye çıkartılmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, davalılar vekilinin son celse göndermiş olduğu mesleki mazereti reddeden mahkemenin aynı celse tahkikat duruşmasına son vererek sözlü yargılamaya geçmesi ve 6100 sayılı Kanunun 27, 184 ve 186 maddelerine muhalefetle uyuşmazlığın esası hakkında karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu durum davalılar yararına kararın bozulmasını gerektirir."

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 2016/31093E., 2020/136K. sayılı ve 13.01.2020 tarihli kararıyla sözlü yargılama duruşmasına taraf vekilince sunulan mazeretin kabul edilerek hüküm verilmiş olmasının Anayasa m.36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 ve HMK m.27 anlamında ihlal teşkil etmesini şu şekilde karara bağlamıştır;

"Savunma hakkı, Anayasamızın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı

mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." düzenlemesi ile açıkça hüküm altına alınmıştır. İddia ve savunma hakkı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hukuki dinlenilme hakkı başlıklı 27. maddesi ile usul hukukumuza yansıtılmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında davanın taraflarının kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın "açıklama ve ispat hakkı"nı da içerdiği vurgulanmıştır. Davanın taraflarının usul hukuku hükümlerine aykırı olarak açıklama ve ispat hakkını kullanmalarının kısıtlanması, iddia ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde yer bulan "Hukuki Dinlenilme Hakkı" gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Mahkeme, iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkı, bilgilenme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarınca dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içerdiği açıktır. Bilgilenme hakkı, yargılamanın içeriğine dair tam bir bilgi sahibi olmanın yanında gerek karşı tarafın gerekse de yargı organlarının dosya içeriğine yapmış oldukları işlemleri öğrenmelerini kapsar. Açıklamada bulunma hakkı, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağlar. Somut olayda; davalı vekilinin 07.06.2016 tarihli duruşma için 06.06.2016 tarihinde mazeret dilekçesi sunduğu, bu mazeretini de (aynı tarihte başka yerde duruşması olduğunu gösteren duruşma tutanağı ile) belgelendirdiği görülmüştür. Mahkemece 07.06.2016 tarihli celsede, davalı vekilinin mazeret dilekçesi sunduğunu tutanağa bağlayarak mazeretin kabulüne karar verilmiş ve aynı celse davalı vekilinin yokluğunda tahkikat aşamasını sonlandırarak davanın esası hakkında karar verilmiştir. Bu duruma göre, davalının mazeret dilekçesi göndererek katılmadığı celsede mazeret kabul edildiği halde davalının yokluğunda karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

Bu sefer de Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından 2016/1674E., 2016/5673K. sayılı ve 09.05.2016 tarihli karar ile HMK'nın ilgili hükümlerinin emredici olduğu vurgulanmıştır;

"Somut olayda; 13/10/2015 tarihli celse için davalı ... vekili aynı gün il dışındaki bir başka mahkemede duruşması olduğundan duruşmaya katılamayacağına dair mazeret dilekçesi sunarak mazeretini belgelendirmiş, duruşmanın bir başka güne talikini istemiştir. Mahkemece, 13/10/2015 tarihli celsede davalı ... vekilinin mazereti kabul edilmiş ancak aynı celsede HMK 184. ve 186. maddeleri gözetilmeden esas hakkında hüküm kurulmuştur. Hem davalı ... vekilinin mazeretinin kabulüne karar verilip, hem de yeni duruşma günü verilmeden davalı ... vekilinin yokluğunda hüküm kurulması başlı başına çelişkidir. Bu durumda mahkemece, HMK 184. ve 186. madde hükümleri de göz önüne alınarak işlem yapılması gerekirken yazılı olduğu biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir."

Sözlü yargılama aşamasında taraf vekilinin mazeret dilekçesinin dikkate alınmayarak yokluğunda karar verilmesinin hukuki dinlenme hakkının ihlali teşkil ettiğine dair Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2016/6354E., 2018/2034K. sayılı ve 17.05.2018 tarihli kararında ise şu ifadelere yer verilmiştir;

"Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir (HMK 27). Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür (HMK 30). Herkes "meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma" hakkına sahiptir (Anayasa 36/1). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesine göre ise taraflar; davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini, davaya ilişkin savunmaları için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma, kendini savunma, avukat yardımından yararlanmayı isteme hakkına sahiptir. Bu hakkın unsurlarından olun aleniyet ilkesi hukukumuzda HMK'nın 28. maddede kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Belirtilen hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı ve aleniyet ilkesi ile hak arama hürriyetinin gerçekleşmesinin en önemli aracı duruşma yapılmasıdır. Duruşma günü oturuma katılma imkânı olmayan taraf buna ilişkin mazeretini bildirip, belgeleyerek, duruşmanın ertelenmesini isteyebilir. Bu isteği kapsayan dilekçenin HMK'nın 445. madde gereğince elektronik ortam olan UYAP üzerinden duruşma saatine kadar gönderilmesi mümkün olup ayrıca fiziki olarak gönderilmesi gerekmez. Ayrıca, HMK'da sözlü yargılama duruşmasına mazeret bildirilmesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır.

Davacı sözlü yargılamanın yapılacağı 16.12.2014 tarihli duruşmaya UYAP aracılığı ile mazeret bildirmiş ve mazerete neden olarak trafik yoğunluğunu göstererek duruşma saatinin 10.00'a kadar bekletilmesini talep etmiştir. UYAP aracılığı ile gönderilen ve aynı gün duruşma saatinden önce kalem personeli tarafından 09:29:29'da çıktısı alınan mazeretin mahkeme dosyasına intikâl ettirilmediği anlaşılmıştır. Duruşma saatinden önce okunan ve yazdırılan geçerli bekletme mazeretinin kalem personeli tarafından dosya

içerisine konulmaması ve bu suretle davacının yokluğunda karar verilmesi hukuki dinlenme hakkının ihlalidir ve yukarıda belirtilen ilke ve kurallara aykırıdır."

Sonuç

Türk yargısında ve özellikle de hukuk yargısında Pekcanıtez'in ifadesiyle hâkime meramını anlatmak oldukça zordur. Taraf olunan insan hakları sözleşmesinin açık hükmü, Anayasal hüküm ve HMK'ndaki açık hükümlere rağmen, Türkiye'de hala medeni yargılanma alanında adil yargılanma hakkına ilişkin birçok sorun bulunmaktadır. Oysa konuya ilişkin Yargıtay'ın birçok kararı ve mevzuat açısından derece mahkemelerine yol gösterici hükümler bulunmakta; lakin, mahkemeler, yine de, adil yargılama hakkını ihlal etmektedirler. Sözlü yargılama adil yargılanma hakkı açısından medeni yargılamada çok büyük bir önem arz etmekte, şekilden ibaret olmayan hukuki dinlenilme hakkının uygulanacağı bir safhaya karşılık gelmektedir. Bu anlamda, *sözlü yargılama hukuki dinlenilme hakkının temini için elzemdir.*

Sözlü yargılamada; taraflar dinlenilmez ya da hüküm tarafların savunmaları dinlenilmeden önceden hâkim tarafından zaten hazırlanmış olup da yargılama bir şekilden ibaret olarak görülürse; bu, adil bir yargılama olmayacak ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı zedelenecektir. Ayrıca uygulamada tarafların HMK'nın 150'nci maddesin bağlamında geçerli bir mazeret ileri sürmelerine rağmen, mazeretin kabul edilip mazeretli tarafın yokluğunda karar verildiği ya da mazeret reddedilip yine mazeretli tarafın yokluğunda karar verildiği örneklere çokça rastlanmaktadır. İşte bu ve benzeri örnekler de açıkça adil yargılanma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Hukukun üstünlüğüne inanan bir yargı sistemi, taraflar için önemi tartışmasız olan davaları adil bir şekilde sonuçlanmak zorundadır. Ancak kimi zaman hüküm taraflar açısından adil olmayabilir. Buna rağmen, hâkim, tarafları tatmin etmeyen bir hüküm kurmuş olsa bile, bu hükmü kuruncaya kadarki süreci adil sürdürmek yükümlülüğündedir. Başka bir ifadeyle, yargılama sonucu bazen adil olmayan kararlar ortaya çıkabilir. Ancak her ne olursa olsun sürecin adil olması gerektiği ve bu konuda bir hata yapılmaması gerektiği muhakkaktır. Zira *fiat juatitia, pereat mundus.* Ama bu, kolaya kaçmaktır; belki de daha doğrusu şudur: *Fiat juatitia, ne pereat mundus*!

KAYNAKÇA

Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Ayvaz Taşpınar Sema/Hanağası Emel, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2021, 7. Baskı.

İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Yay., İstanbul, 2013, 4. Tıpkı Baskı.

Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yay., Ankara, 2003.

Pekcanıtez, Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzmir Barosu Dergisi, 1997/2.

Pekcanıtez, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000.

Tanrıver, Süha, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", TBB Dergisi, Sayı: 53, 2004.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 3, Yetkin Yay., Ankara, 2021, 4. Baskı.

ULUSLARARASI HUKUK VE MARAŞ (VAROŞA) VAKIFLARI

International Law and Maraş (Varosha) Vaqfs

Doç. Dr. Emete GÖZÜGÜZELLİ*

Özet: Çalışma temel olarak, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Maraş bölgesinde yer alan Vakıflar'a ait mülkiyet meselesine değinmektedir. Vakıfların bir tüzel kişi olarak hukuksal varlık kazanmasında mahkeme kayıtları ve bunun sonucunda kütük kayıtları önemlidir. Bu belgelerde vurgulanan vakıf sınıfı kapsamında mülhak ve mazbut vakıfların hukuki statüsü hukuki işlemlerde belirleyicidir. Bu tip vakıflarda hukuki işlemlerin geçerliliği yalnızca Evkaf İdaresi'nin onayının alınması ve (mülhak vakıflarda Mütevelli rızası da eklenerek) Türk/Müslüman mahkemesi önünde işleme tabi olunmasıyladır. İlaveten bu vakıfların el değiştiremez, devredilemez, hediye edilemez yapıda hayır maksadı ile süreklilik arz eden mülkiyet haklarına tabi olması, uluslararası hukuktaki değerlendirmeler açısından da belirleyici olacaktır. Zira Ahkamül Evkaf kurallarının ele alındığı çalışmanın en önemli sonuçlardan biri, uluslararası örf adet hukukunun bir parçası haline gelen Ahkamül Evkaf ve Vakıf hukukunun Maraş meselesinde vakıfların mülkiyet haklarında belirleyici olduğunu ifade etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Maraş, Kıbrıs, Mülkiyet Hakkı, Uluslararası Örf Adet Hukuku, Vakıf Hukuku.

Abstract: The study mainly deals with the property issue of the vaqfs in the Maraş region of the Turkish Republic of Northern Cyprus. Although, it has been stressed that the Court records and registrations are important for vaqfs foundations to gain legal existence as a legal person. The legal status of vaqf class such as mulhaq and mazbut vaqfs, is decisive in legal proceedings. The validity of legal proceedings in such foundations is only after obtaining the approval of the Awqaf Foundations Administration and processing before the Turkish/Muslim Court (including the consent of the Trustees in mulhaq vaqfs). In addition, the fact that these foundations are subject to permanent property rights for charitable purposes, which cannot be changed hands, transferred or gifted, will also be decisive in terms of evaluations in international law. One of the most important results of the study, in which Ahkamül Evkaf rules are discussed, states that Ahkamül Evkaf and Foundation law, which has become a part of international customary law, is determinative in the property rights of foundations in the Maraş(Varosha) issue.

Keywords: Maraş (Varosha), Cyprus, Property Rights, International Customary Law, Vaqf Law.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kıbrıs Kampüsü, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, emete.gozuguzelli@asbu.edu.tr,

ORCID: 0000-0003-4659-3000

Makale Geliş Tarihi: 17.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 02.11.2021

Giriş

İslam hukukuna dayanan ve yalnızca müslüman ülkelerin geleneğinde yer alan mülkiyetin Allah'a ait olduğu inancı yalnızca vakıf müesseselerine özgüdür. Vakıfların çok köklü bir geçmişi vardır. Vakıflar Peygamberimiz Hz. Muhammed Aleyhisselam'ın öncülüğünde İslam dünyasında yaygınlaşan ve örf adet yasası haline gelerek halen icra edilen bir uygulamadır. İslam Hukukuna Giriş isimli eserinde Joseph Schacht tarafından "Vakıfların temel özelliğinin daimî olması" şeklinde açıklarken ayrıca vakıfların amacının daha çok taşınmazlar üzerinde ancak taşınırları da kapsadığı örneğin kitaplar gibi önemli konularda amaçları olduğunu belirtilmektedir.[1]

Vakıflar, kazanç gayesi gütmeyen özel hukuk tüzel kişisi olarak mal toplulukları (institution) statüsündedir. Lakin bu tüzel kişilik yalnızca toplumsal yarar için tamamı ile hayır maksadıyla tahsis edilmiş mal topluluğunu ifade eder. Daha da öte, bu tüzel kişilik öyle bir yapıdadır ki tamamı ile hukuki işlemle kurulması mümkündür. Başka bir ifadeyle, vakıfların, hukuk süjesi olarak kabul edilen mal varlığının tüzel kişi dışındaki bir irade tarafından seçilen gayeye tahsis suretiyle kişilik kazanmasıdır. İslam Ansiklopedisi'ne göre Vakıf "bir malın mâliki tarafından dinî, içtimaî ve hayrî bir gayeye ebediyen tahsisi" şeklinde özetlenebilecek hukukî bir işlemle kurulan ve İslâm medeniyetinin önemli unsurlarından birini teşkil eden hayır müessesesini" ifade etmektedir.[2]

Ahkam-ül Evkaf'a göre vakıflar; Mazbut Vakıflar, Mülhak Vakıflar, Müstesna Vakıflar, Avarız Vakıflar, İcareteynli Vakıflar, İcare-i Vahideli Vakıflar olmak üzere altıya ayrıldığı belirtilmektedir[3]. Bir başka ifadeyle, **Türk Medeni Kanunu'ndan önce kurulmuş vakıfların bilimsel tasnifi üzerine Türkiye Vakıflar idaresinde kimi tanımlar yapılmıştır. Buna göre; Mahiyetleri bakımından:** Hayri Vakıflar[4] ve Zürri Vakıflar[5];

---

1 Joseph, Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: Clarendon Press, 1964), http://www.duhaime.org/LegalDictionary/Category/InternationalLawDictionary.aspx, "Erişim Tarihi. 5.06.2019".

2 *Vakfın Hukukî Niteliği ve Kuruluşu*. İslâm hukukunda vakıf işlemi sözlü bir hukukî tasarruftur. Detaylar için Bkz: https://islamansiklopedisi.org.tr/vakif, "Erişim Tarihi: 19.03.2019".

3 Serengil, Şölen, Külahçı, "Vakıf Taşınmazlarının Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması", AUHFD, 60 (4) 2011: ss.921-933, s. 927

4 **Hayri Vakıflar:** Geliri tamamen ve kısmen muhtelif hayır şart ve hizmetlerine tahsis edilmiş bulunan vakıflardır. Kullanım şekillerine göre ikiye ayrılır. Bkz. https://www.vgm.gov.tr/vak%C4%B1f-i%C5%9Flemleri/vak%C4%B1flar-hakk%C4%B1nda/vak%C4%B1flar%C4%B1m%C4%B1z) "Erişim Tarihi: 01.02.2020".

5 **Zürri Vakıflar:** Herhangi bir hayır şartı olmayıp, gelirinin tamamı vakfın evlatlarına tahsis edilmiş bulunan vakıflardır. Nesebin yok olması halinde bir hayri hizmete tahsis edile bilinir.

Mülkiyetleri bakımından: Sahih Vakıflar6 ve Sahih Olmayan Vakıflar[7] olarak düzenlenmiştir.

İdareleri bakımından: Mazbut Vakıflar, Mülhak Vakıflar ve Cemaat ve Esnafa Mahsus Vakıflara dair idari şekiller belirlenmiştir. **Kullanım şekilleri bakımından ise vakıflar** İcare-i Vahideli Vakıflar[8] ve İcare-i Vahide-i Kademeli Vakıflar[9] olarak düzenlenmiştir.

Kıbrıs'ta Maraş konusu, Osmanlı'nın 1571 yılında Kıbrıs'ı fethinden sonra Lala Mustafa Paşa, Abdullah Paşa ve Bilal Ağa'nın 3 ayrı vakıf ile tesis ettiği mülkiyet haklarının İngiliz işgal döneminde gayri hukuki bir şekilde elden çıkarılması çabalarını ve bundan sonraki süreçte Kıbrıs meselesine bağlı gelişmelerle Vakıf mülklerinin görmezden gelinmesi meselelerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, Kıbrıs'ta Maraş meselesinin daha ziyade siyasi boyutu var gibi gösterilerek "yalnızca Rumların mağduriyeti" söz konusuymuş gibi yansıtılmaktadır. Oysa mesele, Kıbrıs'ta yalnızca Türklere ait egemenlik alanlarının gasp edilmek istendiği bir meselenin varlığı değil, ayni zamanda emanet Vakıflara dair mülkiyet haklarının gasp ve ihlal çabalarına dayanmaktadır.

Öncelikle Kıbrıs'taki tüm vakıf taşınmaz malların statüsü Osmanlı Arazi Kanunu ve hukuki hükümleri ile Ahkamül Evkaf Prensipleri tarafından belirlenmiştir. Kıbrıs adası İngiltere'ye şartlı olarak temlik edildiğinde birçok taşınmaz mal (vakıf malları dahil) Tapu Sicillerine kayıtlı değildi. 1907 yılı İngiltere, 12/1907 Taşınmaz Mal Tescil ve Değerlendirme Yasasını geçirir. [10] Bu yasa yapıldığı dönem adada Osmanlı Arazi Kanunu ve Ahkamül Evkaf kuralları yürürlüktedir. Ancak 1907 yasasında 29. Madde ile oluşturulan Arazi-Mevcoufe ile Idjaretein Mevcoufe türü vakıf tanımlamaları getirilerek vakıf taşınmazlarını 10 yıl tasarrufunda bulunduranların zamanaşımı nedeniyle iktisap edebilecekleri öngörülmüştür. Miras hakkı ile bu tasarruf olağan kabul edilmiştir.

29. In lieu of the fees heretofore levied and taken there shall be levied and taken : —

---

6 *Türkiye Vakıflar Genel Müdürlüğü*, https://www.vgm.gov.tr/vakiflarimiz/vakiflarimiz/genel-bilgi, "Erişim Tarihi. 02.09.2020".

7 *Türkiye Vakıflar Genel Müdürlüğü*, a.g.m.

8 Belli bir değer veya süreyle kiraya verilen vakıflar.

9 Tespit edilen belli bir icar bedelinin daimi olarak verilmesi halinde meccanen müstecirden hiç alınmayan ve müstecirinin ölümünde icarelik hakkı mirasçılarına intikal eden vakıflar olup Cumhuriyet devrinde bu uygulama kalkmıştır.

10 12 OF 1907.A/ To Make Better Provision For The Registration Of Title To and The Valuation of Immovable Property and to amend Law Relating to Immovable Property in certain Respect.ss.431-452., *The Statue Laws of Cyprus.* A.D.1907.

(1.) Upon effecting an original registration of title to Arazi-Mirio or Arazi-Mevcoufe acquired by ten years undisputed possession, a fee at the rate of two and a half per centum of the value of the property so registered;

(2.) Upon registering a title acquired by inheritance, whether from an unrgistered owner or not, and subject to the provisions of section 28 : —

(i) In the case of Arazi-Mirie and Arazi-Mevcoufe, two and a half per centum of the value of the property;

(ii.) In the case of Mulk and Idjaretein Mevcoufo, one-half per centum of the value of the property

Esasen,1922'de Ömer Hilmi Efendi'nin "The Laws of Evkaq" (Ahkamül Evkaf) isimli eserindeki 188-192. maddelerde İcaretein Mevkufe veya Vakf Idjaretein'in sürekli kiraya verilmiş ve her sene Evkaf idaresine iki defa kira verilen mussaqafat ve mustaghelat Ijaretein mevkufeler olduğu anlaşılmaktadır. Bu ahvalde, Lala Mustafa Paşa Vakfı'nın mazbut vakf olarak kütüklerde kayıt edildiği ve Abdullah Paşa Vakfı'nın ise mülhak vakıf olarak kaydı bulunduğu dikkate alındığında hiçbir şekilde arazi mevckufe veya idjaretein mevcoufe türü vakıflar olarak Maraş'taki vakfiyelerin elden çıkarılması hususunda hukuki işlem kurulması söz konusu olmamaktadır. Zira, Abdullah Paşa Vakfı 1761 yılında Halep Beylerbeyi (Ordu Komutanı-Genel Vali) Kıbrıs'ta 40-60 bin dönüm arazisini vakfetmek suretiyle bizzat kendisinin de hazır bulunduğu 24/07/1748 tarihinde Lefkoşa'da Şer-I Meclis'de yazılmış ve mülhak vakf olarak tescil edilmiştir. Lala Mustafa Paşa Vakıf da Kıbrıs'ın fatihi Lala Mustafa Paşa tarafından kurulan mazbut vakıftır. Lala Mustafa Paşa Kıbrıs'ın 1570-71 yılları arasındaki seferinde Türk ordusunun Başkomutanlığını yapan Vezir-Paşa rütbvesinde bir komutan ve devlet adamıdır. Lala Mustafa Paşa da Maraş'tan aldığı onbinlerce dönüm alanı vakfetme amacıyla kurarak tescil ettirmiştir. Bu konuda orjinal vakfiye senedi Türkiye Cumhuriyeti Vakıflar Genel Müdürlüğü arşivinde bulunmaktadır.[11] Bu çerçevede, çalışmada, ilk olarak Kıbrıs'ta Rumların ısrarla ortaya koyduğu iddialar ve bu konudaki siyasi ve hukuki sürece yer verilecektir. Daha sonra, meseleye dair iddialar karşısında hukuksal çerçevede siyasi olmayan bir perspektifle uluslararası hukuk açısından konu izah edilecektir.

[11] Ulunay, Ergin, "Maraş'ın Vakıf Statüsü'ne dair 2/7/2019 tarihli hukuki görüş metni", KKTC Vakıflar ve Evkaf İdaresi, 2021.

I. MARAŞ MÜLKİYETİ ÜZERİNE İDDİALAR

a. Rum Tarafı İddiaları

- ✓ İkinci Barış Harekâtı'nda Maraş'ın kontrol altına alınarak (Türkiye kontrolü ve yetkisi altında) orada yaşayan Rumları mağdur ettiği iddiası,
- ✓ KKTC Cumhurbaşkanı "Ersin Tatar'ın kapalı bölge Maraş konusundaki açıklamalarının dayanaksız olduğu" iddiası,
- ✓ "İngiliz Sömürge Hükümeti'nin, bölgeye ilişkin taleplerin karşılanması amacıyla, o dönemde çok büyük addedilebilecek bir meblağı Kıbrıs Türk toplumuna ödediğini kanıtlayan belgelerin var olduğu" iddiası,
- ✓ 1960 Antlaşması'nın U Ek'inden sonra Evkaf Vakıflara dair bu yöndeki taleplerin bir daha gündeme gelmediği, kapalı bölge Maraş'ın sahiplik statüsüne ilişkin kanıtların da "Mağusa Tapu Dairesi'nde" bulunduğu iddiası,
- ✓ Türk tarafının 1,5 milyon pound karşılığında herhangi bir şekilde Evkaf ve Vakıflara dair koloni dönemi ile ilgili talepte bulunamayacağını teminat altına aldığı iddiası[12]
- ✓ Rum lider Nikos Anastasiadis'in Maraş konusunda ortak teknik komite kurulması önerisini gündeme getirmesinin beklendiği[13],
- ✓ Maraş'ın açılmasının BM Kararlarına aykırı olduğu[14] şeklindeki kimi iddialara dayanmaktadır.

Maraş konusunda, 4 Ağustos 2019 tarihinde Cyprus Mail gazetesinde çıkan bir yazıda "1978 yılında yeniden seçilmeyi bekleyen Spyros Kyprianou'nun, Rauf Denktaş'ın Gazimağusa'nın (Maraş'ın) iadesi teklifini reddettiğini" belirtmektedir. Gazeteye göre,şehrin çitlerle çevrili bölgesinin (kapalı Maraş), Amerikan-Kanada yerleşim planı ile Rumların yerleşimine açılacak ve buna ilişkin müzakerelerin başlamasına geri dönilecekti. Başka bir deyişle, müzakereler daha sonra başarısız olsa bile, kasaba sakinleri geri dönecekti".[15] Esasen Rumların Maraş konusunda bugüne kadar Türk idaresi altında bu alanın açılma

---

12 *Cyprus Mail*, 31 Temmuz 2019, https://cyprus-mail.com/2019/07/31/minister-hits-out-at-evkaf-claims-of-varosha-ownership/, "Erişim Tarihi: 01.03.2020".

13 *Kıbrıs Manşet,* https://www.kibrismanset.com/guney-kibris/hristodulidis_ten_kapali_bolge_maras_konusunda_degerlendirme-h251098.html, "Erişim Tarihi: 01.03.2020".

14 https://cyprus-mail.com/2019/07/25/turkish-cypriot-actions-in-varosha-a-clear-violation-of-un-resolutions-nicosia-says/, "Erişim Tarihi: 01.03.2020".

15 Our View: President running out of opportunities for Varosha, *Cyprus Mail*, 4 Ağustos 2019, https://cyprus-mail.com/2019/08/04/our-view-president-running-out-of-opportunities-for-varosha/,"Erişim Tarihi: 01.03.2020".

önerisini ret eden tutumu yeni bir olgu değildir. 1974 Barış Harekatı'ndan sonra Maraş'ın askeri statüde tutulduğu uzun süreçten sonra, bugün kapalı Maraş'ın artık açık Maraş statüsüne kavuşturulması, bu alanın %3.5 alanının askeri bölge statüsünden çıkarılarak hak sahiplerinin bu alanlara dönüşünün sağlanması için Mal Tazmin Komisyonu bünyesinde çözüm öngörülmesi hedeflenmiştir. Bu tutum şüphesiz meselenin uluslararası hukuk boyutu ile çözümlenmesi arzusunun Türk makamlarınca ifadesi olarak değerlendirmek mümkündür.

Ancak Güney Kıbrıs Rum yönetimi, aşağıdaki gerekçelerle Kıbrıs Türk tarafının Maraş bölgesini açılımının hukuken ve siyasi olarak mümkün olmadığını iddia etmektedirler;

1960 Ortaklık döneminde yer alan U EK'ine göre 1960 öncesi vakıflar üzerinde hak iddia edilemeyeceği vurgusu,

BM müzakere süreçlerinde Maraş'ın Rumlara iade edileceği yönündeki görüşleri,

BM Güvenlik Konseyi kararı,(540 sayılı karar)

Doruk Anlaşmaları içerisinde iadesi öngörülmesi(1977-79),

Viyana görüşmelerinde ortaya konan Tapu Kayıt Belge iddiaları,

789 sayılı BMGK kararı ile UNFİCYP Maraş'ta görevi.

b. Türk Tarafının Değerlendirmeleri

Anılan iddialar, Kıbrıs Türk tarafınca yok hükmünde sayılarak, meselenin yalnızca uluslararası hukuk zemininde çözümlenmesi gerekliliği vurgusu yenilenerek sürecin AHİM nezdinde KKTC'de kurulan Mal Tazmin Komisyonu nezdinde görüşülmesi çağrısı yapılmıştır. Bu çerçevede, Mal Tazmin Komisyonu'na açılacak davalar Maraş'ın tamamı için değil yalnızca Maraş'taki %3.5'luk alan kapsamı için söz konusu olabilecektir. Maksat gerçek hak sahiplerinin kademeli olarak bu alanlara yerleştirilmesidir. Bahusus, Maraş bölgesinde Vakıflar ve Din İşeri Daires'inin hakları bulunduğuna dair resmi izahatlar güçlü şekilde dillendirilmeye başlanmıştır. Ilaveten, KKTC Vakıflar ve Din İşleri Dairesi'nin kapalı Maraş olarak bilinen bölgede 3 önemli vakfa ait olduğunu, bu alanlar üzerinde vakıfların mülkiyet hakları bulunduğunu, bunların göz ardı edilemeyeceği" [16] belirtilmektedir.

Bu çerçevede Lala Mustafa Paşa Vakfı, Abdullah Paşa Vakfı, Bilal Ağa Vakfı öncelikli hak sahibi olduğu net bir şekilde belgelerle işlenmektedir.

[16] Maraş Hakkında Bilgi ve Belgeler için KKTC Vakıflar ve Din İşleri Dairesi web sayfasına bakınız: http://www.evkaf.org/site/sayfa.aspx?pkey=891, "Erişim Tarihi: 02.06.2019".

KKTC Vakıflar ve Evkaf İdaresinin ortaya koyduğu çalışmalarda Maraş bölgesinin %90 oranındaki mülkiyet alanının 3 Vakfa ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede KKTC'de kurulan Mal Tazmin Komisyonunun yapısı ve bu yapı içerisinde KKTC Vakıflar ve Din İşleri'nin haklarını ne şekilde arama yoluna gideceği öne çıkmaktadır. Ancak bu konuya değinmeden önce Mal Tazmin Komisyonu hakkında özet bir tanımlama yapılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

c. Mal Tazmin Komisyonu Kurlulması ve İlgili Düzenlemeler

Türkiye aleyhine açılan ilk mülkiyet davalardan biri olan Loizidou Davası'nda, Bayan Loizidou Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AHİM) doğrudan dava açma yoluna gitmiş ve iç hukuk yolu tüketilmeden aşağıdaki iddialarla kabul görmüştür;

KKTC Anayasası'nın 159 maddesi doğrultusunda kuzeydeki taşınmaz malların tümünün KKTC mülkü olarak görülmesi,

KKTC'nin tüm tapu kayıtlarını değiştirmesi,

Bu esaslarla KKTC mahkemelerinde hak arayışının imkânsızlığı.[17]

Yukarıda belirtilen argümanlar çerçevesinde bayan Loizoudu, Türkiye'ye karşı AHİM'e dava açmıştır. Loizoudu Davası, Rumların mülkiyet konusunda AHİM yoluna gittiği ilk dava olarak yer görülmektedir.

Taşınmaz Mal Komisyonu'nun KKTC'de kurulması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Xenides-Arestis v. Turkey[18] davasında vermiş

---

[17] Necatigil, Zaim M., *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AHİM Kıskacında Türkiye*, Turhan Kitapevi, ss.24-87

[18] Xenides-Arestis v. Turkey Davası, *KKTC Mahkemeleri*

Xenides-Arestis başvurusu KKTC Meclisinin geçirdiği Tazmin yasasının AHİM'de test edildiği ilk davadır. Arestis 1971'den 1974 Ağustos'a kadar ailesi ile Mağusa Maraş'ta Ayios Memnon semtinde yaşadığı, burada iddia ettiği mülkiyette bir daire, bir dükkan ve 3 ev olduğunu bu evlerden birinde ikamet ettiğini kardeşiği ile ortak hissesi ol bulunduğu gibi verileri ortaya koyduktan sonra Türkiye'ninn 14 Ağustos 1974 müdahalesi ile evini terk etmek zorunda kaldığını ve telli bölge olarak bilinen Maraş'a dönmesi ve mallarının kullanmasına izin verilmediği savı ile mahkemeye başvurmuştur.

Arestis'in hukuki dayanakları:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 . maddesine aykırı olarak konut hakkının ve Sözleşmeye Ek Birinci Protokolün 1. Maddesine aykırı olarak taşınmaz mallarını kullanma hakkının Türkiye tarafından ihlal edildiği belirtilmiş, Ortodoks dinine mensup Kıbrıs Rumlarına karşı Türkiyenin diskriminasyon uyguladığını iddia edilmiştir. Bu iddialara karşı Türk tarafı Maraş'ın BM çağrıları ile Türkiye'nin bu bölgeyi olduğu gibi koruması çağrısı olmasi Türkiye'nin bu durumdan sorumlu tutulamayacağı, KKTC'nin otoritesi olduğu, Türkiye'nin KKTC'de yetki (jurisdiction) ve sorumluluğu bulunmadığı, taşınmaz mallar ile ilgili tüm uygulamalrın KTFD ve KKTC yasalarınca gerçekleştiği, Türkiye'nin alt idaresi olmadığı ortaya konmuştur.

olduğu hükümler uyarınca gerçekleşmiştir. Bu davanın sonucunda,KKTC yönetimi tarafından Taşınmaz Mal Yasası (67/2005 sayılı Yasa) tahtında Mal Tazmin Komisyonu kurulmuştur. Mal Tazmin Komisyonu, Kuzey Kıbrıs'ta bulunan mülkiyetlere dair talepler için etkin bir iç hukuk yolu (Türkiye'nin alt birimi olarak) oluşturmayı amaçlamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye aleyhine açılan Demopoulos ve Diğerleri davasının kabul edilebilirliğine ilişkin almış olduğu 1 Mart 2010 tarihli kararda 67/2005 sayılı Yasa'nın etkin bir hukukî çare sunduğunu saptamış ve başvuranların şikâyetlerini iç hukuk yolunun tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.[19] Bu nedenle Mal Tazmin Komisyonu bünyesinde görülecek davalar ön plana çıkmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekirse, KKTC'de eski Rum mallarına ilişkin düzenlemeler, Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası'nın 127 inci maddesinde yer almıştır. İlgili madde;

"Türk yurttaşlarının, Devlet sınırları dışında Kıbrıs'ta kalan taşınmaz malları için Devletten eşdeğerde taşınmaz mal veya tazminat isteme hakları saklıdır; bu hak yasa ile düzenlenir" biçiminde bir kural ile geliştirilmiştir. Federe Devlet Anayasası kabulünden sonra Kıbrıs Türk Federe Meclisi 41/1977 sayılı İskân, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasasını kabul etmiştir. Bu yasa kapsamında güneyde mal bırakmış olan Kıbrıs Türklerinin Tapu Dairesine yapacakarı başvurular sonucunda Kuzeyde eşdeğer taşınmaz mallarla ilgili kesin tasarruf belgesi alabilecek diğer kişiler, iktisaden güçlendirilecek çiftçiler, KT göçmenleri ve şehit aileleri yasada belirtilmiştir. Kesin tasarruf belgeleri koçan gibi gösterilmiştir. 1985 KKTC Anayasayasası ise kuzeyde Rum eski mallarını toptan kamulaştırmıştır. 1975 anayasaında yurttaşlar tabiri yerine mülkiyeti alabilecek gerçekve tüzel kişiler belirlemesi yapılmıştır. 1995 yılında KKTC meclisinde yapılan Anayasa değişikliği ile kesin tasarruf belgeleri koçana dönüştürülmüştür. Türkiye'den gelen göçmenler hak sahibi görülmüştür. Annan planı 10 Aralık 2002'de yayınlanmış ve mülkiyet konusunda AHİM'e başvurmanın Annan planından daha avantajlı olacağı kanaatiyle Rumlar AHİM'e başvurularını artırmıştır. Nihayetinde KKTC'de Türkiye'nin bir iç hukuk birimi kurulması yönünde Mal Tazmin Komisyonu oluşturulmuştur. Komisyonun yöntemine ilişkin tüzüğü 15 Ağustos 2003'te Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Komisyon kararları Yüksek İdare Mahkemesinin denetimine bağlı olarak faaliyet yürütmektedir. Bu bağlamda kurulmuş komisyon yargısal değil sadece yönetsel (idari) bir

[19] Taşınmaz Mal Komisyonu, http://www.tamk.gov.ct.tr/index.html, "Erişim Tarihi: 01.02.2019".

organdır. Yüksek İdare Mahkemesinin denetimi sadece yönetsel kararlara ilişkindir"[20].

KKTC Taşınmaz Mal Komisyonu kapsamında, iki yasal düzenleme ve bir tüzük oluşturulmuştur.

Bunlar;

1. 67/2005 sayılı Anayasanın 159'uncu maddesinin (1)'inci fıkrasının (B) bendi kapsamına giren, Taşınmaz Malların Tazmini, Takası Ve İadesi Yasası,

2. 13/2008 sayılı Anayasanın 159'uncu maddesinin (1)'inci fıkrasının (B) bendi kapsamına giren, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Göre Mülkiyet Hakkı Herhangi Bir Gerçek veya Devlet Dışındaki Tüzel Kişiye Ait Olmayan ve Tasarruf Hakkı Halen Bir Gerçek veya Tüzel Kişiye veya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti'ne Ait Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Hakların Devri ve Kaydedilmesi Yasası,

3. 156 sayılı ve 21 Mart 2006 tarihli (67/2005 Sayı Yasası) Madde 8(2)(A) ve 22 Altında Tüzük[21] ile tebliğ ve ilanlar hakkında uygulama.

Bu iki yasa ve bir tüzük çerçevesinde Taşınmaz Mal Komisyonu, faaliyetlerini yürütmektedir. Tüm bu bilgiler çerçevesinde meselenin hukuksal incelemesi ön plana çıkmaktadır.

II. MARAŞ'TAKI VAKIF MALLARININ ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN İNCELENMESI

Öncelikli sual; Vakıflar İdaresi'nin Mal Tazmin Komisyonu'na kendi mülkiyet hakları için başvuru hakkı olup olmadığına dairdir. Bu doğrultuda, Vakıflar İdaresi'nin, Mal Tazmin Komisyonu'na, Maraş'ın belli bir alanının askeri bölgeden çıkarılmasıyla, bu Komisyon'a başvuracak Rumlar karşısında her bir davaya katılma hakkı (right to intervention) bulunduğu anlaşılmaktadır.[22]

Takdir edileceği üzere, Vakıflar İdaresi'nin hak ve menfaatlerinin muhafaza edilmesinde ortaya konması gereken hukuki argümanların temelinde uluslararası hukuk yer almaktadır. Dava mercii her ne kadar AHİM'in altında kurulan yönetsel bir yargı makamı (Mal Tazmin Komisyonu) ise de, esas konunun çözüm dayanağı uluslararası hukuktur. Uluslararası hukuka dair ihtilafların çözümlenmesinde uluslararası yargı mercii konumunda bulunan yargı müesseselerin öncelikle uluslararası hukukun kaynaklarına başvurarak hakça sonuç alması gerekir. AHİM Kaynakları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın 38. Statüsü bu hususta bize

[20] Necatigil, *a.g.e*, ss.24-87

[21] http://www.tamk.gov.ct.tr/dokuman/Tuzuk-TR.doc, "Erişim Tarihi: 03.02.2019".

[22] Birleştirilmiş YİM/İstinaf: 12-13-14/2015-(YİM Dava No: 262/2021)) sayılı ilamı

referans olur. Anılan davanın iki devlet arasında olmadığı husus dikkate alınsa da uluslararası yargı organı olarak AHİM Hukukunun kaynakları ile Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. Maddesinde öngörülen kaynakların topluluk hukukunun parçası olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu çerçevede, AHİM Hukukunun kaynakları aşağıdaki şekildedir:

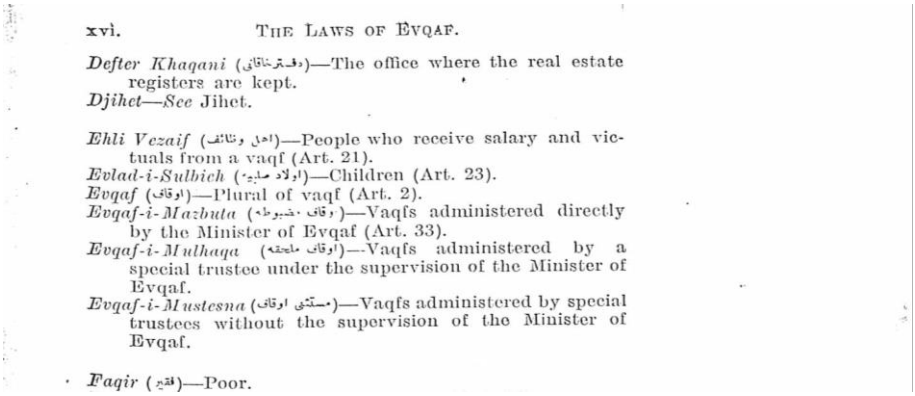
1-Anlaşmalar (Treaties)

2- Uluslararası Teamül Hukuku (International Customary Law)

3-Hukukun Genel İlkeleri (General Principles of Law)

Bu kaynaklar UAD Statüsü'nün 38. Maddesinde kodifiye edilmiştir. Bu çerçevede ahval şudur ki, AB hukuku ile AHİM Hukuku birbirinden farklıdır. Maraş meselesi AB'nin bir sorunu değil, Kıbrıs meselesi ile ilintili olarak uluslararası hukuk temelinde ele alınması gereken bir konudur. Bu bağlamda, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olan Ahkamül Evkaf kurallarının ulusal hukukun üstünde değerlendirilmesi önem arz edecektir. Başka bir ifadeyle, islam hukukundan doğan ve bugüne kadar süregelen vakıf hukuku kapsamında ortaya konan Ahkamül Evkaf kurallarına dair uluslararası andlaşma bulunmamasından dolayı, AHİM'in veya Mal Tazmin Komisyonu'nun meseleyi uluslararası örf adet hukuku çerçevesinde ele alması gerekecektir. Zira, ulusal hukukun üstünde var olan temel değerlerden biri de "hakka saygı ve mülkiyet hakkına saygıdır". Bu saygı vakıflara dayanan temel prensiplerden biri olması yanında, vakıfların hayır eksenli kurumlar olması, toplumsal yarar için oluşturulan senedlerden ibaret olması ve islam hukukuna dayanan Şeriye Mahkemelerle kuruluşları mümkün olsa dahi ortak hukuk sistemi veya medeni hukuk çerçevesinde Kıbrıs'ta kurulumlarının yine mahkemeler nezdinde olduğu dikkate alındığında, mahkeme kararı ile kurulan vakfiyelerin statüsünün tespitinde mazbut ve mülhak vakıfların evkaf idaresinde bulunan vakıflardan olduğu, yalnızca mülhak vakıfların özel ayrı bir mütevellisinin bulunabileceğinin öngörüldüğü "The Gift to Property of The Laws of the Evqaf" isimli eserde izah edilmektedir[23]. Yine anılan eserde Şer'î Hukuk ve Medeni Hukuk (civil law) temelinde de ayni anlamlarda kullanıldığı belirtilmektedir.

[23] Hilmi, Ömer, *The gift to posterity on The Laws of Evqaf*, (Çev. C.R. Tyser ve D.G. Demetriades) Cyprus, 1922.



xvi. THE LAWS OF EVQAF.

Defter Khaqani (دفتر خاقانی)—The office where the real estate registers are kept.
Djihet—*See* Jihet.

Ehli Vezaif (اهل وظائف)—People who receive salary and victuals from a vaqf (Art. 21).
Evlad-i-Sulbieh (اولاد صلبیه)—Children (Art. 23).
Evqaf (اوقاف)—Plural of vaqf (Art. 2).
Evqaf-i-Mazbuta (اوقاف مضبوطه)—Vaqfs administered directly by the Minister of Evqaf (Art. 33).
Evqaf-i-Mulhaqa (اوقاف ملحقه)—Vaqfs administered by a special trustee under the supervision of the Minister of Evqaf.
Evqaf-i-Mustesna (اوقاف مستثنی)—Vaqfs administered by special trustees without the supervision of the Minister of Evqaf.

Faqir (فقیر)—Poor.

Burada mülhak ve mazbut vakıflar hususunda 1901 senesinde "The Laws Relating To Immovable Property Made Vaqf" eseri C.R. Tyser, F. Ongley ve M. Izzet tarafından 3 eserden yararlanılarak oluşturulmuştur. Bu 3 eser aşağıdaki şekildedir;

Omer Hilmi- Traditions of ancestors concerning Laws of Evqaf, puplished in İstanbul,1307.

Khalis Eshref-Commentary on the Land Code, puplished in İstanbul, 1315.

Atuf Bey-Commentary on the Land Code , puplished in İstanbul 1319[24].

Anılan atıflardan da anlaşılacağı üzere, mülhak ve mazbut vakıfların Evkaf İdaresi'nin kontrolünde bulunmasının öngörülmesi bu vakıfların elden çıkarılmasının kolay olmadığının anlaşılmasını sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle, vakfiye ile şeri hükümlere uygun şekilde düzenlenen Sened'in hakim önündeki ikrar ve hakimin vakıf hakkındaki hükmü ve Vakfedenin vakfı üzerinde ileri sürdüğü koşulları içeren Mahkemece tescil edilen bidirge ile gerçekleştiği Laws of Evqaf'taki article 25'te yer almaktadır. O halde Mahkemece mühürlenip onaylanan Vakfiye sicile geçirilmesi, tutanağı oluşturulması ve ilgililere birer suretinin takdimi ile kurulunca bunun ne vakfeden, ne varisler, ne de Evkaf İdaresi'nce niteliği açısından devredilemeyeceği, satılamayacağı ve hibe edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Zira mahkeme önünde kurulan bir vakfiye senedinde evvela Allah'a hamd ve övgü yer alır, ve vakfı yapanın ad ve ünvanı, doğum yeri, mütevelli olacakların isimleri, vakf olan mal, mülk, para, vakf olan malların idaresi, gelirlerin nerelere harcanacağı, hakim veya mahkemenin gerekliliğine ilişkin

[24] Tyser, C.R./Ongley F./Izzet, M., *The Laws Relating To Immovable Property Made Vaqf*, Cyprus, 1901.

hükmü, isim, imza, mühür ve tanıklar ile tescili sağlanır. Şerî hukukta yer alan bu system medeni hukuk veya örf adet hukuku dönemine dahil olan İngiliz döneminde de geçerliliği kabul görmüştür. Başka bir ifadeyle, 1878 yılında Kıbrıs adasının İngiliz idaresine temlikinde Ek Protokol'de I ve II. maddelerde anılan durum net anlaşılmaktadır[25]. Esasen Vakıfların hukuksal statüsüne dair Lozan'da madde 60 temelinde öngörülen hüküm detaylarında Türkçe çeviri ile İngilizce metin arasındaki ciddi farklılığın yarattığı tercüme sorunsallığını bir kenara bırakırsak, "The Wakfs created on such property shall be maintained" vurgusu ile vakıflara ait mülklerin ayni statüde varlıklarının devam edeceği anlaşılmaktadır. Elbette Kıbrıs özelinde İngiliz dönemi oluşturulan diğer yasal mevzuatlardan Fasıl 337 ve akabinde 1960 Ortaklık Cumhuriyeti Anayasası madde 110 ile Ahkamül Evkaf ve Vakıfların hukuki haklarının mevcudiyeti anayasal düzende tanınmıştır. Ayni statü 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası 96. Maddesi ve 1985 KKTC Anayasa'sı 131. Maddesi ile Ahkamül Evkaf'ın yürürlükte olduğu net bir şekilde belirtilir. Bugün KKTC Mahkemelerinin hukuksal kaynakları içerisinde de Ahkamül Evkaf kuralları yer almaktadır[26].

Dolayısıyla burada, Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) zorunlu bir vurgu yapmanın aktarılacak Ahkamül Evkaf kuralları açısından önem arz ettiği kanaatindeyim. Elbette, UAD'ın yargı yetkisi hukuki uyuşmazlıklarda hukuki kararlar almak ve danışma görüşünde bulunmaktır. Birleşmiş Milletler organları veya uzmanlık kuruluşları UAD'dan danışma görüşü talebinde bulunabilir. Danışma görüşleri tavsiye niteliğindedir.

Uluslararası Adalet Divanı (UAD Statüsü'nün 38. maddesi) şekli kaynakları izah eder. Söz konusu maddenin içeriği özetle şu şekildedir: Divan uyuşmazlıkları 1-Uluslararası Anlaşmalar; Uluslararası Örf Adet Hukuku; Hukukun Genel İlkeleri; Doktrin, 2-Tarafların rızası (görüş birliği) ile Divan hakça ve eşitçe karar verme yetkisini kullanır. Bu iki temel madde ana çerçevedir. Gaye hakça sonuçtur. Hakkaniyettir. Uluslararası örf adet hukuku ana bağlayıcı kurallardandır. Uluslararası hukukta bu durum AHİM nezdinde de kabul görmüştür. O halde oluşabilecek hiyerarşik meselelerden doğan ihtilaf konuları da sıralamada belirtilen esasa göre çözümlenmeye çalışılmaktadır.

---

[25] I-That a Mussluman religious Tribunal (Mehkemei Sherî) shall continue to exist in the island which will take exclusive cognizance of religious matters , and of no others, concerning the Mussulman population of the island. II- That a Mussulman resident in the island shall be named by the Board of Pious Foundations in Turkey (Evkaf) to superintentend in conjunction with a delegate to be appointed by the British authorities, the adminitration of the property, funds, and lands belonging to mosques, cemeteries, Mussluman schools, and other religious establishments existing in Cyprus" ifadelerinde de görüleceği üzere Müslüman ahalinin şerî hukuku uygulamaya devam edeceği gibi burada uygulanan Evkaf uygulamasının devam edeceği öngörülmektedir.

[26] KKTC Mahkemelerinde Uygulanan Temel Mevzuat, https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/cevap1.aspx, "Erişim Tarihi: 02.11.2021".

Vakıflar İdaresi tüzel kişidir. Birlik tarafından tüzel kişi olarak kabul edilen kurum halini almıştır. Bilindiği üzere adada bir vakfın tescil edilmesine dair izlenecek usul ve işlemler vakfiyenin yargı yetkisine sahip mahkemece (aile mahkemesi) kurulumu sağlandığını evvelden vurgulamıştık.

Maraş'ta vakıf alanlarının çoğu Abdullah Paşa Vakfı(mazbut) ve Lala Mustafa Paşa Vakfı'na (mülhak) aittir. Anılan Vakıflar KKTC Vakıflar İdaresi ve Din İşleri Dairesi tarafından emaneten mütevelli görevi ile yürütülmektedir. Ifade etmek gerekirse, mütevelli tayin konusunda belli sürelerde atanmada aksaklıklar olmuş olduğu iddia edilmiş olsa dahi bu vakfiyenin geçersizliğini göstermez. Keza, mütevelli tayin edilmemesi halinde vakfın amacının başarısızlığa uğrayacağı sonucunu doğuracak bir yasal düzenleme yoktur.

1. Mal Tazmin Komisyonu Bünyesinde Vakiflar İdaresi'nin İlgili Şahis Yapilmasi

Bilindiği üzere, "Yönetsel karar veya işlem , kararın alındığı veya işlemin yapıldığı zamanda belirli veya belirlenebilir bir kişinin yasal hak ve menfaatlerini doğrudan etkileyen bir işlemdir".[27] Bu tanım idari karar ve işlemin kişi üzerindeki etkilerini ve doğurduğu sonuçları açıklar. Yüksek İdare Mahkeme'sinin benimsediği bu tanıma göre , bir idari karar veya işlem kişinin menfaatlerini veya hukuki durumunu etkilerse, karar icraidir. Kişinin hukuki durumunu etkilemeyen , kişinin mevcut durumunu teyit eden, durum bildiren veya bilgi verici kararların icrai niteliği yoktur. İcrai niteliği olmayan işlemler herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz ve hukuk düzeninde bir değişiklik yaratmaz.[28] Dolayısıyla, 67/2005 sayılı yasanın 7. maddesi başvuruda davalı tarafın kim olacağını ve başvurudaki işlemlere kimin davet edilmesi gerektiğini düzenler ve buna göre anılan yasa tahtında yapılacak olan başvurularda davalı taraf olarak Bakanlık ve/veya Bakanlığı temsilen KKTC Başsavcılığı gösterilir. Komisyon, KKTC mevzuatına göre başvuru konusu malın mülkiyet hakkını ya da kullanım hakkını elinde bulunduran şahsa da, Komisyon önünde yapılan işlemlere katılması için davet yapar. Komisyona davet edilen şahıs, yönetsel davalarda ilgili kişilere tanınan haklara sahip olur". Bu doğrultuda başvuru konusu taşınmaz malın mülkiyet hakkını veya kullanım hakkını elinde bulunduran kişiye başvurudaki işlemlere katılması için davet etmesi gerekir. Nitekim, Birleştirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi(YİM)/İstinaf:12-13-14/2015-YİM Dava No:262/2012 dosyasında şu önemli tespitler vardır:

"Taşınmaz Mal Komisyonu, Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesini başvuruya ilgili şahıs olarak katma kararı verirken, ilgili şahıs

---

[27] Necatigil, Zaim, *KKTC Anayasa ve Yönetim Hukuku,* Rüstem Kitapevi, İstanbul, 1988.

[28] YİM/İstinaf 6/2013 D.6/2014; Birleştirilmiş YİM/İstinaf:12-13-14/2015-YİM Dava No:262/2012 sayılı ilamı

olarak eklenmesi için yapılan talep ışığında, Başsavcılık tarafından yapılan Abdullah Paşa Vakfı'nın başvuru konusu taşınmaz mal ile ilgili mülkiyet iddiasını, Mağusa Kaza Mahkemesi kararını, yani başvuru konusu taşınmaz malın Abdullah Paşa Vakfına ait olduğuna dair tespit kararını, Tapu ve Kadastro Dairesi tarafından düzenlenen ve Komisyona verilen Emare 21 Mavi 314'teki belgeye göre , başvuru konusu taşınmaz malın **mülkiyet hakkını elinde bulunduran** Abdullah Paşa Vakfı olduğu dikkate alınarak karar vermiştir. KKTC Anayasasının 136. maddesine göre, yasama ve yürütme organları ile Devlet yönetim makamları Mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Taşınmaz Mal Komisyonu, Mahkeme kararı ile Abdullah Paşa Vakfı'na ait olduğu tespit edilen ve Tapu ve Kadastro Dairesi'nin düzenlediği emare 21 belgeye göre şimdiki mal sahibi görülen , başvuru konusu gayrimenkulün mülkiyet hakkını elinde bulunduran Abdullah Paşa Vakfının emaneten yönetici olan Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesinin, 67/2005 sayılı Yasa'nın 7. Maddesinde aranan mülkiyet hakkını elinde bulunduran şahıs olarak başvuruya ilgili şahıs olarak eklemiştir. Yani Komisyon , KKTC mevzuatına göre verilen geçerli ve bağlayıcı mahkeme kararına ve Tapu Dairesi'nin şimdiki mal sahibinin Abdullah Paşa Vakfı olduğunu gösteren emare 21 belgeye göre ve KKTC mevzuatı gereğince , malın mülkiyet hakkını elinde bulunduran kişi olan Abdullah Paşa Vakfının emaneten yöneticisi Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi'ni, 67/2005 sayılı Yasa'nın 7. maddesine uygun olarak ilgili şahıs yapmıştır. Komisyon, mülkiyet hakkını elinde bulunduran Abdullah Paşa Vakfı'nın mütevellisi olmadığı nedeniyle, emaneten yöneticisi olan Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesini başvuruya ilgili şahıs olarak eklemesiyle davacının hukuki durumunda bir değişiklik olmamaktadır.

Taşınmaz Mal Komisyonu, **Abdullah Paşa Vakfını**, KKTC mevzuatına uygun olarak, Mağusa Kaza Mahkemesi tarafından verilen bir tespit kararına ve Tapu Dairesi'nin düzenlediği belgeye istinaden, KKTC mevzuatı gereğince malın **mülkiyet hakkını elinde bulunduran kişi statüsü ile başvuruya ilgili şahıs yapmıştır**.

İlgili kişi," malın mülkiyet hakkını elinde bulunduran kişi" hukuki statüsünü, Komisyonunu ilgili şahıs ekleme kararı ile elde etmemiştir. Tam aksine var olan bu hukuki durumu nedeniyle, komisyon tarafından başvuruya ilgili şahıs olarak eklenmiştir. Bu hukuki statüye göre , Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi'nin başvuruya eklenmesi etkili bir işlem olmayıp, Davacı'nın hukuki durumunda değişiklik yapmayan, yasal hak ve menfaatlerini etkilemeyen ve icrai niteliği olmayan karardır.

Vakıflar idaresi bundan sonraki süreçte adil ve objektif karar verilebilmesi için işlemlerde şüpheye mahal vermeyecek şekilde iddialarını ispat ile yükümlü olduğu"[29] belirtilir.

Taşınmaz Mal Komisyonunun "**Administrative Tribunal**" niteliğindedir. Komisyonun yürütsel ve yönetsel yetki kullanan bir makam ve organdır.[30] Kararlarına karşı Yüksek İdare Mahkemesi'ne (YİM) başvurulabilir. 67/2005 sayılı Yasa ile Komisyon kararlarına karşı tarafların YİM'e başvurma hakkı vardır ve usule ilişkin kararların denetimi de YİM yetkisindedir. Komisyon'un kişinin hukuki durumunda değişiklik yapmayan, hak ve menfaatlerini etkilemeyen, icrai nitelikte olmayan kararları idari yargı denetimine tabi değildir. Bu nedenle Vakıflar İdaresinin ilgili şahıs olarak davaya katılması bir *default* sebebi (hukuken temerrüt, kanunun gerektirdiği birşeyi yapmamk, varsayılan kararın kaldırılması için başvurulur)olmadığı belirtilir".

Yukarıdaki bulgular ışığında, Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesinin ilgili şahıs olarak Maraş'ta 20 Temmuz 2021 yılında açılan yüzde 3.5 alan içerisinde bulunan vakıf mülkleri için Mal Tazmin Komisyonu'na başvuru hakkı ve müdahil olma hakkı varıdır.

Kapalı Maraş bölgesinde bulunan vakıf mallarına ilişkin ellerinde kayıtlı mal sahibi oldukları iddiası ile mülkiyet iddiasında bulunan "kişilerin" karşısında **estoppel by deed** prensibinin kullanılarak anılan mülkiyet iddialarına karşı duruş ele alınması gereken bir ilke olarak görünmektedir (Bu konu ilerleyen bölümlerde izah edilmektedir). Tapulardaki el değiştirmelere karşı Vakıflar İdaresi'nin iyi niyetli pozisyonunun aktarılması fevkalade önemli olacaktır. Esasen Komisyonun vereceği idari kararda *doğal adalet ilkelerine* uygun hareket etmeye yönlendirilmesi oldukça önemli olacaktır. Zira Rumlar genellikle 20 .07.1974 öncesi koçan sahibi olduğunu iddia eden belgeleri emare yaparak Taşınmaz Mal Komisyonuna başvurmaktadır. Bu kişiler iade ve tazminat taleplerinde bulunmakta oldukları belirtilmektedir.Lakin Vakıflar idaresinin mülkiyetleri üzerinde hak iddia edenlerin ispat etmek zorunda olacakları deliller aşağıdaki şekildedir:

-Abdullah Paşa Vakfı/Mülhak Vakıf adına orijinal tapu kütük kayıtları/tapu belgeleri/tapu koçanları ve bunların 20 Temmuz 1974 yılında yürürlükte olan hukuka uygun olarak/yürürlükteki mevzuata ve bu bağlamda ahkamül evkafa/evkaf kuralları/evkaf ile ilgili genel kabul gören *yasalara uygun olarak değiştirildiği*, taşınmaz malın Abdullah Paşa Vakfının /mülhak vakfın, sonuçta Abdullah Paşa Vakıfının emaneten

[29] YİM/İstinaf:12-13-14/2015-YİM Dava No:262/2012 sayılı ilamı

[30] Anayasa Mahkemesi 3/2006 D.3/2006 sayılı karar ve Yargıtay'ın Asli Yetki 32/2012 D.1/2014 sayılı kararı; Birleştirilmiş YİM/İstinaf:12-13-14/2015-YİM Dava No: 262/2012 sayılı ilamı

idarecisi ve temsilcisi olan Vakıflar İdaresi'nin mülkiyetinden 3.'cü kişilerin mülkiyetine /sonuçta talep edenin mülkiyetine vakıf hukukuna uygun olarak geçtiğini/vakıf arazisinin gasp etmediğini, anılan talepte gerçekten hak sahibi olup olmadığını ispat etmelidir.

Belirtilen konulardaki ispat külfeti 67/2005 Yasa'nın 6. maddesi kapsamında 3. fıkrası gereği herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde yerine getirilmesi gereken ispat külfetidir.

Bu hususlar ispat edilmedikçe başvuran Rumun lehine karar üretilmesi mümkün olmayacaktır. Diğer bir anlatımla, bahsi geçecek olan tapu kütüklerindeki kayıtların hukuka/anayasaya/yasalara/ahkamül evkafa/evkaf kurallarına/vakıf hukukuna/vakıflara dair örf adet hukukuna (değiştirilemez, hediye edilemez vs) aykırı olmamalıdır. Daha da öte, ortada bir gaspın olmadığı, hile ile veya tek yanlı irade ile gerçekleşmediği ispat edilmelidir. Burada önem arz eden diğer konu Vakfiye Beyannamesi'nin önemidir. Bu beyannamede vakfın satış veya ipoteği öngörülmemiş ise bunun karşısında işlem geçersiz olacaktır. Aksi halde el değiştirme iddiası reddedilebilecektir. Anılan konuların hukuki ve olgusal durumlarının daha net anlaşılması üzerine ihtilaf konusu meselede istifade edilebilecek argümanların ve olguların aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür:

2. Ahkamül Evkaf Kurallarına Dair Görüşler

Ahkamül Evkaf "Kıbrıs Cumhuriyeti", Kıbrıs Türk Federe Devleti ve KKTC tarafından tanınmaktadır. Osmanlı dönemi ise bu kuralların uygulanmaya başladığı en önemli devirdir.

Ahkamül Evkaf'a dair KKTC Başsavcılığının 2021 yılındaki görüşü: "Ahkamül Evkaf , Ömer Hilmi tarafından derlenen kurallardır. Kanun gücündedir. Anayasanın 131. Maddesinde veya başka herhangi bir maddesinde Ahkamül Evkaf'ın , üst norm olduğuna veya yasalardan üstün olduğuna dair bir ibarenin yokluğunda mezkur kuralları herhangi bir yasa gücünü haizdir. Fasıl 337, 1955 yılında geçirilen kanundur. Ahkamül Evkaf kuralları, yürürlükte olan başka kanunlardan daha üstün değildir. Fasıl 337 daha yeni bir kanun olduğu için Ahkamül Evkaf'ta düzenlenen konuların Fasıl 337'de yer alması halinde, Fasıl 337'deki kuralların uygulanması gerekir".[31]

Vakıflar ve Din İşleri Dairesi Görüşü: Ahkamül Evkaf kuralları Fasıl 337 ile tadil edilmiştir. Keza Ahkamül Evkaf kuralları Fasıl 337 ile birlikte okunmalıdır. Ahkamül Evkaf kuralları Fasıl 337'den üstün olmadığı gibi Anayasa seviyesinde de değildir. Ahkamül Evkaf kurallarının yer aldığı kitap, Tyser tarafından tercüme edilmiş Ömer

[31] *KKTC Anayasa Mahkemesi,* 10/2018, D.2/2021, https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Anayasa/dno/2021/D-2-2021.doc, "Erişim Tarihi: 04.06.2021".

Hilmi Efendi'nin kitabının 1899 baskısı veya 1922 baskısı olan ve kara kitap olarak da bilinen "A Treatise on the Laws of Evqaf" kitabıdır.[32]

İzah edildiği üzere, Ahkamül Evkaf kurallarının uluslararası hukukla nasıl ele alınacağının değerlendirilmesi hususu öne çıkmıştır. Öncelikle Ahkamül Evkaf'ın statüsü dikkate alındığında KKTC Anayasası'nın 43. ve 131. maddelerinde atıfta bulunulduğu belirtilir. Buna göre kamulaştırma ve el koyma konularında vakıf mallarla ilgili kuralların Ahkamül Evkaf'a uygun olarak yasa ile düzenlenmesi gerektiği 42. maddede izah edilirken, 131. maddede Vakıf mallarını ilgilendiren veya herhangi bir şekilde bunları etkileyen konuların , münhasıran, a) Ahkamül Evkaf, b) yürüklükteki mevzuat ve c) KKTC Anayasası yürürlüğe girdikten sonra Meclis tarafından yapılan yasalarla bağlı olduğu belirtilir.

KKTC Anayasasından önce yürürlükte bulunan Kıbrıs Türk Federe Devlet Anayasasında 34 ve 96. maddelerde Ahkamül Evkaf kuralları yer alırken, 1960 Ortaklık Cumhuriyeti (Kıbrıs Cumhuriyeti) Anayasası'nda madde 23(10) ve 110(2)'de yer almaktadır.

KTFD Anayasası 96. Maddesinin (2.) fıkrası ve KKTC Anayasası'nda ise madde 131 ile Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi başlığı altında ilk fıkrada Vakıf Kuruluşu ve Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf) bu Anayasaca tanınır" demektedir.

İkinci fıkra ile, "Vakıf kuruluşlarına veya vakıflara veya camilere ve diğer herhangi bir İslam dini kuruluşuna ait mallar da dahil olmak üzere, vakıf malları ilgilendiren veya herhangi bir suretle bunları etkileyen bütün konular, münhasıran Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf), yürürlükteki mevzuat ve bu Anayasa yürürlüğe girdikten sonra Cumhuriyet Meclisince yapılacak yasalara bağlıdır.

Dolayısıyla, "Ahkamül Evkaf kuralları değişebilirdir ve bu sadece Türk ve Müslüman toplum tarafından yapılması gerekmektedir".[33] Başka bir ifadeyle, "Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre, tüm bu detaylar ile vakıf malları konusunda Ahkamül Evkaf kurallarından farklı içerikli yasa hazırlanabileceğinin açıkça KKTC ,KTFD ve Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasa metinlerinden anlaşılmaktadır"[34].

"KKTC Anayasa Mahkemesine göre gerek Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasının 110. Maddesinde gerek KTFD Anayasasının 96. Maddesinde ve gerekse KKTC Anayasası'nın 131. Maddesinde hiçbir şekilde Ahkamül Evkaf kurallarına anayasal güç verilmiş ve /veya Ahkamül Evkaf Anayasa seviyesine getirilmiş değildir".[35]

---

[32] *KKTC Anayasa Mahkemesi*, 10/2018, D.2/2021 sayılı ilamı

[33] *KKTC Anayasa Mahkemesi,* 10/2018, D.2/2021 sayılı ilamı

[34] *KKTC Anayasa Mahkemesi*, 10/2018, D.2/2021 sayılı ilamı

[35] *KKTC Anayasa Mahkemesi*, 10/2018, D.2/2021 sayılı ilamı

KKTC Anayasa Mahkemesi'nin Ahkamül Evkaf kurallarının 1960 Anayasası'nda tanınan kurallar bütünü olarak değerlendirse de o tarihteki mevzuatı tanıma ve kabul etmenin Ahkamül Evkaf'ı anayasanın bir parçası haline getirmediği görüşünü belirtmiştir.[36] Bu görüşünü Anayasa Mahkemesi şu şekilde tamamlar: "Dolayısıyla Ahkamül Evkaf uluslararası anlaşmanın parçası olmadığı gibi,sadece KKTC Anayasası tarafından tanınan ve kuralları yürürlükte olan sair yasalar gibi uygulanması gereken hukuk kuralları bütününden ibarettir, bu bakımda sair mevzuattan herhangi bir üstünlüğü olmadığı"[37]belirtilmektedir. Elbette Mahkemenin anılan tespitinin Ahkamül Evkaf ve Vakıf Hukukunun sadece KKTC'de uygulanıyor olmuş olsa idi yerinde bir karar olabileceği aşikardı, lakin, Ahkamül Evkaf kuralları uluslararası hukukun bir parçası olduğu hususunu aşağıda izah eden detaylarla yenilemenin yararlı olacağı kanaatindeyim.

Esasen, Ahkamül Evkaf'a dair kurallar dikkate alındığında Mustafa Haşim Altan tarafından kaleme alınan *Belgelerle Kıbrıs Türk Tarihi* , Kıbrıs Vakıflar İdaresi Yayını,1986 yılı basımına ait iki cilt eserlerinde Altan, Abdullah Paşa Vakıflarının Maraş'ta Hükümet tarafından Rumlara bağış yolu ile elden çıkarıldığını ortaya koymaktadır[38]. Elbette vakıfların elden çıkması hususunda yapılan muamelelerin gayri hukuki şekilde Ahkamül Evkaf'a ve örf adet hukukunun parçası olan kurallarına aykırı şekilde gerçekleştiği değerlendirilmektedir. Başka bir ifade ile, "12 seneye yakın bir süre Evkaf-ı Humayun Müsteşarlığı ve Müfettişliği neticesinde deneyim kazanan, Hukuk Temyiz Mahkemesi'nin Eski Başkanı (Formerly President of the Civil Court) Ömer Hilmi Efendi tarafından kaleme alınmış ve akabinde Kıbrıs'ta görev yapan İngiliz hakimler tarafından Mahkemelerde kullanılmak üzere İngilizce tercümesi C.R. Tyser ve D.G. Demetriades tarafından yapılan "The gift to posterity on the Laws of Evqaf" başlıklı kitapta (1899 baskısı ve 1922 baskısı) yer alan kurallar vakıf malları ile ilgili eski kuralları (ancient laws) ve ayni zamanda örf adet kurallarını(customs and usages) kapsamaktadır. Bunlara ilaveten Fıkıh Kuralları(the rules of Figh) , **yasalar ve örf adet yasalarını** (customary law) içerir". [39]

Yargıç Gülden Çifçioğlu ise yukarıda ifade edilen hususlar üzerine aşağıdaki tespitlerinde şunları belirtir:

"Bilindiği üzere, Osmanlı Hukuk düzeninde örfi hukuk, şeri hukuk yanında, ondan bağımsız aynı zamanda şeri hukuk ile yan yana uygulanan, Osmanlı Hukuk düzeninin diğer bir temeli idi ve zaman içinde ihtiyaca göre oluşmuştur.Nitekim, zamanın Şeriye

[36] *KKTC Anayasa Mahkemesi*, 10/2018, D.2/2021sayılı ilamı

[37] *KKTC Anayasa Mahkemesi*, 10/2018, D.2/2021 sayılı ilamı

[38] Altan, Ahmet, Haşim, *Belgelerle Kıbrıs Türk Tarihi* , Kıbrıs Vakıflar İdaresi Yayını,1986.

[39] *KKTC Anayasa Mahkemesi*, D.2/2021 sayılı ilamı

Mahkemelerinde **(Shariye Courts)** hem şeri hukuk hem de örfi hukuk birlikte **(both religious and customary Laws)** uygulanmakta idi".[40]

"**Ömer Hilmi Efendi** tarafından kaleme alınmış olup İngilizce tercümesi **C.R. Tyser ve D.G. Demetriades** tarafından yapılan (2. baskısı) 1922 baskısı olan, " **The gift to posterity on THE LAWS OF EVQAF"** başlıklı kitabın yukarıdaki önsözü dikkate alındığında, bu kitapta yer alan kurallar bütününün, vakıflarla veya evkaf ile veya vakıf malları ile ilgili hukukun hem yazılı kaynaklarını hem de yazılı olmayan kaynaklarını içeren bir hukuki kaynak olduğudur.

III. ULUSLARARASI ÖRF ADET HUKUKU ÇERÇEVSİNDE AHKAMÜL EVKAF

Ahkamül Evkafın, Kıbrıs'ın Osmanlı İdaresi devrinde (1571 – 1878 yılları arasında)yürürlükte olduğu hususunda tartışma olmadığı gibi, Kıbrıs'ın bir İngiliz kolonisi olduğu dönemde, diğer bir ifade ile, 1878 ile 1960 yılları arasında da Ahkamül Evkaf'ın hiçbir kesinti olmaksızın yürürlükte olduğu tartışmasızdır." [41]Bu çerçevede, Ahkamül Evkaf kurallarının uluslararası örf adet hukukunun bir parçası olduğu aşağıdaki bulgularla detaylandırmanın ehemmiyet arz ettiği kanaatindeyim.

Kıbrıs dışında dünya üzerinde İslam ülkelerinde müslümanlığın en başından beri uygulanan bir örf ve adet geleneği haline gelen prensipler vardır. Bu prensipler temel olarak vakıf malların devredilemeyeceği, hediye ve hibe edilemeyeceği gibi temel Ahkamül Evkaf kaideleri çerçevesinde kabul görerek bugünkü devlet uygulama anlayışlarında yerleşmiştir.

Yapılageliş ya da örf adet hukukunun ayni yöndeki davranış ve tutumların giderek gelenek değeri kazanmasıdır. Genel nitelikli toplumsal örf adet kuralları hukukî kural oluşturur. Devlet ya bir şey yapar ya bir şeye karşı çıkar ya da bir şeyi yapmaz. Özü budur. Bu öz sergilenen tavrın kesintisiz, sürekli ve şüpheye mahal vermeden geçmişten bugüne sürdürülmesidir. Kamuyoyunun bu bilinçte olması önemlidir. Başka bir çerçevede, uluslararası mahkemenin verdiği bir kararda konuya yakın devletlere benimsenerek uygulanması da teamüle katkıdır. Tek bir devletin sergilediği bir tutum diğer devletlerce benimsenip uygulanmıyorsa o zaman öğretide tek olayla yapılageliş kuralı kabul edilmesine sıcak bakılmamaktadır. Bu uygulama bölgesel devletlerce de olabilir ya da bölge devletlerini kapsamayan sadece bir bölümünü ilgilendiren konu olabilir. Sadece iki devlet arasında kararlaştırılan bir netice de yapılageliş olabilir. Osmanlı döneminden

---

[40] *Cyprus Vaqfs Administration Cyprus Court Registers* – Cyprus Court Register No.1 (A.H.988 -1003/A.D. 1580- 1595) Edt. Tamçelik, Soyalp/ Kasapoğlu, Mustafa Kemal, Ekim 2020, Ankara, s. 3-5 vd

[41] KKTC Mahkemeleri, D.2/2021 sayılı ilamı

beri egemenliği altında bulunan topraklarda yaşayan halklar üzerinde vakıf ve evkaf kuralları sürmektedir. Burada örf adet hukuku çerçevesinde vakıf kanunlarının oluştuğunu ifade etmenin ya da bu alıntıda bulunmanın vesilesi vakıflara dair kuralların yazılı olsun olmasın bir yapılageliş kuralı haline geldiğidir. Başka bir ifadeyle, "Bir yapılageliş kuralının doğması için ayni yönde bir örnek davranışların sürekli olarak tekrarlanması yeterli olmaz. Bu davranışların hukukun bir gereği olarak zorunlu olduğu konusunda inancın varlığı da gerekir. Bu inanç opinio juris sive necessitatis'dir. Çeşitli ahlak ya da görgü kurallarını yapılagelişten ayıran fark, bu hukuksal zorunluluk inancının varlığı olmaktadır. Ancak bu inanç tek bir taraf için hak doğururken diğer taraf için de bu hakka saygı gösterme yükümlülüğünü getirmiş olması gerekir. Bu psikolojik öğedir(opinio juris). Burada yapılageliş kuralının varlığını ileri süren taraf, öteki tarafın bu yönde bir kuralın varlığını kabul ettiğini kanıtlamak zorundadır. Bu amaçla süreklilik arz eden bir davranışın yarattığı istikrarlı tutum yanında bu işlem ve eylemin hukukî zorunluluk inancı ile davranıldığının da ispatını gerektirir.

Vakıflar konusu İslam ülkelerinde genel bir uygulama olup evrensel nitelikli yapılageliş kurallarının varlığıdır. Bu kurallara doğrudan katılmayarak sessizce bu uygulamayı kabul ettiğini zımnen ya da aleni kabul eden üçüncü devletleri de bağlayabilecek bir karakterdedir.

Devletlerin bir yapılageliş oluşumuna katkıda bulunan işlemleri ile tutum ve davranışları tek başına yaptıkları ve öteki uluslararası hukuk kişileriyle birlikte gerçekleştirdikleri olarak ikiye ayrılır. Devletlerin tek taraflı işlemleri arasında en başta yürütme organı yani genelde Dışişleri nezdinde sergilediği nota, mektup, bildirim, vb çeşitli diplomatik işlemlerdir. Bu tutumlar uluslararası yargı organları önünde yapılageliş kuralı ile alakalı açıklayıcı verilerdir. Devletlerin tek taraflı yapılageliş oluşumuna katkıda bulunan işlemleri arasında yasama yetkisi ile hukukî işlemleridir. Yani yasalar, yönetmenlikler, kararnameler, tüzükler veya buyruklar…"[42].

Dolayısıyla, örf adet hukukunda süreklilik önemlidir. Vakıflara dair Osmanlı döneminde uygulanan, 1878 Savunma Antlaşmasında, 1960 Anayasası, 1975 KTFD ve 1983 KKTC Anayasalarında Ahkamül Evkafa dair süregelen bir vakıf uygulaması vardır. Bu uygulama diğer müslüman ülkelerde de devam etmektedir. Yalnız burada bilinmesi gerekenin sadece Kıbrıs'ta vakıf kurallarının varlığının söz konusu olmadığıdır.

Öncelikle Vakıf teriminin İngiliz dönemindeki belgelerde Vakf, Vaqf, Vaqfie, Vaqouf gibi tabirler ile kullanılmış Evkaf konusunda da

[42] Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri* I, 6. baskı, Turhan Kitapevi, 1996

Evcaf, Evqaf gibi kelimeler yer almıştır[43]. Öte yandan dünyadaki uygulamalarda wakaf tabiri Güney Asya ülkelerinde, Malezya dahil wakf bazı Güney Asya ülkelerinde Orta Doğuda waqf ve Kuzey Afrika'da habs olarak geçtiği belirtilmektedir.[44] Hatta bazı ülkelerde waqf olarak, Evkaf ise Awqaf olarak geçmiştir. [45] Bugün pek çok İslam ülkesinde Evkaf İdare veya Bakanlıklarının bulunması tesadüf olmamalıdır.

Bakınız Uluslararsı Sürekli Adalet Divanı önünde karara bağlanan (25 Mayıs 1926) davada (Polonya Yüksek Silezyası'nda Kimi Alman Çıkarları Davası[46]) alınan kararda Almanya'nın egemenliğini devredene kadar malları üzerindeki yetkisinin süreceğini bildirirken, bir andlaşmanın bu konuda çiğnenmesinin ancak "hakkın kötüye kullanılması ya da iyi niyet ilkesine saygısızlık" durumunda gerçekleşeceğini belirtmektedir.

Bu temel ilkeler çerçevesinde kazanılmış hakların (acquired rights), örneğin Ahkamül Evkaf kuralları çerçevesinde mülkiyet hakkının gerçek kişilere devredilemez olduğu, hukuki düzenin değişmesinden sonra da devam edeceği kabul görmektedir. Başka bir ifadeyle, kazanılmış haklar, bir hukukî düzen içinde kazanılan hakların bu kuralların ve hatta hukukî düzenin değişmesi durumunda da süregitmesini sağlamayı amaçlayan ilkedir. Bir hakkın doğumu ve kazanılması ile ilgili hukuk kurallarında meydana gelebilecek değişikliklerin geçmişe değil, geleceğe etkili olması uygundur. Yeni ortaya koyulacak bir hukuk kuralı vasıtasıyla bireylerin geçmişte hukuka uygun yollardan elde etmiş oldukları hakların ortadan kaldırılmaması veya zayıflatılmaması esası, "kazanılmış hak" kavramının hukukun temel prensiplerinden sayılmasının dayanağını oluşturmaktadır. "Kazanılmış hakların korunması" ilkesi, genelde kişi hak ve hürriyetlerinin, özelde de mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğünü üstlenmiş olan hukuk devleti esasının bir gereği olarak görmek gerekir. Kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, "hukuk devleti" ilkesinde bulunması lüzumlu olan güvenin korunmasına dair bir özellik, hatta hukuk devleti olmanın unsurlarından olup devlet ve idaresine katılanlar bakımından da bir yükümlülüktür.[47] Rum tarafı keyfi veya kötüye kullanımı yolu ile de kazanılmış hakkın ihlali içindedir.

---

[43] Rum arşivlerinde yer alan tutanaklarda belirtilen tabirlere şu linkten ulaşabilirsiniz: http://www.mjpo.gov.cy/mjpo/statearchive.nsf/All/373EA9C9B39ABA01C2257D5C0033CA1A?OpenDocument, "Erişim Tarihi: 04.06.2019".

[44] Obaidullah, Mohammed, *A Framework For Analysis Of Islamic Endowment (Waqf) Laws*, International Journal of Not-for-Profit Law, Vol. 18, no. 1, February 2016 / 54,ss.1-11, s.1

[45] Obaidullah, a.g.e.,s.1

[46] Permanent Court of International Justice, Tenth (Extraordinary) Session, Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits),Germany v. Poland,1926 (German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7 (May 25)).

[47] Sen, Ersen, Müktesep Kazanılmış Hak, Haber 7; http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1067127-muktesepkazanilmis-hak, "Erişim Tarihi: 02.07.2021".

Bu bilgiler ışığında bir hakkın doğması o hakkın kamusal makamlarca verilmesidir. Evkaf idaresi ve vakıflar yönetimi kazanılmış hakkın bir neticesi olarak bugünlere gelmişse de, burada mülkiyete dair vakıflar hukukundan kaynaklı hakların kazanılmış hak olarak günümüze geldiği aşikârdır.

Ör: Hindistan Vakıflar Yasası, 1954

Madde 36(A) ile taşınmaz bir vakıf malının satış, hediye, ipotek ya da borsa ile veya kira yolu ile tarım arazisinin elden çıkarılması olamaz demekte ve bu hallerde tekrar kazanım kuralarını detaylandırmaktadır. [48]

Islamic Wakf isimli eserinde William F. Fratcher[49]şunları vurgular:

İslam açısından vakıfların önemi Hz. Muhhamed(SAV)'e dayanmaktadır.

Vakıfların tanınmasının kökeni, Muhammed İbn İsmail el Buhari (810-872 A.D.) 'de bildirilen bir geleneğe dayanmaktadır. Bu geleneğe göre, Farouk Ömer İbn-el-Hattab (Halif 634-644 A.D.), Hz. Muhammed (SAV)'e, Allah'ı memnun etmek için mülkünü nasıl elden çıkarması gerektiğini sordu. Hz Peygamber cevap verdi, "Satılamaz, hediye veya miras konusu yapılamaz ve gelirleri yoksullar arasında dağıtır". Peygamberimizin pek çok vakf kurduğu belirtilmektedir.[50]

Osmanlı dönemi ve İslam hukukunun da etkisi ile dünya üzerinde bu anlayış hakim olmuştur. Bu çerçeve dışına çıkılarak herhangi bir vakf malını satan ya da yetkisizce kiralayan veya satan tamamı ile uluslararası hukukta mala fide olarak tanımlanan eylemde bulunmuş olur . Vakıf hukukunda usul hukukunda yer alan taşınmaz mal iktisabı (adverse posession) ile zamanaşımı üzerine mal edinim söz konusu olmaz. Özellikle de Tersefan Çiftliği Davası'nda Tersefanlı Rum köylüler tasarruflarında bulunan vakıf taşınmaz malların adverse posession yöntemiyle iktisab edilmesi için 1954'te Larnaka'da Rum yargıçlardan oluşan İngiliz Sömürge Mahkemesi'nde Action No. 70/54 sayılı davayı açtılar. Dava sonucunda amaçlarına ulaşamadılar zira, adverse posession yöntemi ile vakıf taşınmaz malların iktisabının yapılamayacağı, bir vakfın sürekli oldıuğu ve elden çıkarılıp devredilemeyeceği belirtilmiştir. Tersefan Davasını Rumlar İngiliz Sömürge Yüksek

---

48 Detaylar için bakınız: *Common Law*, commonlii.org/in/legis/cen/num_act/wa1954 58/, "Erişim Tarihi: 01.02.2021".

49 Fratcher, William F., *Islamic Wakf,* The, 36 Mo. L. Rev. (1971),ss.153-166, s.153 http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol36/iss2/1: https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2104&context=mlr, "Erişim Tarihi: 02.10.2020".

50 Baqutayan, Shadiya, Mohamed S. / Ariffin, Aini Suzana / Mohsin, Magda Ismail A./ Mahdzir, Akbariah Mohd., Waqf Between the Past and Present, *Mediterranean, Journal of Social Sciences*,Vol 9 No 4,Temmuz 2018, ss.149-155, s. 151

Mahkemesi'ne İstinafa gitse de buradaki Yargıç Zeka ile Rum Yargıç Zannetides'den oluşan Yüksek Mahkeme'de vakıf taşınmaz malların bir süre sonucu geçse dahi iktisabının yapılamayacağına karar vermiştir[51]. Bu karar ile vakıf mallarının süreklilik arz eden nitelikte olduğu vurgulanmıştır.

Esasen vakıf kurulumları ile ilgili de yeterli bir prensip yoktur. Mesela Osmanlı vakıfların dünyada kurulumunda Kadı'nın onayın bağlı kıldığı ama Hindistan ve Cezayir'de Kadı'nın onayına gerek olmadığı belirtilmektedir[52]. Ancak konumuzun özünü oluşturan meselede, doktrinde dahi vakıfların pek çok yazar tarafından ve uygulamada sayısız İslam ülke yasalarında satılamayacağı, hibe edilemeyeceği, devredilemeyeceğine vurgulaması vardır[53]. Örneklendirmemiz gerekirse, Malezya[54], Myanmar[55],Pakistan'da Müslüman Vakıflar Yasası,1923[56], ya da Hindistan, gibi Güney Asya, Kuzey Afrika ve Orta Doğu ülkelerine kadar uzanan köklü bir geçmiş ve bugün devam eden ayni uygulamalar söz konusudur. Daha da öte ifade etmek gerekirse, dünya genelinde Uluslararası Vakıf Kurumu[57] adı altında icra edilen faaliyetlerde ihtiyaç sahibi müslümanlara yardımlaşma İslam hukukuna göre sürdürülmektedir.

a. Doktrin Çerçevesinde Ahkamül Evkaf

Bilindiği üzere, uluslararası örf ve adet hukukunda ülkeler arasında belli kurallar ile belirli davranışlara izin verilir veya yasaklanır.[58] Uluslararası örf adet hukuku haline gelen kuralların bağlayıcılığı olur. Hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulama söz konusu olduğunda bu hukukun varlığından bahsedilir. Ahkamül Evkaf kuralları da yukarıdaki bölümde bahsedildiği üzere İslam ülkelerinde benimsenen ve uygulanan

---

51 Minas Sylvestrou and other v. The High Council of Evkaf 1959-1960, Vol.24, CLR,s.153

52 Fratcher, William F., a.g.m.,s.156

53 Magda I. A. / Hisham D. / Murat C. / Syed Othman A. / Shaikh Hamzah A. / Seyed Kazem S. / Thamina A., & Mohammed O. (2016). Financing The Development Of Old Waqf Properties; Classical Principles And Innovative Practices Around The World. New York: Palgrave Macmillan; Springer Science Business Media. ; Akt. Shadiya Mohamed S. Baqutayan, vd. a.g.m., s.149

54 Zubaidah Sharifah Syed Abdul Kader / Mohamed Nor Asiah, Legal Framework For Management Of Waqf Land In Malaysia,2014. 4 ShLR,ss.1-23; http://irep.iium.edu.my/41345/1/2014_ShLR__Legal_Framework_for_Management_of_Waqf_Landshlra2014_4_00012.pdf, "Erişim Tarihi: 02.10.2019".

55 *Current Legal Framework On Islamic Family Law In Myanmar*,ss.1-5: http://www.burmalibrary.org/docs21/Marlar_Than_Aung-Current_Legal_Framework_of_Islamic_Family_Law_in_Myanmar.pdf, "Erişim Tarihi: 01.04.2021".

56 http://nasirlawsite.com/laws/mwa.htm, "Erişim Tarihi: 06.05.2021".

57 http://www.alwqf.org/about-the-foundation/, "Erişim Tarihi: 08.06.2021".

58 Shaw, Malcom, *Uluslararası Hukuk*, TÜBA, Ankara, 2018, s.51

bir kuraldır. Her ne kadar ülkelerin iç hukuklarında Ahkamül Evkaf kurallarına dair müşterek vakıf kuralları oluşturulmuşsa da uluslararsı alanda vakıf hukukuna dair yazısız kuralların yokluğunun bir dezavanatj olamayacağını belirtmek isabetli olacaktır. Uluslararası örf adet hukukunda yer alan maddi ve psikolojik unsur İslam ülkeleri açısından değişmezdir. İlgili davranışın örneğin vakıf mallarının Allah'ın mülkü olup, hayır için uygulanacağı, satılamayacağı, hibe veya hediye edilemeyeceği gibi kurallarının ortaya koyduğu davranışın opinio juris karakteri vardır. Bu hali ile müslüman devlet uygulamalarında yer alan uygulamalar hukuki sorumluluğun da doğmasına etkendir. Başka bir ifadeyle, Ahkamül Evkaf'da öngörülen hususlara karşı atılan adımlarda elde edildiği iddia edilen kazanımlar, mülkiyet vb haller vakıf hukukuna aykırılık teşkil eder. Zira iddia edilen transferlerin hükümet kanadı ile Vakıflar İdaresi onayı ve rızası olmadan, mahkeme kararı gerçekleşmeden atılan adımlardır.

Vakıf Hukuku veya Ahkamül Evkaf kuralları müslüman devletler tarafından kabul edilen kurallardır. Vakıf'ın anlamı "*vakıf, alıkoyma, hapsetme veya yasaklama anlamına gelir. Aynı zamanda hareketin, nakliyenin veya bir şeyin değiş tokuşunun yasaklanmasını ifade etmektedir*".

"**Waqf means hold, confinement, or prohibition. it also denotes a forbidding of the movement,transport,or exchange of something"**[59]**.**

" *Daimi ve geçici olmak üzere iki tür vakf vardır(Kahf,1999,s.2). Araziler hariç tüm vakıf varlıkları doğası gereği kalıcı değildir. Ebediyet üç şartı gerektirir: (1) Vakıf sayılan malın tabiatı, hukuki durumu veya muhasebe muamelesi itibariyle ebediyete uygun olması gerekir. 2- Vakıf kurucusunun iradesinin açık veya zımni bir ifadesine ihtiyaç duyar. 3- Vakfın amacı daimi olmalıdır. Vakfın devamlılığı, vakfın olmazsa olmaz şartıdır".* [60]

Dolayısıyla,vakıf mülkü de devredilemez ve herhangi bir satış, tasarruf, ipotek, hediye, miras, haciz veya ne olursa olsun herhangi bir devire konu olamazdı." [61].

Three basic principles governed the *waqf: The trust was required to be irrovecable,perpetual and inalianeable.*[62] Anlaşılacağı üzere, doktrin dahil olmak üzere belirtilen ifadelerde, Vakf'a atfen değişmez

---

[59] *Waqf Core Principles,*Islamic Social Sector Development Initiatives,1993

[60] Cizakca, June 2004; Akt. Tunkin, Grigory, Is General International Law Customary Law Only?, 4 *EJIL(1993*), 534-541.

[61] Cattan, The Law of Waqf,in Law in the Middle East 2013,2015;Akt. Gaudiosi, Monica M., the Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College, University of Pennsylvania Law Review,1988, Vol.136, 1231-1262

[62] Cattan, Henry, 'The Law of Waqf' in Majid Khadduri and Herbery J. Liebesny (eds),. *Law in the Middle East*, vol I,2015. s.206

şekilde ayni vurgulamalar aktarılmaktadır: "Vakıf *yok edilemez, süreklidir ve kaldirilmaz"*.

Dolayısıyla "Mülk sahibi tarafından bir kez vakıf ilan edildiğinde, bu şekilde yaratılan vakıf geri alınamaz.Vakıf'ın bilinen sahibi, kurucusu, idaresi olsa da ilgili belirli hakları elinde tutabilirdi.... Vakıf, Vakıf Belgesinin şartlarına bağlıydı".[63]

Almanya'da Maecenata Institut tarafından 2013'te yapılan çalışmada Mohamad Hisham Defterdar ve Murat Cizakca tarafından "**Role of Awqaf in the 21st Century: An Update on the Development of Islamic Foundations**" çalışması yayımlanmıştır.[64] Bu çalışmada pek çok müslüman ülkesinde evkaf hukukunun Osmanlı hukukuna dayandığı belirtilir- Birçok Müslüman ülke, Osmanlı kanunlarına dayanan vakıf kanunları çıkardığı belirtilir.[65]

Bu kanunlar bugün Mısır, İran, Sudan, KKTC, Türkiye, Ürdün, Filistin vb pek çok müslüman ülkede varlığını sürdürmektedir.

"Vakfı yöneten üç temel ilkede *vakıfların emanet* görüldüğü ve vakfedilme işlemi sonrasında bu statünün kaldırılamayacağı, yani emanetin geri alınamaz, kalıcı ve devredilemez olması belirtilmek istenmektedir. Bu nedenle, bir mal sahibi mülkünün vakıf olduğunu beyan ettiğinde, sonradan yaratılan esas vakfın "geri dönülemez" özelliğidir. Vakıfların hayır maksatlı olması bu açıdan önemli vurgudur. Vakıf kurucusu olarak bilinen maliktir (Evkaf)ve, idaresi ile ilgili belirli hakları elinde tutabilirdi, ancak vakfın kendisi, geri alınamaz ve vakıf, vakıf belgesinin şartlarına bağlıdır. [66]

"Moreover, the waqf is inalienable, regardless of the grounds, and could not be subject to any sale, disposition, mortgage, gift, inheritance, attachment, or alienation."[67]

Ek olarak yukarıdaki izahatlardan da anlaşılacağı üzere doktrin nettir. Vakıf, her ne sebeple olursa olsun devredilemez ve herhangi bir satış, tasarruf, ipotek, hediye, miras, haciz veya temlike konu edilemez.

Herhangi bir vakıf malının satışını öngören vakfiye beyannamesi olduğu bir durumda elden çıkarılacak mülkün yerine eşdeğer mülkün konması genel kabul gören uygulamadır. Orijinal mülkün satışından elde edilen hasılat yoluyla bir değişim veya yatırım sırasında yeni mülk edinildiğinde, orijinal mülkle aynı koşullara tabi olacak olan yeni mülke

---

63 Makdısı, supra note 15, at 36; G. Makdisi, The Rise Of Colleges 38(1981)

64 Defterdar, Mohamad Hisham/ Cizakca Murat, "*Role of Awqaf in the 21st Century: An Update on the Development of Islamic Foundations*" Opusculum Nr.69; Dezember 2013.

65 Many Muslim countries issues awqaf laws which were based on the Ottoman laws.s.9

66 Obaidullah, Mohammed., PH.D, *A Framework For Analysis Of Islamic Endowment (Waqf) Laws* , International Journal of Not-for-Profit Law / Vol. 18, No. 1, February 2016 / 54.

67 Obaidullah, a.g.m.

vakfın tüm unsurları eklenmelidir. Başka bir ifadeyle, vakıftan mülküne inşa edilecek her türlü yatırım otomatik vakıf mülkü statüsüne girdiği belirtilir[68].

Burada önemli bir mesele de Batı'daki vakıf hukuku ve kültürü ile islam ülkeleri arasındaki vakıf hukuku ve kültürünün birbirinden farklı olduğudur.

Dolayısıyla vakıf, Batı hukuk sistemlerinde bulunan vakıf ve Müslüman vakıflardan "beka unsuruna sahip olması" hususu üzerine farklılık vardır; Vakıfları Batı hukuk sistemlerinde bulunan tröstlerden ve vakıflardan ayıran, ancak Avrupa ile Kutsal Topraklar arasında Fransisken Rahipleri de dahil olmak üzere çok fazla nüfus hareketinin olduğu Haçlı seferleri sırasında görünüşe göre ilk İngiliz tröstlerini etkileyen budur. Oxford Üniversitesi, ilk yıllarında, İslami etkiler gösteren Merton Koleji'nin 1264 Tüzüğü (kolej sisteminin kuruluşunda önemli olan) ile vakıftan etkilenmiş olabilir.[69] Elbette bu köklü geçmiş, İslam hukukunun sağladığı hayır anlayışından kaynaklanmaktadır. Lakin burada bizzat belirtmek gereken durumun, AHİM nezdinde bugüne değin incelenen vakıf meselelerindeki batı hukuk sistemi ile islam hukuk sisteminde ki vakıfların farklı hukuksal statüde bulunduklarıdır. Dolayısıyla, vakıf, beka unsuruna sahip olması nedeniyle Batı hukuk sistemlerinde bulunan kuruluş/vakıflardan farklıdır.

Bu ayrılığın en güzel ifadesine yakın zamanlı örnek vermek gerekirse, 1960 Kıbrıs Anayasası 110. maddeye göre vakıflar ile ilgili yalnızca Türk mahkemeleri yetkilidir.

b. İçtihat Çerçevesinde Ahkamül Evkaf

İçtihat hukukuna dair kimi davalarda Evkaf idaresinin vakıflar üzerindeki yönetim hakkı kabul görmektedir. Örneğin, **15 Ocak 1916 (V10) 1 CLR 97, The Delegates of Evqaf v. The Municipality of Nicosia Davası.**

Davacıların, Evqaf mülkünü yalnızca dini kurumları lehdar olduğu sürece yönetme hakkına sahip olduğu belirtildi.[70]

Daha da öte, Mazbuta Vakıfların dini kurumlara bağlı olmadığı ve Hükümet tarafından yönetileceği belirtildi).[71]**HELD further: That**

---

68 Obaidullah, a.g.m.

69 Gaudiosi., Monica M., *The influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: the Case of Merton College,* University of Pennsylvania Law Review, Vol. 136 (1988), ss 1231-1261.

70 15 January 1916 (V10) 1 CLR 97, The Delegates of Evqaf v. The Municipality of Nicosia Case

71 15 January 1916 (V10) 1 CLR 97, sayılı ilamı

Mazbuta Vaqfs not attached to religious establishments are to be administered by the Government.

"In 1252 all the vaqfs were united and a Ministry of Evqaf "constituted, and a little later the Haremein vaqf was given to the Ministry.[72]

"In 1260 the Evqaf administration improved and the Nazirs of "Evqaf were included in the Imperial Council. At that time the "administration was divided into two parts-Mazbuta and Ghairi"Mazbuta. The Sultan himself was Mutevelli of Mazbuta and the "Evqaf Nazir acted as his vekil.[73]

The term "administration" or " Idare" means, as regards Mazbuta Evqaf, the tevliet and nazaret; as regards Mulhaka evqafs the nazaret only.[74]

29 Ocak 1963 (1963) 2 A.A. Δ. 312, Müveddet Toygar and Other v. Ali Ratıb (Vakıf mallarının kişisel statüde olmadığına dair)Davası

Bu dava içinde yapılan vurgulamalarda:

Vakıfların 'kişisel statü' ile ilgili olmadığının belirtilmiştir, ve yasal yargı yetkisinin böyle bir durumda sadece Türk Aile Mahkemeleri'ne verildiği belirtilerek bunun sebebinin Vakıfların kurumunun sadece Türk toplumunu ilgilendiren mesele olarak tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle Vakıfların kurumu sadece Türk toplulumunu etkiler. Fasıl 337'de Evkaf ve Vakıflar yasasında yargıç Türk Aile Mahkeme yargıcıdır. "[75]

c. Uluslararası Normlar Açısından Ahkamül Evkaf

Kiracı iken satış veya bağış veya hediye gibi mevzular mülkiyet hukukuna aykırıdır. Tapu ve kadastro kayıdı sadece bireysel mülkiyetlerde geçerlidir. Vakıf hukuku açısından durum farklıdır. Evkaf idaresinin rıza ve onayı dışında mahkemece yapılması gereken işlemin bizzat vakıf beyannamesinde öngörülecek yapıda olması gerekir. O halde hukuken mahkeme kararı ile şahitler huzurunda kurulan bir vakfiyenin elden çıkması iddia edildiği gibi bu derece basit bir manada olabilir mi? Günümüzde dahi vakfiyelerin hediye ettim, bağışladım gibi ifadelerle elden çıkarılması mümkün değildir. Bu statü durumun berraklaşması açısından önemlidir. Uluslararası hukukta sözleşmeler hukuku çerçevesinde dahi Evkaf İdaresi ile mülkiyeti devraldığını iddia edenler arasında **consensus Ad idem** durumu yoktur. Başka bir ifade ile

[72] 15 January 1916 (V10) 1 CLR 97, sayılı ilamı

[73] 15 January 1916 (V10) 1 CLR 97, sayılı ilamı

[74] 15 January 1916 (V10) 1 CLR 97, sayılı ilamı

[75] 29 January 1963 (1963) 2 A.A. Δ. 312, Müveddet Toygar and Other v. Ali Ratıb Case

taraflar arasında bu konuda anlaşma ya da zihinlerde konuya dair oluşan fikir birliği olmadığı açıktır. Bu da durum vakıf mülkleri olup bizzat Evkaf idaresinde bulunan mülklerin üzerinde ayrı bir tapu ile mülkiyet iddiasında bulunan kişilerin anılan taleblerinin uluslararası hukuk açısından da void ab initio halidir. Başka bir ifadeyle, böylesine bir iddianın en baştan yok hükmünde ve geçersiz olduğudur. Öte yandan, **actus me invite factus non est meus actus** durumu olmadığı da açıktır. Kiracı olarak bulunan kişilerin iradeleri ile mülkiyeti bulunan vakıf malını başkasına satmaları durumu apaçık şekilde art niyetli durum halini alan durumdur. İngiliz tapu kayıt örneklerinde[76], mülkiyet hakkını aldığını iddia eden tarafın bu mülkiyetin vakıflara ait olduğunu bilmeme gibi durumu olamayacaktır. Elbette bu vaziyet, **tarihsel yorum** çerçevesinde Ahmet Haşim Altan'ın eserlerinden de anlaşılmaktadır.

Vakıf hukuku actus legis nemini facit injuriam ilkesi temelinde ele alındığında tamamen ırk dil din ayrımı yapmadan insanlığa hayır için adanan oluşturulan kurallar olduğu görülür. Hiçbir grup için üstünlük addederek vakıf hukuku oluşturulmamıştır. Kanun kuralları kimseye zarar verecek şekilde çare ortaya koymamıştır. Azınlık bir grup veya zümre korunması için oluşturulmamıştır. Tamamen **bona fide** temelinde iyi niyetin hakim olduğu çerçevede mülkiyet haklarına sahip çıkılmış ve kimsenin arazisi üzerinde hak iddia etmemiştir. **Absolute deed** niteliğinde vakıfların sınırlanamaz mülkiyet hakları mutlaktır[77].

Tüm islam ülkelerinde vakıf kanunları oluşturulmuştur. Bu kanunlar her bir ülkeyi bağlayıcı rolde şekillendirmiştir.

Bu gerçeklik doğrultusunda vakıf hukuku sadece yerel hukukun bir parçası olarak algılanamaz, bu hukuk örf adet hukukunun da bir parçası olmuştur.

Vakıf hukukunun bu karakteri mülkiyet hukuku çerçevsinde ele alındığında günümüz uluslararası evrensel mülkiyet hakkı ile vakıf hukukunda yer alan mülkiyet hakkının iki ayrı hukuk uygulamasının ifadesi olduğunu belirtmek gerekecektir. Zira bir tarafta *vakıflara ait mülkiyet hakkı* ve diğer tarafta *kişilere ait mülkiyet hakkı* söz konusudur.

Günümüzde, hukukun genel ilkelerinin neler olduğunun saptanması uluslararası yargı kararlarına bakmakla mümkündür. Bunların bir kısmı hukukun özüne ilişkin iken, diğer bir kısmı usul (procedure) hukuku ile ilgilidir Buna göre *devletin bağımsızlığı* **(independence)**, *iyi niyet* **(good faith)**, *zararın giderim gerektirdiği* **(obligation to make reparation)**, *yargı kararının uygulanması* **(res judiciata)**, *geçmişte kabulün gelecekte reddi mümkün kılmadığı* **(estoppel)**, *ölçülülük* **(proportionality)**, *bir konuyla ilgili özel*

[76] Ekler kısmında tapu örnekleri paylaşılmıştır.

[77] Absolute deed, US Law dictionary: https://definitions.uslegal.com/a/absolute-deed/, "Erişim Tarihi: 06.05.2021"

kuralların genel hukuk kurallarından önce geleceği **(lex specialis derogat legi generali)**, *sonraki kuralın öncekini yürürlükten kaldıracağı* **(lex posterior derogat legi priori)**, *adil yargılanma* **(fair trial)**, *kusur sorumluluğu* **(liability for faul)** ve *iç hukukun tüketilmesi* **(exhaustion of local remedies)** sayılabilir.[78]

d. İdare Hukuku Açısından Estoppel İle Vakıflar Konusunu İrdelemek

Kazanılmış hak , müesses durum, fiili memur ve haklı beklenti kavramlarının kesişim kümesi olan estoppel kavramı, idarenin davranışları sonucunda ortaya çıkan ve idarenin önceki davranışlarına aykırı bir tasarrufta bulunmasını yasaklayan bir ilkedir.

İdarenin davranışına güvenen Vakıflar İdaresi gerek İngiliz dönemi gerek 1960 dönemi zarara uğratılmıştır.

Hukuki ilişkiler açısında Vakıflar İdaresi/Evkaf kendi mülklerinin yönetiminde kiralanan arazilerinin "dönemin idarecileri" tarafından tek taraflı irade ile vakıf mülklerini yabancılara hibe veya hediye etmesi dürüstlük ilkesine aykırı olduğu gibi kamu hukuku açısından da beklenen bir davranış olamaz.

Estoppel kavramı bir kişinin yaptığı bir beyanın doğruluğunu veya var olduğunu iddia ettiği gerçekleri inkar etmesini engelleyen bir delil veya hukukun üstünlüğü kuralıdır.[79]

İngiliz hukukunda oldukça yaygın olan estoppel kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da **"itiraz hakkının düşmesi (dava engeli) durumu** oluşturur.

Nihayetinde bu kavram **idarenin önceki iradesine aykırı bir davranışta** bulunmasını engelleyen hukuki kavramdır. Başka bir ifadeyle, önceki davranışlara karşı aykırı tasarruf yasağıdır. Vakıfların gerek şeri hukuk döneminde gerek İngiliz yönetimine bağlandığı dönemde gerekse 1960 Ortaklık Cumhuriyeti ve sonrası Kıbrıs Türk idarelerinde tamamen mahkeme kararı ile kurulan müesseselerdir. Burada idare söylediği ve yaptığı şeylere bağlı olmakla yükümlüdür. Kıbrıs'ın fethi ve ada yönetiminde var olan bir müessese, İngiliz yönetimine temlik edildiği dönemde kabul görmekle birlikte, bizzat Lozan antlaşmasında muhafazası garanti altına alınmış, daha da öte 1960 Ortaklık Cumhuriyeti döneminde anayasal statüde tanınmıştır. Bu statü sonraki Türk idarelerinde de sürmüştür. Ahval bu iken, Ahkamül Evkaf denilen kaideleri tek bir kalıba indirmek ve yorumlamak mümkün olmayacaktır. Mesele teamül hukukunun evrensel niteliğini

---

78 Acer, Yücel/Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk*, 6. Basım. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015. s.57-58

79 Elizabeth Martin, *Dictionary of Law*, Fifth Edition,Oxford, 2002, s.181

berraklaştırmaktadır. O vakit burada irdelenmesi gereken hukuksal müdafaanın uluslararası örf adet hukuku açısından haklılığın ön plana çıkarılmasının fayda sağlayacağı kanaatindeyim.

Bilindiği üzere, established situation/müesses durum hukuka aykırı olup korunması gereken durum için kullanılan hukuki kavramdır. Her iki ilke geçmişten kaynaklanan bir iradeye bağlı olarak bir hakkın korunması talebini içerir.

Estoppel ilkesinin devreye girebilmesi için idari davranış gerekir. İdari işlem, eylem ve sözleşme niteliğinde olmayan davranışlardan da idarenin sorumlu tutulabilmesi estoppel ilkesi ile mümkündür. Bu nedenle idari yargı yollarında bu ilkeye başvurulabilir. Estoppel ilkesinde idareden bir taahüt veya beyanın korunabilmesi için bu durumun bir hakkın varlığına dayanması gerekir. Taahüt içeren estoppel (promisory estoppel) bu bir adalet prensibidir. Verilen vaade güvenerek iş yapanın verilen vaad boşa çıkarmasından ötürü zarar görmesi durumu söz konusudur. Zarara uğranmasına sebep olanın idare olduğu kabul edilir. Bu ilke vakıflar idaresinin anayasa ve yasalarla , ahkamül evkaf ile devlet kurumlarına güvenerek hareket etmesi davranışının sebebidir. Bu tartışmasız hak yaratır ve equity üzerine temellendirilir.[80]

Daha da öte, estoppel bir delil vasıtasıdır. Bazen dava sebebi olarak kullanılabilir.

Özel hukukla birlikte ele alınması da söz konusudur. Özellikle bir beyandan vazgeçilmesinin **adaletsiz –vicdana aykırı ve hakkaniyetsiz sonuçlar** doğurlması, bu beyandan kaynaklı ve zarara sebebiyet veren bir güven varlığı, bir beyan yada bildirim koşullarının varlığında estoppel ilkesi devreye girer ve burada iyi niyetli taraf korunur. [81]Vakıflar idaresi bu kapsamda idari işlemlerle kendi mülklerinin orjinal tapu kayıtlarının varlığı söz konusu olması ile mevcut otoritelere güven duyarak hareket etmesi, ve bugün karşısında mevcut mülkiyet hakları ve bu haklardan doğan menfaatlerinin görmezden gelinmesi durumu tamamen hakkaniyetsizliği ve zararının tazminini (harm principle) estoppel ilkesi ile ikna edici sebep olarak işaret eder.

Maraş konusunda yabancıların iddia ettikleri belgeler hukuki olarak void (hükümsüz) statüsündedir ve geçersizdir.

Bu ahvalde, gift deed - illegality and void ab initio ilkesi çerçevesinde sözde hibe alarak vakıf mülkleri üzerinde hak sahibi olduğunu iddia bizzat vakıflara ait mülkler üzerinde söz konusu kira

[80] Boz, Selman Sacit, Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği, *TAAD*,yıl:9, Sayı 34 (Nisan 2018), s.238

[81] Yost, Chris, A Case Review and Analysis of the Legitimate Expectations Principle as it Applies within the Fair and Equitable Treatment Standard" , Honour Thesis , The Australian National University , Australian, 2008, s.35; SCHØNBERG, Søren J., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, New York, 2000, s. 109; Akt. Boz, s.235

vaadinin dışında Mütevelli rızası ve Mahkeme kararı olmamasından ötürüdür ki, söz konusu iddia edilen hediye senedinin/belge/veya tapusunun yasadışı olduğu durumu çıkar. Bu durum da en baştan **ab initio olarak geçersizlik durumunu ortaya çıkarır**.

Bahusus, estoppel ilkesi ile kamu idaresi manasında tatbik edilen güvene karşı idarenin tutumu, beyanları, yanlış yönlendirmesi neticesinde zarar gören taraf vakıflar idaresidir. Başka bir ifadeyle, kamu idaresi davranışına İngiliz döneminde anlaşmalarla güvence altına alınan, Lozan'da taahütleri tekrarlanan maddeler ve diğer anayasal güvenceler karşısında zarara uğratılan Vakıflar idaresidir. Bu sebeptendir ki, Vakıflar İdaresi'nin mülkiyetinde bulunan arazileri üzerinde diğer kişilerin "hak" iddiaları mülkiyet hakları açısından geçersizdir. Uluslararası mülkiyet hukukuna göre mülkiyetin varlığı tapu sicil kayıtları ile gösterilir. Ancak burada öne çıkan durum vakıf hukuku kapsamında mülkiyet varlığına ilişkin resmi kayıtların irdelenmesi meselesidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, mülkiyet üzerindeki değişiklikler sadece yargıç kararı değil, mütevellisi veya mütevelli yoksa Evkaf idaresi rızası ile mümkündür[82].

Bu bağlamda ifade edilen estoppel ilkesinin, bir kişinin daha önce söyledikleri veya yasalarca kabul ettikleri ile çelişen bir şeyi tartışmasını veya bir hak iddia etmesini engelleyen hukuki bir ilke olarak Maraş konusunda öne çıktığı da anlaşılmaktadır. Zira bu ilke, insanların, başka bir kişinin sözlerinin veya eylemlerinin tutarsızlıkları nedeniyle haksız yere haksızlığa uğramasını önlemek içindir. Estoppelin nesafet, yani bir tür adalet fikrinden ortaya çıkmasına karşılık, kazanılmış hakların kaynağının ortak hukuk ile anayasa hukuku, yani pozitif hukuk olduğu belirtilmiştir.[83] Yalnız pozitif hukuk açısından dahi değerlendirecek olursak, Vakıflar ve Evkaf İdaresi'nin Ahkamül Evkaf kuralları çerçevesinde anayasal ilkelerce de korunduğu görülmektedir. Lakin tapular üzerinde değişiklik yapan idarelerin Evkafın rızasını aldığı ve bu hususta Türk mahkemeleri önünde yargıç huzurunda ilgili işlemlerin yapıldığına dair belgeler sunulmadan iddialar ileri sürülmektedir. Burada ayrıca belirtmek gerekecektir ki, e**stoppel by deed**[84]**ilkesi** "Tapu

---

[82] Hâkim huzurunda ferağ halinde dahi, yargıç huzurunda bu durumun hüccet senedi (delili) olarak düzenlenerek eklense de mütevelli rızası olmadan yargıç huzurunda yapılan işlemin yalnız başına geçersiz olduğu madde 209'da belirtilmektedir. Benzer nitelikli mütevelli rızası olmadan yargıçların aldığı kararın geçersizliği durumu 1899(V5), 1 CLR 20, 1899 December 23, Haralambo and Others, Children and Heirs of Constantino deceased c. A. Ashmore, Mehmed Sadık Efendi, as Trustees of Evqaf Case'de aktarılmıştır.

[83] Rhodes, Robert vd., "Vested Rights: Establishing Predictability in a Changing regulatory system", Stetson Law Review, V. 13, No.1, s.2

[84] **Estoppel by deed** is a doctrine that precludes individuals from arguing in court a position counter to what that person stated in a previous deed. The doctrine arises most frequently where someone deeded property they did not own, and later, they are involved in a dispute involving that property. Bkz:

yoluyla estoppel, bir tapu tarafının ve onun malvarlığının diğerine ve malvarlığına karşı herhangi bir hak veya unvan ileri sürmesini veya tapuda ileri sürülen herhangi bir maddi gerçeğin doğruluğunu inkar etmesini engelleyen bir engeldir. bir davanın dava ehliyetine yol açabileceğine, beyanlar veya sözleşmeler içermesi gerektiğine ve tapu/senetle davaya ilişkin bir davaya veya senetten doğan bir hakka ilişkin olarak davaya devam edilebileceğine hükmedilmiştir."[85] Bu hususlara dair, *Bidayet Mahkemesi estoppel hakkında şunları söylemiştir:*

"Davacıların mezkûr emvali gayri menkuleyi icara verebilip verebilmeme durumunda olup olmadığı haline gelince davacıların avukatının bu nokta üzerinde belirttiklerinin doğruluğunu kabul ediyorum: Yani icar mukavelenamesi imzalanmış, tasarrufu eline geçirmiş, hatta kira olarak birşeyler ödemiş (çünkü 180TL.'nin kiradan başka bir ödenek olduğu hususunda birşey söylenmediğine göre, 180TL.'yı kira olarak ödenen tutar diye kabul ediyorum),bir müstecir, mucirinin hak ve sıffatını (title) artık mevzu bahis edemez, veya etmekten durdurulur (estopped)".[86]

Bir başka açıdan Estoppel (dönmeme) ilkesi bir ilişkiler durumuna rıza göstermiş olduğu **kabul edilen devletlerin daha sonra pozisyonlarını değiştiremeyeceğine dair bir hukuki yöntemdir**.[87] İşaret edilmelidir ki,estoppele dayanan taraf, başka şeylerin yanında, diğer tarafın bildirimlerine güvenerek farklı eylemlere giriştiğini göstermelidir.[88] Bu, kendisi hakkı kuramıyor olmasına rağmen, delil bakımından ve pratik öneme sahiptir. Dönememe daha önceki tanıma ya da muvafakat aracılığıyla ortaya çıkabilir, fakat rıza gösteren devletin menfaatinin niteliği hayati öneme sahiptir.

Burada Vakıflar idaresinin dönemin idarelerine güven duyarak kendisine ve verilen tapu kütük kayıtları doğrultusunda mülkiyet meselesinin güvence altında olduğuna kanaatle, (anayasa, yasalar ve ahkamül evkaf kuralları ile) davranmıştır. Esasen uluslararası örf adet

---

https://www.law.cornell.edu/wex/estoppel_by_deed#:~:text=Estoppel%20by%20deed%20is%20a,a%20dispute%20involving%20that%20property, "Erişim Tarihi: 12.04.2021".

[85] Equitable Royalty Corp. V. Hullet,1952 OK 129,243 P.2d 986,206 Okla 233, Case Number: 34784,Decided: 04/01/1952,Supreme Court of Oklahoma

[86] Bak: "Phipson On Evience", II'nci baskı para 2038, 2039; Hill and Redman's Law of Landlord and Tenant 12'inci baskı, sahife 8'de "Notes" başlığı altında, paragraf "a" için yapılanlar, 288, para 187.

[87] Bkz., örnek olarak, Bowett, D. W. ,'Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence', 33 BYIL, 1957, s. 176; Thirlway, 'Law and Procedure', s. 29; A. Martin, L'Estoppel en Droit International Public, Paris, 1979; C. Dominice, 'A Propos du Principe de l'Estoppel en Droit des Gens' Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage `a Paul Guggenheim, Geneva, 1968, s. 327, ve I. Sinclair, 'Estoppel and Acquiescence' Fifty Years of the International Court of Justice (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, s. 104

[88] Malaysia/Singapore, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 81

hukukunun bir parçası olan vakıf kurallarının **Evkaf kuralları** olarak kabul gören yapısının anayasaca da tanındığı yazılı şekilde güvence altına alınan durumdur. Ahkamül Evkaf'tan bahsedilirken, bunun hiçbir dönemde yazılı kodifiye edilen kurallardan ibaret olmadığı ancak temaül niteliğinde İslam hukukundan kaynaklanarak günümüzde devam ettiği anlaşılmaktadır. Bunun sonradan inkar edilmesine ne parlamento ne resmi kayıtlar ne de mahkeme yolu ile izin verilemez. Vakfiye senedinde Evkaf İdaresi varlığı ile yürütülen vakfiyeler üzerinde herhangi bir el değiştirmenin mümkün olamayacağını ilerletmek **estoppel by deed** ilkesi ile önem kazanmaktadır.

Estoppel by deed, bireylerin mahkemede o kişinin önceki bir eylemde belirttiğine aykırı bir pozisyonu tartışmasını engelleyen bir doktrindir. Doktrin, en sık olarak, birisinin sahip olmadığı bir mülkü tapusunda bulunduğu ve daha sonra bu mülkü içeren bir anlaşmazlığa karıştığı durumlarda ortaya çıkar.

Estoppel by deed, ayrıca, bireylerin mahkemede o kişinin önceki bir eylemde belirttiğine aykırı bir pozisyonu tartışmasını engelleyen bir doktrindir. Doktrin, en sık olarak, birisinin sahip olmadığı bir mülkü tapuda aldığı ve daha sonra bu mülkü içeren bir anlaşmazlığa karıştığı durumlarda ortaya çıkar. Örneğin, John, John'un evinin arkasındaki elli dönümlük araziyi 200.000 dolara Parker'a satıyor. John aslında mülkün sadece 30 dönümüne sahipti ve diğer 20 dönümün başka bir gerçek sahibi var. Bu nedenle, Parker, John'un sahip olduğu 30 dönümlük arazinin yalnızca yasal mülkiyetine sahip olacaktı. Estoppel, John'un mahkemede, herhangi bir yasal anlaşmazlıkta Parker'ın diğer 20 dönüme sahip olmadığını çünkü doğru olsa da, John'un mülkü Parker'a sattığını iddia etmesini bu ilke ile engelleyecektir[89].

Propietary estoppel, mal sahibinin mülkünü kullanma haklarıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek ve hatta **tartışmalı mülkiyet devirleriyle** bağlantılı olarak etkili olabilecek, özellikle İngiliz hukuku ile bağlantılı yasal bir iddiadır.(Proprietary estoppel is a legal claim, especially connected to English land law, which may arise in relation to rights to use the property of the owner, and may even be effective in connection with disputed transfers of ownership),

Unutulmamalıdır ki, 1960 anayasal düzene göre (madde 110) vakıflara dair sorunlara ilişkin davalar dahi Türk mahkemelerinde görülecektir. Bu durumda, tüm vakıflara ait tapuların üzerinde gerçekleştiği iddia edilen değişimler, Vakıflar idaresince hiçbir zaman kabul edilmemiştir. Ortak norm ve değerlerin temelinde bu vakfiyelerden elde edilecek gelirlerle gayenin tamamen hayır maksatlı olduğu dikkate alındığında vakıf hukuku/Evkaf kuralları değişmez bir

[89] Cornell Law School, *Estoppel by deed*, https://www.law.cornell.edu/wex/estoppel_by_deed

değerdedir. Bu kapsamda elde tutulan mülklerin vakfiyelerinin yönetimi, kontrolü ve devamı halen Vakıflar idaresince yürütülmektedir.

The doctrine of estoppel by record precludes a party from denying the issues adjudicated by a court of competent jurisdiction (Collateral Estoppel) or any matter spelled out in a judicial record (judicial estoppel).[90]

Vakıfların tapu kütüklerini kabul edilmelidir. Bunun aksini iddia edilen kayıtlar bu hakka itiraz etmekten men edilmelidir. Mağusa Kaza mahkeme kararlarında mülkiyet hakkını elinde bulunduran kişi kararı önemli bir tespit kararı olduğundan ötürü Vakıflar İdaresi Mal Tazmin Komisyonu'na ilgili şahıs olarak eklenmiştir.

SONUÇ

Estoppel ilkesi özel hukuk kökenlidir ama, kamu hukuku alanında da kullanılabilir. Çok geniş bir kavramdır.

Mülkiyet hukuku iç hukuk yolu ile ortaya konup uygulanan ve her toplumun kabul ettiği genel ilkelerle mülkiyet haklarına saygı temelinde kabul gören bir hukuk dalıdır. Mülkiyet hukuku doğal adalet ilkelerinden doğmuştur. John Locke prensiplerine kadar eskiye gider. Vakıflara dair mülkiyet hakkı da **inherent rights** kapsamında İslam'ın doğuşu ile başlar. Başka bir ifadeyle, bir müslüman toplumda inançları gereği mülkiyete sahip olunduğunda bunu gönüllü ama hukuki yollarla vakfederek Allah'a adanmışlığın yolu olarak görmesi ve bu mülkiyet alanlarını hayır işlerine adanmışlığı sadece Kıbrıs'ta gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, Vakıf hukuku kapsamında mülkiyet "**unelienable rights/vazgeçilmez haklar**" kapsamındadır. Mülkiyet hakkı invioable ve sacred right(dokunulmaz ve kutsal hak) olarak Universal Decleration of Hukman Rights'ın da parçasıdır.[91] Zira, **Vakıfların mülkiyet hakkı Resolution 41/132 adopted 1986 by UN Commission on Human Rights to resulme consideration of the right of everyone to own property alone as well as in association with others"**[92] **ile kabul görür.**

Vakıfların mülkleri elden çıkarılamayacak karakterde süreklilik arz eden ve ahlaki değerleri ve hakları olduğu(**moral rights) mülkiyet hakkını evrensel kabul eden müessesedir.** Ancak , Vakıfların hakları ve kaidelerinin pek çok müslüman ülke tarafından kabul gören kanunlarda yer alması ve Osmanlı döneminden beri ön planda olmasından ötürü **conventional law** şeklinde küresel nitelikli mülkiyet haklarını

---

90 Zayka v. Giambro, 32 Mass. App. Ct. 748, 594 N.E.2d 894 [1992]).

91 *Universal Decleration of Human Rights, G. A. Resolution 217* (III) A, UN. Doc.,A / RES/217(III), (December 10,1948, contained protections of life, liberty and property

92 *General Assembly Resolution 41/132, 10, UN Doc. A/RES/41/132*(December 4,1986)

oluşturduğunu da ifade etmek gerekmektedir. Bu haklar ve kaideler Ahkamül Evkaf kuralları olarak müslüman ülkelerin ulusal yasalarınca halen korunmaktadır. İnsana yönelik hayır maksatlı bu kurumun vazgeçilmez hakları veya insan hakları temelinde temel hakları içerisinde bulunan hizmetleri oluşan örf adet hukukunun neticesidir. Dolayısıyla Maraş'taki mülklere ait vakıflar idaresinin mülkiyeti ve bunun üzerine gayri hukuki inşaatlarla ilerletilen binalar üzerinde **"inherent rights to property established by muslim awqaf laws"** prensibi vardır. Evkaf yönetimindeki Vakıfların mülkiyet sahipliğinde geri dönülmezlik, süreklilik önemlidir. Bunun içindir ki mülhak ve mazbut vakıfların tanımlamasında Evkaf İdaresi vurgusu vardır.

Gerek İngiliz işgal dönemi, gerek Lozan dönemi veya sonrasında Kıbrıs'ta Vakıfların hakları metinlerde kabul görmüş olmasına ragmen İngiltere'nin kabul edilemez muameleleri ile Vakıf hukukuna dayanan ilkeler yok sayılmıştır. Hatta Kıbrıs Türk liderliği bu dönemlerde Vakıflara dair hakların geri kazanılması için milli bir mücadele sergilemiştir. Tüm bu tarihi hadiseler, dönemin Türk gazete sayfaları ve Vakıflar İdaresi arşivlerinde yer almaktadır. Maraş'ta hak iddia eden tarafların 1959 öncesi veya sonrasından 1974'e kadar tüm ihlallerinden ötürü Kıbrıs Türk Vakıflar İdaresine kullanım kaybı tazminatını ödeme sorumluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla, 1974 ve sonrası mülkiyet iddiasında bulunan Maraş vakıf mallarına dair mülklerin Mal Tazmin Komisyonu (AHİM) nezdinde açılacak her davaya müdahil olma ve ilgili şahıs olarak gerekli ispat dosyalarını sunması bu bağlamda izlenecek yol olarak görülmektedir.

Absentia ejus qui reipublicae causa abest, neque ei neque alii damnosa esse debet(One's absence on affairs of the state is not to operate to his disadvantage) prensibi uluslararası hukukta kabul görür. Bu evrensel kurallar tek yanlı değerlendirilmesi söz konusu olamaz. Bu bağlamda, Vakıflar İdaresinin/Evkaf'ın rızası alınmadan onun yokluğu durumunda idarenin tek taraflı işlemle öz mülkliyet haklarında değişme olmaz.

Proprietas plena ilkesi gereği arazi üzerinde Vakıflar İdaresi tam mülkiyet sahibidir. Full property, i. e., title and use.

Vakıf hukuku, pek çok ülke tarafından *tanıma normu* çerçevesinde kabul görüp halen uygulanmasından ötürü uluslararası hukukun bir parçası haline gelen örf adet hukuku olmuştur.

Maddi unsur açısından vakıf kuralları günümüze kadar uygulanmaktadır. **Psikolojik unsur** açısından da vakıflara dair evkafın idare sisteminde vakıfların devredilemeyeceği, hediye edilemeyeceği gibi konular ve hayır işleri manasındaki hizmetleri ile uyulmaya devam etmektedir.

Örf adet hukukunda ölçü anayasadır. **Anayasal** düzende vakıf hukuku kabul görmektedir. Neticede örf adet hukukunun tamamlayıcı, yorumlayıcı ve zorlayıcı fonksiyonları vardır. Vakıflar idaresinin vakıf

mallarının satılamayacağına dair tezi bu esaslarla var olan hukuki boşluk söz konusu olması durumunda ileri sürülebilecek husustur. Öte yandan, örf adet hukuku uluslararası manada kabul gördüğünü İslam ülkeleri açısından kabul edilmesi ile anlaşılmaktadır. Evrensel bir vakıf hukuku kuralları yazılı olmasa da iç hukuk düzenlerinde uygulanan hukukun ortak akıl ve uygulama temelinde değişmez ve süreklilik arz eden kuralları söz konusudur. Bu çerçevede hakkaniyetin sağlanması, hakça sonucun üretilmesinde var olan vakıf hukukunun batı hukukunda yer alan kurumlardan farklı olduğu vurgusu önemlidir. Konvansiyonel nitelikteki bu yapı pozitif hukukun ortaya koyduğu ilkelerin mevcudiyetinden öte **ratio scripta** esası ile süregelen hukuk kurallarının değişmeksizin geçen yaşamı ne kadar uzunsa o kadar doğru olduğu durumu vurgulanır**. Başka bir ifadeyle vakıflara ait kurallarının standardizasyonu yeni bir olgu değildir. Yalnızca formalist mantıkla meselelerin çözümlenmesi mümkün olmayacaktır. Mülkiyet hakkının evrensel bir hak olarak Birinci Dünya savaşından sonraki çeşitli çalışmalarda öne çıkan yapısı dikkate alındığında 1914 İngiliz işgali ve sonrasındaki süreçte tarihsel mağduriyetin yalnızca "bir gruba" ait olduğu anlayışını içeren iddiaların sadece penubra of uncertainity oluşturduğunun (gölgeli alanlar) vurgulamanın faydalı olacağı kanaatindeyim.**

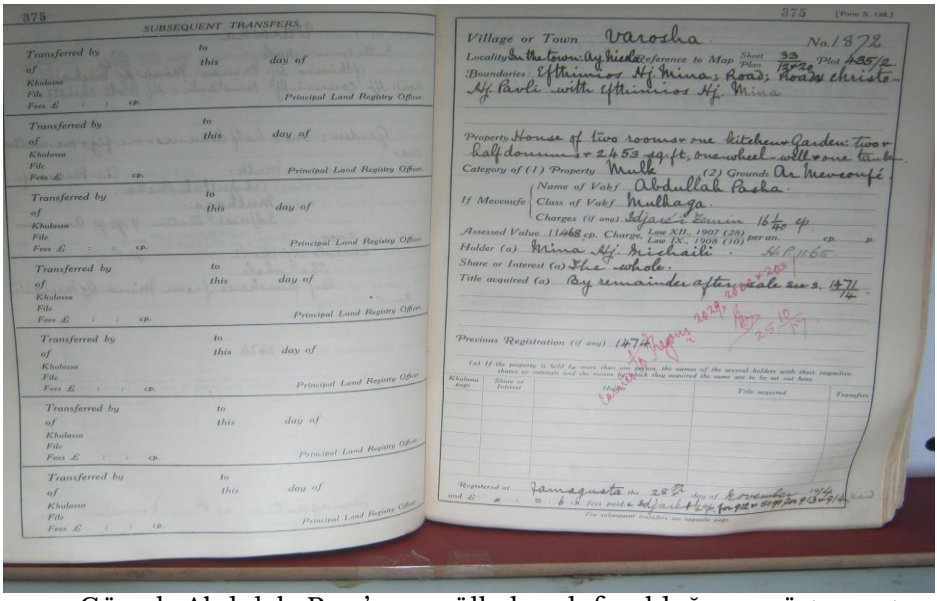
Mal Tazmin Komisyonu önünde görülecek tüm davalarda meşruiyetin yasallık ve amacı ve değeri dikkate alması adına dava dosyalarının ilgili hukuki terimlerle desteklenerek müdafaa edilmesinin en temel insan haklarına özgü uygunluğu sağlayacağı aşikardır. İlaveten, dava savunma dosyasında uluslararası içtihat hukuku, iç hukuktaki içtihat, uluslararası hukukun genel ilkeleri, uluslararası örf adet hukuku, doktrin gibi temel hukuk alanlarına dair bulguların her bir dava dosyası özelliğine uygun şekilde hazırlanarak müdahil olunması , tapu kayıtları, tarihsel yorum içeren belgeler , meclis konuşmaları, tutanaklar, bilirkişi raporları, belge bilgiye dair eklenmesi gereken hususların ispat açısından kuvvetli delillerle desteklenmesinde önem arz ettiğini belirtirim. Müdafaaya dair iç hukuk düzenlemeleri, anayasa ekleri, bahsedilen içtihat örnekleri ve bilgilerin kaynakları ayrıca ekler bölümüne dahil edilmediğini vurgularım. Sonuç olarak, İngiliz sömürge dönemi gerçekleşen işgal (1914) ve sonrasında Vakıflara dair haklarımız üzerine çok ciddi mücadeleler verilmiştir. Dr. Fazıl Küçük hatıralarında bunu net izah etmektedir.[93] 1960 yılında 16 Ağustos günü Rumlarla beraber Ortaklık Devleti kurulduğunda çok uzun yaşamayan , hatta Türklerin anayasal hakları var olmasına ragmen Rumlar tarafından yerine getirilmediği tarihsel belgelerde görülmektedir. Bu ahvalde Tersefan Çiftliği kararının dahi yargısal karar olmasına ragmen, yerine getirilmeyerek vakıflara dair haklar öne çıkarılmamış ve yargı kararı

[93] Küçük, Fazıl, *Mücadelemizin Görkemli Yılları*, KKTC Dışişleri ve Savunma Bakanlığı Yayını, 2002.

uygulanmayarak Rumların adına tapu kayıtları oluşturulmaya başlanmıştır. 1963-74 dönemi Kıbrıs'ta Türklere karşı yönetimden kovma ve asimile etme çabaları karşısında ada Türklüğünün merkezi hükümetten atılması ile Evkaf meselesinde gereken yasal takip gerçekleştirilememiştir. 1974 Barış Harekatından sonra toplumlararası görüşmelerin sürmesi, konunun bütünsellik içinde Kıbrıs meselesi ile ilintilendirilmesinden ötürü daha ileri adımlar atılamamıştır. 1990'larda Maraş'ta bir otelin bodrumundaki depoda Mağusa Kaza Tapu Daireine ait çok sayıda taşınmaz mal kayıt defterleri ve kütükleri bulunmuştur. Sözkonusu belgelerle İngiliz Sömürge memurlarının birçok yasadışı ve sahte tahrifatlar yaptıkları ve bu yöntemlerle birçok vakıf taşınmazın Rumlarca gasp edildiği belirlenmiştir. KKTC Vakıflar ve Evkaf Dairesi (yeni adı Vakıflar İdaresi ve Din İşleri Dairesi) gasp edilen taşınmaz mallar için 20 Kasım 2017'de Lala Mustafa Paşa'nın yöneticisi sıfatıyla tapu kayıtlarında sicillerin düzeltilmesi için YİM 161/97 sayılı İdari davayı açmıştır. Ayni şekilde YİM 160/97 sayılı idari dava ile de Abdullah Paşa Vakıf mallarının tapu sicillerinin düzeltilmesi için dava açmıştır. 271/2000 sayılı dava ve 272/2000 sayılı davada Mağusa Kaza Mahkemesi Maraş'taki taşınmazların malikinin vakıflar olduğunu ortaya koyacak tespit kararlarında bulunmuştur. Bu tarihi kararların Yüksek Mahkeme tarafından iptali için Rumların karşı davaları söz konusu olsa da Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını bozmamıştır. Bu hakikatler çerçevesinde, 1974'teki İkinci Kıbrıs Barış Harekatı sırasında Maraş'ın Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından ele geçirilmesi üzerine bu alanları gasp eden kişiler güneye kaçmıştır. Maraş bölgesi, 1974-1990 yılları arasında Kıbrıs Türk Barış Kuvvetleri Komutanlığı tarafından idare edilmiş ve 1981'de resmen birinci derece askerî yasak bölge olarak kabul edilmiştir. 29 Temmuz 1990'da bölgenin kontrolü KKTC Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı'na teslim edilmiştir. 2021 yılında Temmuz ayında KKTC hükümetinin aldığı kararla Maraş'ın %3.5'luk alan açılması kararı alınmıştır ve hak sahibi olanların Taşınmaz Mal Komisyonuna başvurusu istenmiştir. Bu oluşan yeni durum ile KKTC Vakıflar ve Evkaf İdaresi'nin her platformda hak ve menfaatlerinin korunması tarihi bir sorumluluktur. Zira, Maraş emanettir.

EKLER

a.Vakıflara Dair Harita, Tapu ve Belgeler[94]


375

SUBSEQUENT TRANSFERS.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

Transferred by to
of this day of
Khulassa
File
Fees £ : : cp. Principal Land Registry Office.

375 [Form N. 132.]

Village or Town Varosha. No. 1872

Locality In the town: Ay Nicola Reference to Map Sheet 33 Plan 1/2500 Plot 435/p

Boundaries: Efthimios Hj Mina; Road; Road; Christo-Hj Parli with Efthimios Hj. Mina

Property House of two rooms one kitchen Garden: two or half dunums 2453 sq ft, one wheel-well one tank

Category of (1) Property Mulk (2) Grounds Ar mevcoufé

If Mevcoufe { Name of Vakf Abdullah Pasha. Class of Vakf Mulhaga. Charges (if any) Idjare i Zemin 16/40 cp.

Assessed Value 114.68 cp. Charge, Law XII. 1907 (28) Law IX. 1908 (10) per an. cp. p.

Holder (a) Mina Hj. Michaili. H.P. 1165

Share or Interest (a) The whole.

Title acquired (a) By remainder after sale sec 3. 1471/14.

Previous Registration (if any) 1471

(a) If the property is held by more than one person, the names of the several holders with their respective shares or interests and the means by which they acquired the same are to be set out here.

Khulassa page	Share or Interest	Title acquired	Transfers

Registered at Famagusta the 28th day of November 1914

and £ : : 6 cp. fees paid. Jaffa

For subsequent transfers see opposite page.

Görsel: Abdulah Paşa'nın mülhak vakıf olduğunu gösteren tapu kütük kaydı

[94] Vakıflar ve Evkaf İdaresi erişim linki: http://www.evkaf.org/site/dokuman/SUNUM-AL%C4%B0CATAL.pdf, "Erişim Tarihi: 08.09.2021".

b.Yasa Dışı Devredilen Alanar

Kapalı Maraş Bölgesi'nde Evkaf malları kimlere verildi?
(Kapalı Maraş'ın Yüzölçümü 4,637 dönüm)

	Dönüm Adedi
Kıbrıslı Rumlar ve Yunanlılar	3362
Kıbrıs Rum Kilisesi	33
Rumlara ait Şirketler	125
Rum Belediyesi	21
Yabancı uyruklu Şahıslar	3
Rum Okul Komisyonu	39

Kapalı Maraş'ta meydana gelen mülkiyet intikalinin Osmanlı dönemi Vakıf Mevzuatında olmadığı gibi İngiliz İdaresi döneminde yürürlüğe konulan hukuki düzenlemelerde de yasal bir dayanağı yoktur.

Kaynak: http://www.evkaf.org/site/dokuman/tablo.jpg

Gazi Mağusa Kaza Mahkemesinin tespit kararına göre, Kapalı Maraş bölgesinde 1472 parselde kayıtlı 2743 dönüm, 0 evlek, 1018 a²'nin Abdullah Paşa; 1105 dönüm, 3 evlek, 2661 a²'nin Lala Mustafa Paşa Vakıflarına ait olduğu tespit edilmiştir. Vakıfların mülkiyetinde kalan 1 dönüm, 2 evlek, 452 a² yerin 582,59 m2'si Bilal Ağa Vakfı'na aittir.[95]

[95] Çatal, Ali, Kıbrıs Vakıflarına Ait Taşınmazların Yasa Dışı Mülkiyet İntikaller, *Evkaf Dairesi*; http://www.evkaf.org/site/dokuman/SUNUM-AL%C4%B0CATAL.pdf, "Erişim Tarihi: 01.07.2019".

c. Maraş Bölgesinde Yasadışı Mülkiyet İntikaline Uğrayan Vakıf Emlakı

Kapalı Maraş Bölgesinde Mülkiyet İntikaline Uğrayan Vakıf Emlâki:					
Yeni Malikler	İntikal Eden Emlakin				
	Parsel Adedi	Dönüm	Evlek	Ayak²	
Kıbrıslı Rumlar ve Yunanlılar	5877	3362	1	2562	
Merkezi Hükümet	74	165	3	3181	
Rumlara Ait Ltd. Şirketler	165	125	0	686	
İngiliz Savunma Bakanlığı	8	93	0	695	
Rum Okul Komisyonu	11	39	2	2986	
Kıbrıs Rum Kilisesi	37	33	0	784	
Rum Belediyesi	7	21	0	534	
Devlet Kuruluşları	7	5	2	3212	
Yabancı Uyruklu Şahıslar	33	2	1	1821	
Kıbrıslı Türkler	5	0	2	1618	
Genel Alanlar ve Yollar		787	1	3369	
Genel Toplam	6224	4636	1	3448	
Kapalı Maraş'ın Toplam Alanı		4638	0	300	
Vakıfların Mülkiyetinden Çıkan Emlak		4636	1	3448	
Elde Kalan Vakıf Emlaki		1	2	452	
Mülkiyet İntikaline Uğrayan Vakıf Emlakin Oranı: %99,99					

MARAŞ'taki Vakıf Mallarının Statüsü

• Lala Mustafa Paşa, satın alarak mülk edindiği mallarını vakfetmiştir.

• Abdullah Paşa, Temlikname (bir hakkın başka bir kimseye geçirildiğini gösteren belge) ile mülk edindiği mallarını vakfetmiştir.

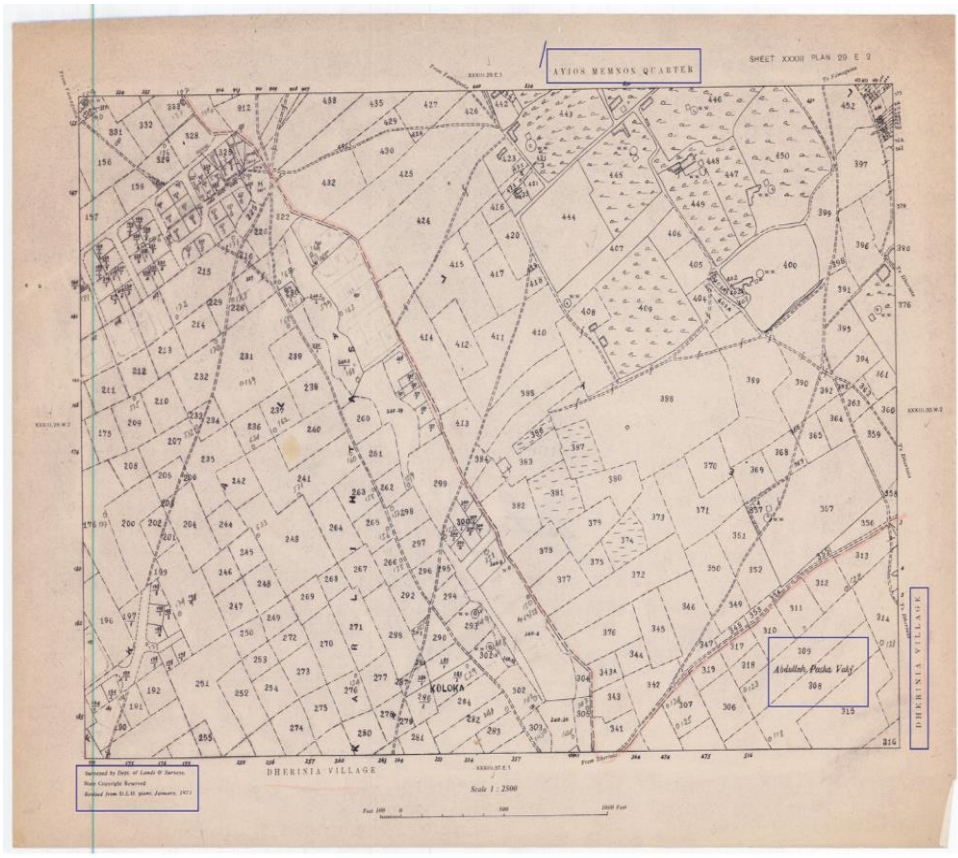
Bunların üçü de sahih ve lazım vakıftır.

• İngilizler, bu yerleri, 1913 sonrasında, kadastral haritalara işlemiş ve vakıfları adına tapu kütüklerine kaydetmiştir. Mutasarrıfları da bellidir.[96]

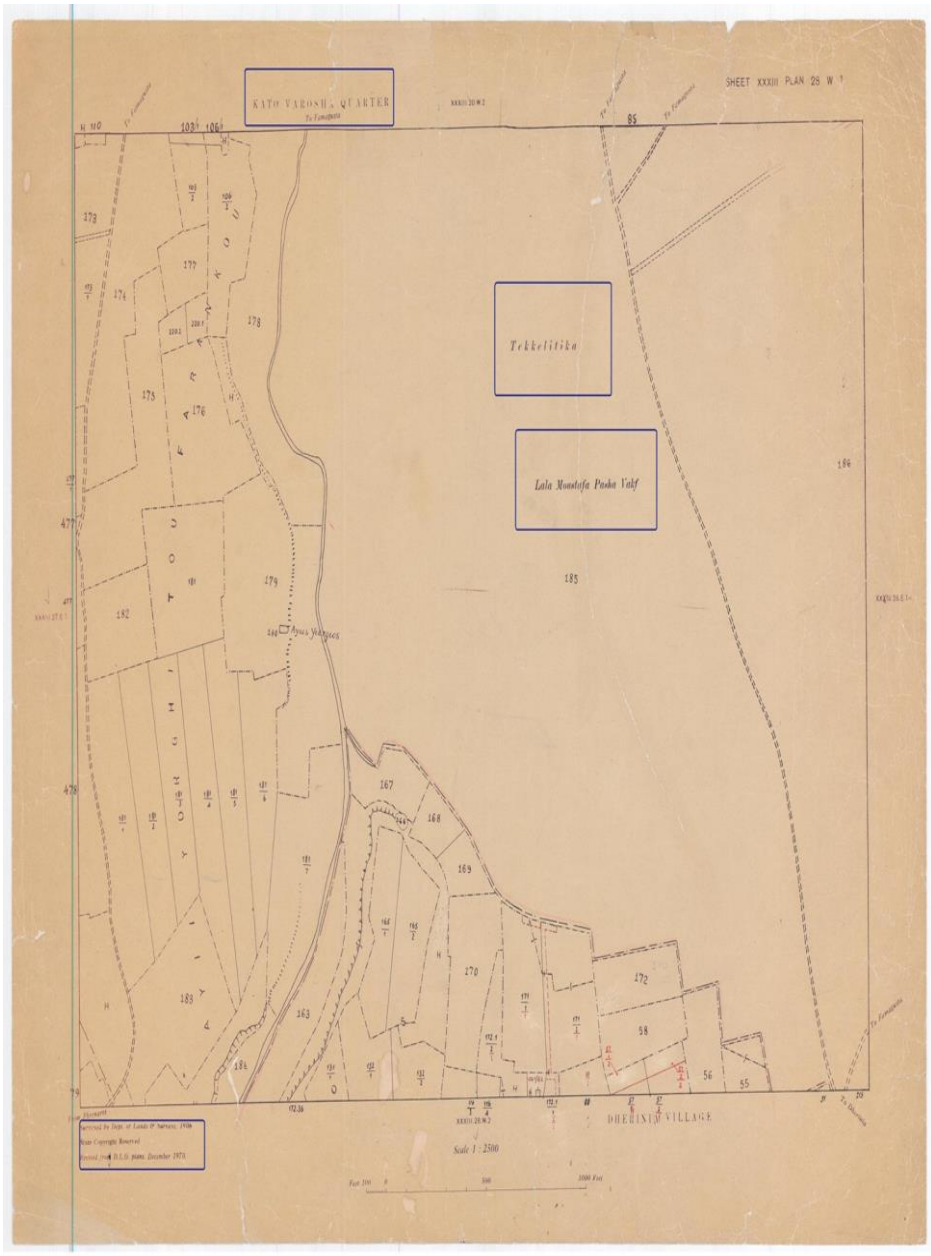
[96] Çatal, a.e.

d. Maraş Bölgesi Parselleri ile Vakıfların Alanları

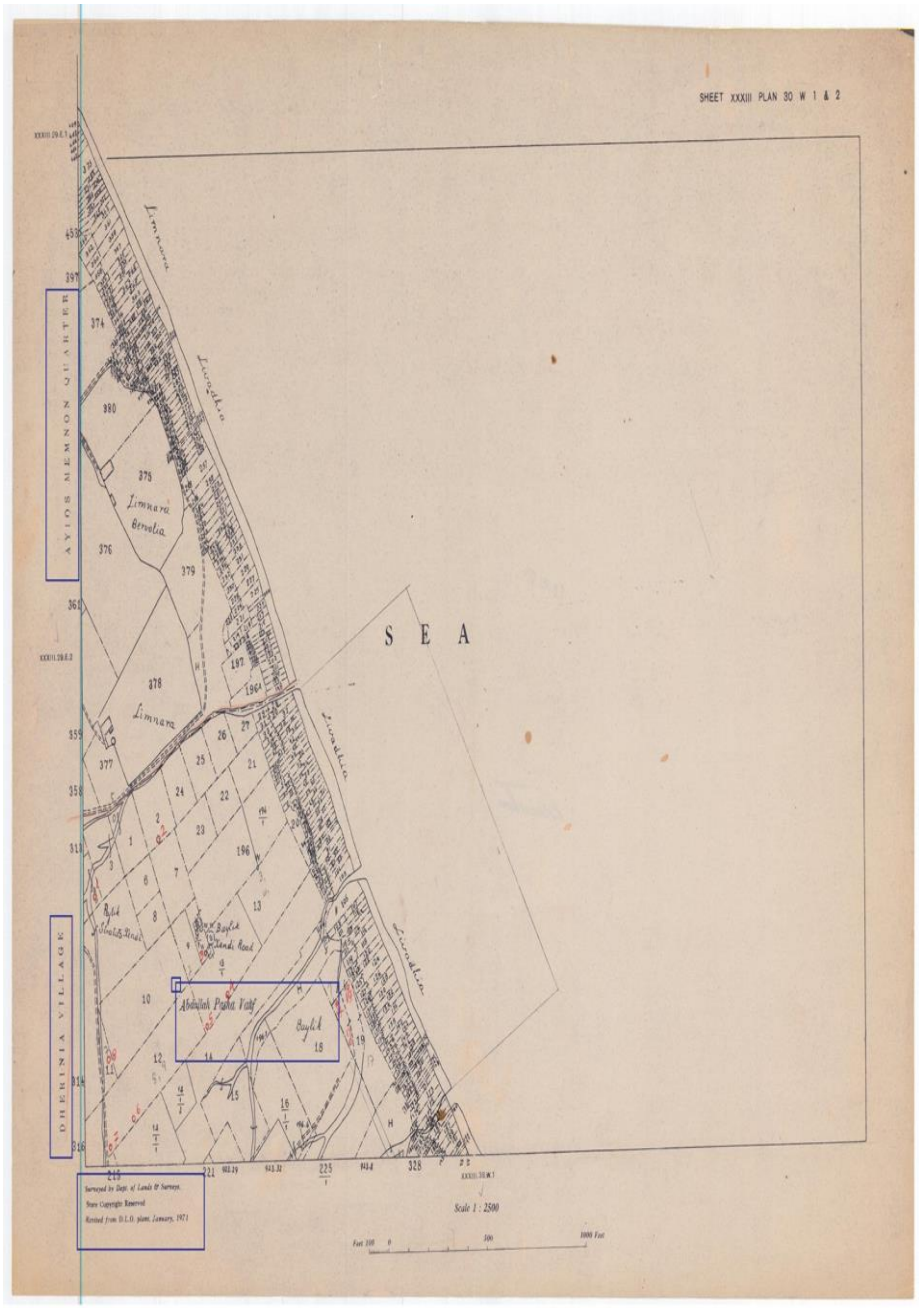
1. Abdullah Paşa Vakıf Alanı



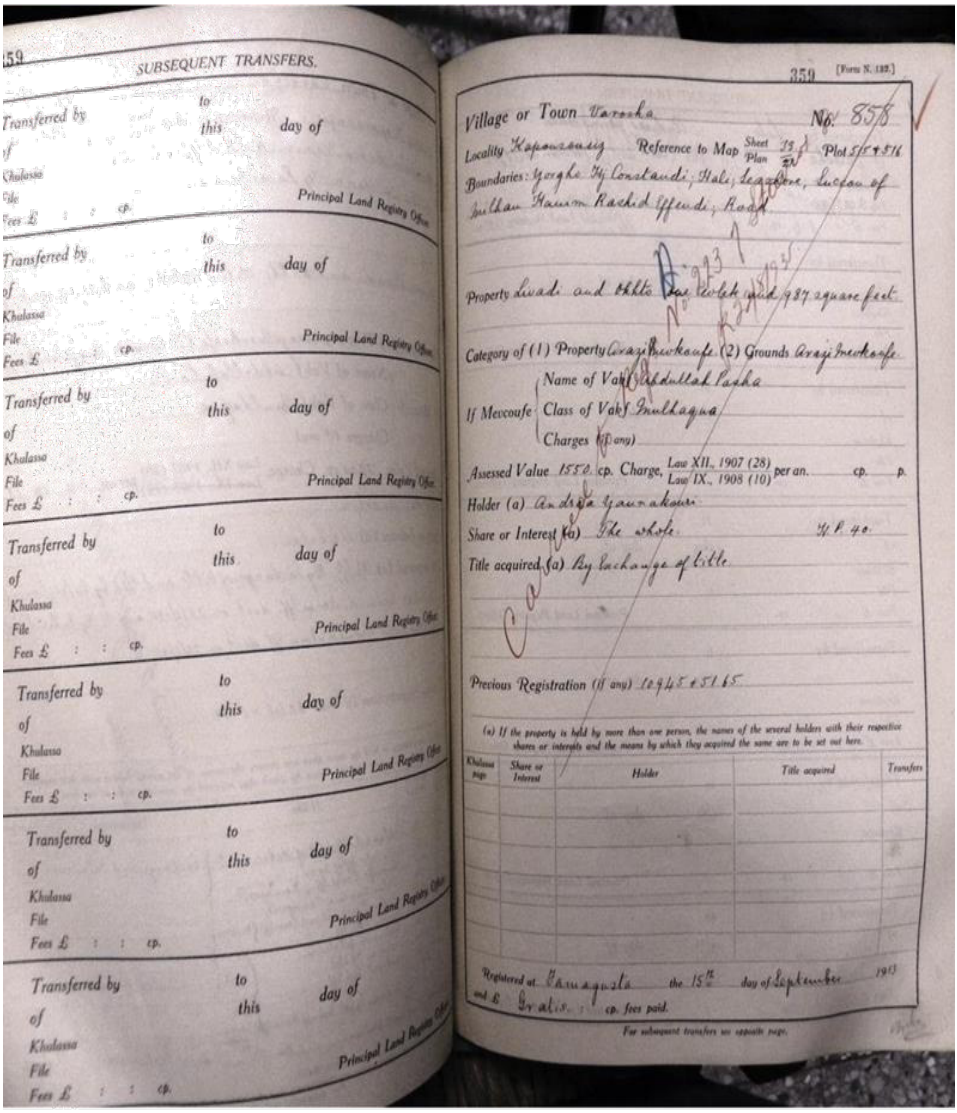
2- Lala Mustafa Paşa Vakıf Alanı



3- Bilal Ağa Vakfı Alanı



e.Maraş'ta Vakıfların Tapularına Ait Örnek Kütük Kayıt



359 SUBSEQUENT TRANSFERS.

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

Transferred by to this day of
of
Khulassa
File
Fees £ : : cp.
Principal Land Registry Office

359 [Form N. 132.]

Village or Town Varosha No. 858

Locality Kapousousiz Reference to Map Sheet 33 Plan 21 Plot 515 + 516

Boundaries: Yorghe Hj Constandi; Hali; Seashore, Succon of Mulhan Hanim Rashid Effendi; Road

Property Livadi and Ohhto one evlek and 987 square feet

Category of (1) Property Arazi Mevkoufe (2) Grounds Arazi Mevkoufe

If Mevcoufe { Name of Vakf Abdullah Pasha
Class of Vakf Mulhaqua
Charges (if any)

Assessed Value 1550 cp. Charge, Law XII., 1907 (28) / Law IX., 1908 (10) per an. cp. p.

Holder (a) Andrea Yaunakouri

Share or Interest (a) The whole. H.P. 40.

Title acquired (a) By Exchange of title

Previous Registration (if any) 10945 + 5165

(a) If the property is held by more than one person, the names of the several holders with their respective shares or interests and the means by which they acquired the same are to be set out here.

Khulassa page	Share or Interest	Holder	Title acquired	Transfers

Registered at Famagusta the 15th day of September 1913 and £ Gratis : cp. fees paid.

For subsequent transfers see opposite page.

Kaynak: KKTC Vakıfler ve Evkaf İdaresi, Örnek Tapular[97]

[97] Örnek Tapular için bakınız: http://www.evkaf.org/site/dokuman/tapuornekleri.pdf , "Erişim Tarihi: 01.07.2019".

KAYNAKÇA

12 OF 1907.A/ To Make Better Provision For The Registration Of Title To And The Valuation Of Immovable Property and to amend Law Relating to Immovable Property in certain Respect.ss.431-452., The Statue Laws of Cyprus. A.D.1907.

A. Martin, *L'Estoppel en Droit International Public*, Paris, 1979.

A. Qadri, *Islamic Jumrsprudfnce In The Modern World* 222, 1963.

Absolute Deed, *US Law Dictionary*.

Acer, Yücel / Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk* . Ankara: Seçkin Yayınları, 2015, 6. Basım.

Al-Adsani v. UK, 21 Kasım 2001, paragraf 60; 123 ILR.

Altan, Ahmet, Haşim, *Belgelerle Kıbrıs Türk Tarihi*, Kıbrıs Vakıflar İdaresi Yayını, 1986.

Boz, Selman Sacit, "Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği", TAAD, yıl:9, Sayı 34, 2018.

Cattan, Henry, "The Law of Waqf' in Majid Khadduri and Herbery J. Liebesny (eds)",. Law in the Middle East, vol I,2015.

C. Dominice, *A Propos du Principe de l'Estoppel en Droit des Gens' Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage* `a, Paul Guggenheim, Geneva, 1968.

Çatal, Ali, *Kıbrıs Vakıflarına Ait Taşınmazların Yasa Dışı Mülkiyet İntikaller,* Evkaf Dairesi, 2020.

Cornell Law School, *Estoppel by Deed,*
https://www.law.cornell.edu/wex/estoppel_by_deed

Current Legal Framework On Islamic Family Law In Myanmar.

Cyprus Vaqfs Administration Cyprus Court Registers – Cyprus Court Register No.1 (A.H.988 -1003/A.D. 1580- 1595), Ed.: Tamçelik, Soyalp/Kasapoğlu, Mustafa Kemal, Ekim, 2020.

D. W. Bowett, 'Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence', 33 BYIL, 1957

D. Warriner, *Land Reform And Development In The Middle East*,1962.

Fratcher, William F., *Islamic Wakf,* The, 36 Mo. L. Rev. 1971.

Gaudiosi, Monica M., "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", University of Pennsylvania Law Review, 1988, Vol.136, 1231-1262

Göçmen, 2019, "Avrupa Birliğinde Yargısal Koruma, Öncelik İlkesi", Ankara Üniversitesi, s.17, http://litreur.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/935/2019/11/Oncelik-Ilkesi-23-10-2019.pdf

Hala Sultan Tekke Nazırı Yusuf Ziya and Ahmed Kenan and Others Case.

I. Sinclair, '*Estoppel and Acquiescence' Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996.

Joseph., Schacht., *An Introduction to Islamic Law* ,Oxford: Clarendon Press, 1964.

Jurist. WAQF, 4 Moslem World 173, 1914.

Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasası, 1975.

Küçük, Fazıl, *Mücadelemizin Görkemli Yılları*, KKTC Dışişleri ve Savunma Bakanlığı Yayını, 2002.

KKTC Mahkemelerinde Uygulanan Temel Mevzuat, https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/cevap1.aspx, Erişim Tarihi, 02.11.2021.

Kılınç Ahmet, "Mecelle'ye göre Zamanaşımı: Uygulamada Görülen Aksakliklar Ve Çözüm Önerileri", Nisan 2021, Uluslararası Mecelle Sempozyumu: https://yayin.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/kitaplar/uluslararasi-mecelle-sempozyumu.pdf)

Martin, Elizabeth, *Dictionary of Law,* Fifth Edition,Oxford, 2002.

Minister Hits out at Evkaf Claims of Varosha Ownership, 31 Temmuz 2019*, Cyprus Mail*, https://cyprus-mail.com/2019/07/31/minister-hits-out-at-evkaf-claims-of-varosha-ownership/

Gaudiosi, Monica M., "The influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: the Case of Merton College", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 136 (1988), at 1231-1261.)

Necatigil, Zaim M., *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AHİM Kıskacında Türkiye,* Turhan Kitapevi, 2006.

Necatigil, Zaim, *KKTC Anayasa ve Yönetim Hukuku*,Rüstem Kitapevi, İstanbul, 1988.

Obaidullah, Mohammed, "A Framework For Analysis Of Islamic Endowment (Waqf) Laws", International Journal of Not-for-Profit Law / Vol. 18, No. 1, February 2016 / 54,ss.1-11,

Our View: "President running out of opportunities for Varosha", 4 Ağustos 2019, Cyprus Mail,

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri I,* Turhan Kitapevi, 1996, 6.baskı.

Permanent Court Of International Justice, Tenth (Extraordinary) Session, Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits), Germany v. Poland,1926 (German Interests in Polish Upper Silesia (Germ. v. Pol.), 1926 P. C. I. J. (ser. A) No. 7 (May 25).

Robert Rhodes, vd., "Vested Rights: Establishing Predictability in a Changing regulatory system", Stetson Law Review, V. 13, No.1)

Schønberg, Søren J., *Legitimate Expectations in Administrative Law,* New York, 2000.

Serengil, Şölen, Külahçı, "Vakıf Taşınmazlarının Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması", AUHFD, 60 (4) 2011: ss.921-933, s. 927

Shadiya Mohamed S. Baqutayan / Aini Suzana Ariffin / Magda Ismail A. Mohsin / Akbariah Mohd Mahdzir, "Waqf Between the Past and Present,Mediterranean", Journal of Social Sciences, Vol 9 No 4, Temmuz 2018, ss.149-155.

Sharifah Zubaidah Syed Abdul Kader Ve Nor Asiah Mohamed, "Legal Framework For Management Of Waqf Land In Malaysia", [2014] 4,ss.1-23.

Shaw Malcom, *Uluslararası Hukuk*, TÜBA, Ankara, 2018.

Taşınmaz Mal Komisyonu.

Tunkin, Grigory, "Is General International Law Customary Law Only?", 4 EJIL(1993), 534-541).

Universal Decleration of Human Rights , G. A. Resolution 217 (III) A, UN. Doc., A/RES/217 (III), (December 10,1948, contained protections of life, liberty and property

Vakıflar ve Din İşleri Dairesi.

Waqf Core Principles, Islamic Social Sector Development Initiatives,1993

Xenides-Arestis v Turkey davası, KKTC Mahkemeleri

Yost, Chris., A Case Review and Analysis of the Legitimate Expectations Principle as it Applies within the Fair and Equitable Treatment Standard", Honour Thesis , The Australian National University , Australian, 2008.

Zayka v. Giambro, 32 Mass. App. Ct. 748, 594 N.E.2d 894 [1992]).

General Assembly Resolution 41/132, 10, UN Doc. A/RES/41/132,December 4,1986.

1899 (V5) 1 CLR 20, 1899 December 23, Haralambo and Others, Children and Heirs of Constantino deceased v. A.Ashmore, Mehmed Sadık Efendi, As Trustees of Evqaf.

3 May 1904 (V6) 1 CLR 109, Muzaffer Bey and Others, v. W. Collet and M. Irfan Effendi Case.

V9 1 CLR 48, 1910 March 1, G. Smith and M.Irfan Effendi, Delegates of Evqaf, Yussuf Zia, As Nazır of Hala Sultan Tekke, v. Ahmed Kennan and Others Davası

15 January 1916 (V10) 1 CLR 97, The Delegates of Evqaf v. The Municipality of Nicosia Case.

29 January 1963 (1963) 2 A.A. Δ. 312, Müveddet Toygar and Other v. Ali Ratıb Case.

Malaysia/Singapore, ICJ Reports, 2008.

Anayasa Mahkemesi 3/2006 D.3/2006

Yargıtay'ın Asli Yetki 32/2012 D.1/2014

Birleştirilmiş YİM/İstinaf:12-13-14/2015-YİM Dava No: 262/2012

YİM/İstinaf 6/2013 D.6/2014;

YİM/İstinaf:12-13-14/2015-YİM Dava No:262/2012

Ulunay, Ergin, Maraş'ın Vakıf Statüsü'ne dair 2/7/2019 tarihli hukuki görüş metni, *KKTC Vakıflar ve Evkaf İdaresi*,2021

Türkiye Vakıflar Genel Müdürlüğü.

Davalarda Zamanaşımı Yasası, *Fasıl 15*, KKTC Mahkemeleri.

Tyser, C.R./ Ongley F./ Izzet, M., *The Laws Relating To Immovable Property Made Vaqf*, Cyprus,1901.

ALTERNATIVES TO PROSECUTION IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

"Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler"

Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ*

Abstract: In this study, the alternatives to prosecution in criminal procedure law, which have in recent years gained increased importance in comparative law, in Turkish criminal procedure law are dwelled on. Following the reform made in 2005 by virtue of the revision of main codes in Turkish criminal law, certain alternatives to prosecution have been introduced. Over time, along with the extension in the scope of application of these methods, a new method "accelerated procedure" has been also put into practice more recently. The alternatives to prosecution are the methods that enable the completion of the judicial process by a decision generally issued at the investigation phase within the discretion of the prosecutor, albeit the existence of evidence and suspicion to the extent that would suffice for the initiation of criminal proceedings due to a criminal act. In this sense, the methods in the Turkish criminal procedure law namely *the discretionary power to decision non-prosecution by the prosecutor, the suspension to the initiation of criminal proceedings, the pre-payment, the victim-offender mediation and the accelerated procedure* are discussed and reviewed herein.

Keywords: Discretionary power by prosecutor, alternatives to prosecution, diversion, penal order, accelerated procedure.

Özet: Bu çalışmada son zamanlarda karşılaştırmalı hukukta önemi gittikçe artan ceza muhakemesinde kovuşturmaya alternatif yöntemlerin Türk ceza muhakemesi hukukundaki durumu ele alınmaktadır. 2005 yılında yapılan reform kapsamında Türk ceza hukukunun temel kanunlarının yenilenmesiyle kovuşturmaya alternatif bazı yöntemler ihdas edilmiştir. Süreç içerisinde sözü edilen yöntemlerin uygulama alanı genişletilirken yakın zamanda "seri muhakeme usulü" adında yeni bir yöntem de getirilmiştir. Kovuşturmaya alternatif yöntemler, suç niteliğindeki bir fiil ile ilgili olarak kamu davası açılmasına yetecek ölçüde delil ve şüpheye ulaşılmasına rağmen, soruşturma evresinde genellikle savcının kontrolü altında bir karar verilmek suretiyle sürecin tamamlanmasına imkan veren yöntemlerdir. Çalışmada Türk ceza muhakemesi hukukundaki, *savcının takdir yetkisinini kullanılması suretiyle kovuşturmadan feragat, önödeme, uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve seri muhakeme usulü* kurumları bu kapsamda ele alınarak değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Savcının takdir yetkisi, kovuşturmaya alternatifler, diversiyon, ceza kararnamesi, seri muhakeme.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, hayavuz@gmail.com,
ORCİD : 0000-0002-6613-0073
Makale Geliş Tarihi: 28.08.2021 , Makale Kabul Tarihi: 28.10.2021

INTRODUCTION

Following the recent arrangements introduced as to the guarantees, which are embodied in the international/supranational human rights instruments concerning the right to a fair trial, in several countries including Turkey, it no longer seems possible to duly implement and complete *the traditional methods of criminal procedure* in terms of all offences committed, due to the lack of sufficient time and resources. Nowadays, many countries give priority to the *principle of procedural economy* owing to the methods bearing higher costs and vigorous effort due to the variety of the types of offences and increased number of offences and as required by the arrangements introduced in pursuance of the principle of a fair trial. In this sense, intending to cope with the excessive number of pending cases notably in cases of petty crimes/summary offences, there are in practice two basic methods called *diversion/diversionary disposal* which are generally considered alternative methods to prosecution and *short-cut/abbreviated/expedited/summary proceeding* to trial, to a full or certain extent from the *principle of no punishment without trial (nulla poena sine iudicio).*[1]

Diversion methods are the mechanisms to ensure divaricate from the principle of no punishment without trial which entails that for the imposition and execution of a criminal sanction, the offender must be tried by an impartial and independent tribunal in pursuance of the basic principles of the criminal procedure. However, the diversion methods are intended for officially addressing, and responding to, the acts constituting an offence, by deviating from the said processes of trial. On the other hand *in shortcut methods*, the offender is subjected to criminal proceedings during which certain processes required to be completed are skipped mainly with the offender's consent, and thereby a decision is issued at the end.[2]

In diversion practices, the *consensual procedural forms and/or negotiated case settlements*[3] generally come into prominence, whereas in

---

1 Vriend, Koen, *Avoiding a Full Criminal Trial, Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings,* Springer Pub., The Hague 2016, p. 6-7 ff; Adriaan M. Anderson, *Alternative Disposal of Criminal Cases by the Prosecutor, Comparing the Netherlands and South Africa,* Doctoral Thesis, University of Amsterdam, Amsterdam 2014, p. 56; Yavuz, Hakan A., *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler,* Adalet Pub., Ankara 2021, p. 22.

2 Vriend, p. 7; Kai Ambos/Alexander Heinze, "Abbreviated Procedures in Comparative Criminal Procedure: A Structural Approach with a View to International Criminal", in Morten Bergsmo (Editor), *Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes,* Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels 2017, p. 39 ff.

3 Thaman, Stephen C., "A Typology of Consensual Criminal Procedures An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Trial", in Stephen C. Thaman (Editor), *World Plea Bargaining, Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Carolina Academic Pub., Durham 2010, pp. 297-399.

shortcut practices, the focus is on the methods which last for a period shorter than that of the classic criminal procedures and which may yield a conclusion swiftly.

It appears that in many forms of the diversion methods, the prosecutor not only exercises the traditional *charging power* afforded to it but also acts as a decision-maker in the establishment of the alleged offence and determination of the corresponding sanction, thereby dealing with notably the intensified workload of the prosecution and trial phase.[4]

When the reforms intended for simplifying, expediting or setting aside the prosecution and trial phase are at stake, the question of whether the main principles of the criminal procedure would be relinquished is always the most important issue of discussion. Unequivocally, the principles of utmost importance are inter alia *the principle of material truth* and *the legality/mandatory principle*.[5] These principles in essence entail the prosecution of all offences with an identifiable offender as well as a rigorous assessment of the facts found established at the end of an oral and public trial, thereby ensuring an equal practice of law.[6]

Owing to the increased resort to these methods, it seems that the role undertaken by the courts as the authority to find establish the offence and impose the sanctions -irrespective of whether it is a court of jury, a mixed court with *lay judges* on the bench or a specialised court- has been increasingly reduced. By the powers afforded to the prosecution, the prosecutor, acting as a judge or a tribunal, decides on the establishment of the offence and the sanction to be imposed and the decision issued by the prosecutor is subject to the judicial review to the slightest extent, or only in form, or exempted from such review, which appears to be a matter of serious debate.[7]

---

4 Thaman, Stephen C., "The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?", in Luna, Erik/Wade, Marianne (Editor), *The Prosecutor in Transnational Perspective,* Oxford University Pub., New York 2012, p. 156; Julia Fionda, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study,* Clarendon Pub., Oxford 1995, p. 208; Hodgson, Jacqueline, "Guilty Pleas and The Changing Role of The Prosecutor in French Criminal Justice", in Luna, Erik/Wade, Marianne (Editors), *The Prosecutor in Transnational Perspective,* Oxford University Pub., New York 2012, p. 118; Luna, Erik/Wade, Marianne (Editors), "Prosecutors as Judges", *Washington and Lee Law Review,* Vol. 67, Y. 2010, p. 1413-1532; Jacoby, Joan E./Ratledge, Edward C., *The Power of the Prosecutor: Gatekeepers of the Criminal Justice System,* Preager Pub., Santa Barbara 2016, p. 61 ff.

5 For mor reading: Gallant, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* Cambridge University Pub., Cambridge 2009.

6 Yavuz, 2021, p. 27.

7 Thaman, 2012, p. 157.

This article will mainly deliberate on the methods available in the Turkish criminal procedure law to adjudicate the cases, which are mainly employed by the prosecutor at the investigation stage.

I. GENERAL OVERVIEW ON THE METHODS OF TERMINATE THE INVESTIGATION PHASE IN THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW (EXCEPT FOR PUBLIC PROSECUTİON)

The methods employed in the Turkish criminal procedure law to terminate the investigation phase, except for a criminal case to be filed for bringing the matter in dispute to the prosecution phase, may be listed as follows:[8]

- The decision not to investigate: *Decision on no ground for an investigation (Art. 158 § 6 of the Code of Criminal Procedure ("the CCP"))*

- The decision not to prosecute: *Decision of non-prosecution (Art. 172 of the CCP)*

- To waive prosecution:

- *Unconditional waiver: Decision of non-prosecution issued through the exercise of discretionary power by the prosecutor (Art. 171 of the CCP)*

- *Conditional waiver: Suspension to the initiation of criminal proceedings (Art. 171/2 etseq. of the CCP), Pre-payment (Art. 75 of the Turkish Criminal Code ("the TCC") and Victim-Offender Mediation (Art. 253 of the CCP)*

- Penal/punishment order: *Accelerated Procedure (Art. 250 of the CCP)*

A. Decision not to Investigate

Any regulation concerning the decision not to investigate was not included in the former text of the CCP. It is then incorporated into the CCP by an addition in 2017, which was made to Article 158.

In order for initiating a criminal investigation, there must exist concrete (severe and real) suspicion of having committed an offence at least at a "basic" or "initial" level, that is to say, to the extent that would suffice for taking of an official action. Basic suspicion is defined in the CCP as *"any circumstance giving the impression that an offence has been committed"* (Art. 160 §1 of the CCP).

By virtue of a decision not to investigate, it is intended for striking a criminal report or complaint received by the law enforcement units or prosecutor's offices out of the system at an early stage before the

[8] See for the classification: Yavuz, 2021, p. 129 ff.

investigation process has not been initiated yet. Accordingly, at this stage, the person complained of or reported and the impugned act are respectively qualified as "suspect" and "act involving criminal suspicion" but are not placed on record, and the file is thereby closed. Therefore, the requirement to apply this process is the ability to clearly understand that the alleged act does not constitute an offence without any inquiry, or the abstract and general nature of the criminal report or complaint.[9]

Actually that an investigation is indeed conducted at this very stage; in other words, the decision not to investigate and the preliminary period before this decision are also a part of the process covered by the investigation phase. However, given the possibility that placing a person's name as a suspect on records -even though these records are confidential- may bear consequences likely to infringe his/her *right not to have his innocence called into question/presumption of innocence* irrevocably, it should be noted that this process is based on a sound formulation.[10]

As indicated in the official data, out of 240.403 criminal reports received by the chief prosecutor's offices in 2020, a decision not to investigate was issued in 141.986; a decision to initiate an investigation in 19.622; and other types of decisions were issued in 29.105. To put it in percentage, 74,5 % of the total criminal reports were concluded by a decision not to investigate.[11]

B. Decision not to Prosecute

In cases when the investigation process is initiated upon a criminal suspicion of at least a "basic" level, the prosecutor should inquire whether this suspicion reached a sufficient level to conclude that the alleged criminal act was committed by the identified offender and also whether there is a legal obstacle to proceeding with the prosecution phase. After it is revealed at the end of such an inquiry that these issues have been duly fulfilled, it should be then discussed whether the methods alternative to prosecution can be employed. If it is considered impossible to employ these methods, a criminal case must be filed, thereby proceeding with the prosecution phase.

---

9 For more reading: Kızılarslan, Hakan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi", *TBB Dergisi,* Y. 2019, Vol. 144, pp. 59-104; Özen, Muharrem/Köksal, Atacan, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", AÜHF Dergisi, Y. 2019, Vol. 68(1), pp. 261-286.

10 For more reading: Andrew Carl Stumer, *The Presumption of Innocence,* Hart Pub., Oxford, 2010.

11 *National Justice Statistics 2020*, Ministry of Justice, Ankara 2020, p. 9, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96Z ELK%C4%B0TAP.pdf, date accessed 08.08.2021.

However, if the evidence obtained, and the conclusion reached, by the prosecutor at the end of the inquiry does not reach the degree of severity required for the application of alternatives to prosecution or initiation of criminal proceedings, a decision non-prosecution should be issued.

As laid down in Article 172 of the CCP, titled *"Decision of non-prosecution"*, a decision not to prosecute may be issued in two circumstances based on factual and legal grounds: the lack of evidence giving rise to a sufficient suspicion (factual ground), and the inability to proceed with prosecution (legal ground).

1. The Lack of Evidence Giving Rise to a Sufficient Suspicion for Prosecution (Factual Ground)

In cases where it is concluded on the basis of the evidence obtained at the end of the inquiries conducted within the scope of the investigation that the possibility of the offender's conviction due to the alleged offence is higher than the possibility of his acquittal if a prosecution is held, a criminal case should be filed by considering that there is a *sufficient suspicion*.

If considered otherwise, a decision of non-prosecution should be issued. However, this decision must be unequivocally based on a thorough inquiry and an effective investigation for reaching the material truth, and these considerations must be precisely specified in the decision.

2. Inability to Proceed with Prosecution (Legal Ground)

Despite the conclusion reached, at the end of the investigation conducted by the prosecutor, to the effect that the disputes could be proceeded to the prosecution stage, there may exist certain legal obstacles to the initiation of criminal proceedings. In this case, the prosecutor must act by this legal ground with a view to both proceedings with the other investigatory acts and filing a criminal case by issuing an indictment.

It is considered in the respective provisions of the CCP that under the following conditions, it is not possible to proceed with prosecution by the consequences to be yielded: *Absence/withdrawal of a criminal complaint (Art. 73 § 4 of the TCC); a previously rendered judgment or a pending case against the same accused because of the same conduct (Art. 223 § 7 of the CCP)*; *minority, deafness and muteness (Art. 31 and 33 of the TCC); death of the suspect (Art. 64 § 1 of the TCC); expiry of the statutory time-limit (Art. 66 of the TCC); successful completion of pre-payment process (Art.75 § 1 of the TCC); successful completion of mediation process (Art. 253 § 19 of the CCP); general amnesty (Art. 65 § 1 of the TCC); parliamentary immunity (Art. 83 of the Constitution); the refusal of leave for an investigation and/or prosecution for offences subject to such leave (for instance Art. 299, 301, 305 and 306 of the*

TCC); and successful completion of the accelerated procedure (Art. 250 of the CCP).

As indicated in the official data, in 2020, the total number of investigations (including the number of files with unidentified offenders) is 7.449.844 whereas the number of decisions of non-prosecution is 4.176.893. The number of decisions to file a criminal case and the number of other decisions are respectively 2.357.600 and 915.351. To put it in percentage, the ratio of decisions of non-prosecution is 56.1 % whereas the decisions to file a criminal case are 31.6 %.[12]

II. WAIVER OF PROSECUTION

The reason why the notion *"waiver"* is used as the main heading is that the prosecutor, the authorised and incumbent person to conduct the investigation, is entitled not to file a criminal case by exercising his authority afforded by law, provided that certain conditions are satisfied, instead of proceeding to the criminal prosecution by way of filing a criminal case at the end of the duly completed investigation. Accordingly, it should be inferred from this notion that despite the existence of suspicion to the extent that would suffice for initiating criminal proceedings at the investigation stage, the prosecutor decides to waive the prosecution by filing no criminal case, in pursuance of the general public interest pursued through the functioning of the criminal justice system, sometimes based on his own discretion and sometimes on compulsory grounds. Such waiver, which is indeed based on the prosecutor's unilateral will, maybe rendered contingent upon the fulfilment of certain conditions prescribed for the suspect or maybe ensured unconditionally. In case of a waiver, no criminal record shall be issued concerning the offender.

At this point, the right and power to proceed with prosecution by way of filing a criminal case, which is a decision exclusively taken by the prosecutor, are waived by means of applying the methods set out in the law, both within the scope of the afforded power based on discretion and in pursuance of the "general public interest" as a requirement of criminal justice system. This waiver may be both *unconditional* as in the case of exercise of discretion and *conditional* as in the cases of the suspension to the initiation of criminal proceedings, pre-payment and mediation.

According to the system prescribed in the CCP, it is essential for the prosecutor to issue an indictment and thereby file a criminal case according to the principle of mandatory prosecution, whereas to decide not to prosecute based on discretion is exceptional. Therefore, it is

[12] *National Justice Statistics 2020*, p. 18.

incumbent on the prosecutor to file a criminal case in an investigation in respect of which all other issues have been satisfied.

The first waiver of the prosecution is the unconditional waiver *"by exercising the discretionary power"*. It is envisaged in the CCP that as a requirement of the opportunity principle, in certain cases of limited number, the prosecutor may issue a decision of non-prosecution instead of filing a criminal case. In Turkey, the power afforded to the prosecutor in the initiation of criminal proceedings is very limited, compared to the practices in comparative law. It should be emphasised that this limitation results from the traditional practice of law in Turkey, the problems arising from the practice, as well as essentially from the approach adopted in respect of the powers and responsibility of the prosecution as explained above.

The conditions classified as conditional waiver are the cases in which there is a waiver of prosecution upon the successful completion of the alternative methods, namely *"the suspension to the initiation of criminal proceedings"*, *"the pre-payment"*, and *"the victim-offender mediation"*.

A. Discretionary Power to Decision Non-Prosecution by the Prosecutor

The provisions on the waiver of prosecution by exercising discretionary power are set in Article 171 § 1 of the CCP, titled *"The discretionary power in initiating criminal proceedings"*, which reads as follows:

"In cases where the requirements for the application of the provisions of effective remorse that lift the punishment as a personal ground", or the provisions of personal impunity are satisfied, the public prosecutor may issue a decision of non-prosecution."

According to this provision, the prosecutor may waive to proceed with prosecution by exercising discretionary power under these two conditions:

-Existence of conditions that necessitate the application of the provisions of effective remorse that lift the punishment as a personal ground; and

-Existence of ground for personal impunity.

The cases of effective remorse lifting punishment and the grounds of personal impunity are similar. As regards the grounds for personal impunity, personal grounds that are already present in the commission of the offence pose an obstacle to the punishment of the offender, whereas, in case of effective remorse lifting the punishment, there is no situation that would preclude the punishment of the offender during the commission of the offence, but certain

conducts and behaviours displayed by the offender following the criminal act preclude the imposition of punishment.[13]

It should be particularly noted that in both cases, the prosecutor's discretionary power is absolute; in other words, it completely depends on the prosecutor's discretion to prefer whether to waive his power to initiate criminal proceedings.

B. Suspension to the Initiation of Public Prosecution

The suspension to the initiation of public prosecution *(kamu davasının açılmasının ertelenmesi)* is defined as the waiver/withdrawal of prosecution to be conducted against the offender under certain conditions given the gravity of the offence and personality of the offender and provided that the offender displays good behaviour for a certain period.[14]

The paramount aim of this practice is notably to prevent an increase in the punishment of petty crimes and to thereby reduce the courts' workload and generally expedite the trial of all offences. To achieve these aims, a flexible and practical means is applied in the system.[15]

The institution whereby the initiation of criminal proceedings is suspended is laid down in Article 171 of the CCP.

According to this provision, if sufficient suspicion is reached, at the end of the investigation, to initiate criminal proceedings against the suspect, the initiation of the criminal proceedings may be suspended under certain circumstances and limitations. As mentioned above, it is indeed a unilateral waiver of the exercise of the power to initiate criminal proceedings; however, this waiver is a conditional suspension for a certain period.

The decision to suspend the initiation of criminal proceedings can not be issued in respect of *all types of offences and all offenders.*

The first limitation prescribed for the type of offence is related to the practices of mediation and pre-payment, which are introduced as an

[13] Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Pub., Ankara 2014, p. 67; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Pub., Ankara, 2019, p. 377; Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku, Genel Kısım I,* Editor: Ünver, Yener, Translation by Hakeri, Hakan/Ünver, Yener/Özbek, Veli Özer/Yenerer Çakmut, Özlem/Erman, Barış/Doğan, Koray/Atladı, Ramazan Barış/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Adalet Pub.,* Ankara, 2014, pp. 411-414.

[14] For more info: Yılmaz, Davut, *Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi,* Master's Thesis, İstanbul Kültür University, İstanbul 2009, p. 18; Alan Akcan, Esra, "Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi", nin *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu (18-20 Mayıs 2017 - Rize) Kitabı,* Adalet Bakanlığı Pub., Ankara 2018, p. 103.

[15] Yavuz, 2021, p. 211.

alternative to prosecution. If the criminal act under investigation is among the offences that are subject to mediation or pre-payment process, it is not possible to order the suspension to the initiation of criminal proceedings.

The second limitation is related to the length of the imprisonment sentence to be imposed; that is to say, the criminal act must be among the offences in respect of which a maximum of three years' imprisonment is prescribed in the relevant law.

The third limitation is related to the types of offences that are exceptional.

The limitations as to the offender are prescribed as the conditions of suspension.

In this sense, *the first limitation* is related to the suspect's past. Accordingly, the suspect must not have previously committed an intentional offence. As such a previous offence must be found established by a finalised conviction, the suspect's criminal record must be examined.

The second limitation is related to the suspect's future. This assessment is based on the subjective opinion reached by the prosecutor within the scope of the investigation, and it must be considered that the suspect would abstain from committing a further offence. For soundly making such an assessment, a social investigation report/pre sentences report[16] must be certainly obtained as the collected information and documents concerning the establishment of the offence would not be sufficient.

The third limitation is in pursuance of public interest. The preference not to initiate criminal proceedings must be advantageous to both the suspect and society.

The fourth limitation is related to the redress of the pecuniary damage caused by the suspect by committing the offence. The pecuniary damage sustained by the victim due to the imputed criminal act must be redressed using full restitution, restoration to the original situation, or compensation. Such a redress doesn't need to be afforded by the suspect himself.

The fifth and final limitation is related to the commission of a further offence. The suspect must not commit any other intentional offence within the suspension period of five years.

Following an assessment as to all these limitations, the prosecutor does not initiate criminal proceedings, which he should initiate against the suspect under normal conditions, and adjourns the proceedings for

[16] For detailed info: Yavuz, 2018, p. 220-224.

five years, thereby suspending the investigation phase. If the suspect commits no intentional offence at the end of those five years, a decision of non-prosecution shall be issued.

As no criminal record is formed concerning the suspect at this stage, this method seems advantageous to the person involved in the judicial system for the first time as the offender of an intentional offence. Besides, as one of the limitations prescribed for the application of this method is the redress of the pecuniary damages resulting from the offence, it may be considered as an advantageous method also for the victim or the aggrieved person.

Normally, in order to decide to suspend the initiation of criminal proceedings, the above-cited conditions are sought to be fulfilled. However, a decision of suspension may be issued *in certain exceptional circumstances* set in the law, without making an assessment as to these limitations.

The first of these exceptional circumstances is mediation. According to Article 253 § 19 of the CCP, if a commitment determined at the end of the mediation negotiations is postponed to a future date, or is envisaged to be paid in instalments, or is continuous, the decision on the suspension to the initiation of criminal proceedings is to be issued in respect of the suspect, without taking into consideration the limitations laid down in Article 171 thereof. In case of any failure to fulfil the commitment within the suspension period, a public case must be filed, without seeking the condition of commission of a further offence.

The second exceptional circumstance comes into play in respect of the offence of *"Purchase, receipt or possession of narcotics or psychotropic substances for personal use"*, which is laid down in Article 191 of the TCC.

According to this provision, in the investigation conducted into this offence, a decision of suspension must be issued in respect of the suspect, without seeking the limitations laid down in Article 171. However, the regime applied during the suspension period involves significant differences compared to the general practice. That is because the suspect is to be subjected to conditional bail for a minimum of one year in the course of the suspension period, and if deemed necessary, he is to undergo treatment. If the suspect fails to comply with the obligations imposed on him or the requirements of such treatment or purchases, receives or possesses narcotics or psychotropic substances for personal use, or uses narcotics or psychotropic substances during the suspension period, the criminal proceedings must be proceeded.

The aggrieved party or the suspect may challenge the decision on the suspension to the initiation of criminal proceedings before the incumbent magistrate judge (Articles 171 and 173 of the CCP).

According to the official data obtained from the Ministry of Justice, the decisions on the suspension to the initiation of criminal proceedings was rendered in respect of 8.468 in 2019.[17]

C. Pre-payment

Pre-payment *(önödeme)* is an institution of criminal procedure alternative to prosecution, which has been introduced for relatively practical grounds such as preventing offenders from being exposed to adverse impacts of imprisonment in case of wrongdoings, saving on the public expenditures resulting from traditional proceedings, as well as reducing the courts' workload.[18]

In brief, pre-payment is a method that precludes the initiation of criminal proceedings for carrying out prosecution or the completion of the ongoing prosecution and which gives rise to no criminal record by enabling the suspect or the accused or any person on behalf of them to make the payment of the amount corresponding to the judicial fine prescribed in the relevant law for the alleged offence following the notice made by the prosecutor at the investigation phase and by the court at the prosecution phase.[19]

The pre-payment method is set in Article 75 of the TCC. Despite not being explicitly specified in the law, before applying the pre-payment method, a thorough and complete investigation must be conducted at the end of which "sufficient suspicion" to necessitate the initiation of criminal proceedings must be reached, as in all other methods envisaged as an alternative to prosecution. Otherwise, a decision of non-prosecution must be issued.

As laid down in the provision, the *sole limitation* prescribed for the application of the pre-payment method is *related to the offence*. There is no limitation concerning the offender. Therefore, there is no need to take into account the offender's previous criminal record and socio-economic condition.

The first limitation as to the offence is that the offence alleged to the offender must not be subject to mediation. In case of any offence concluded with mediation, the pre-payment method cannot be applied.

---

[17] https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1332020162854KDAE%2001.01.2019-31.12.2019.pdf, date accessed 08.08.2021.

[18] For more info: Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Pub., Ankara, 2009, p. 443; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Pub. Ankara, 2007, p. 637; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Pub., Ankara, 2005, p. 592; Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Kanununun Anlamı,Vol I,* Seçkin Pub., Ankara, 2006, p. 719; Özgenç, p. 659; Koca/Üzülmez, p. 748.

[19] Yavuz, 2021, p. 218.

The second limitation is related to the type and amount of punishment prescribed in the law for the given offence. Accordingly, the pre-payment method may be applied only when the corresponding penalty in the relevant law is a judicial fine or imprisonment for a maximum period of *six months*[20]. Nevertheless, this method may be applied also in terms of the catalogue offences listed in Article 75 § 6 of the TCC despite not satisfying the above-cited conditions.

As could be inferred from its name, pre-payment is indeed a method that may be applied through ensuring the payment of a certain amount of money corresponding to the judicial fine specified in the law where the given offence is set forth. Accordingly, even if the penalty prescribed in the law is imprisonment, payment would be made based on the amount determined by converting the prescribed imprisonment sentence to a judicial fine.

If the payment is duly made, a decision of non-prosecution is issued at the investigation phase and a decision of discontinuation of criminal proceedings at the prosecution phase. Therefore, although the offender has been charged with a criminal offence and imposed a commitment on account thereof, this process would not be reflected in the criminal record.

Given the consequences to the effect that no criminal record is created in respect of the offender in the pre-payment method, that this process is not taken into consideration as a repetition, and that it does not pose an obstacle to suspending a given sentence or commuting it to an alternative sanction in case of an offence to be committed in future, it may be said that the law-maker has attributed the *public interest* to the duly completion of the pre-payment process by the offender. That is because, in case of any failure to duly perform the pre-payment proposal, it would become null and void, and the general investigation process is continued. The law-maker attributes a general public interest regarding the criminal justice system to the fulfilment of pre-payment method, as an objective of criminal justice policy, as this method would obviate the acts and actions to be performed at the investigation, prosecution and execution phases which are to be completed in case of any failure.

As indicated in the official data obtained from the Ministry of Justice, the decisions of non-prosecution was rendered in respect of 36.551 for being concluded through the pre-payment process in 2019.[21]

D. Victim-Offender Mediation

[20] Before the 2019 amendment, the upper limit of the prison sentence was *three months*.

[21] https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1132020154652%C3%96N%20%C3% 96DEME%202019.pdf, date accessed 08.08.2021.

The mediation *(uzlaştırma)* process was legislated into the judicial system as a part of the reform introduced in 2005 and is still the single *restorative justice* mechanism.[22] It is considered as a method, which re-establishes, through the settlement of the parties, the disturbing public order due to the commission of the offences which are investigated and prosecuted upon a criminal complaint and/or wrongdoings.[23]

The mediation process is set in Articles 253-255 of the Code of Criminal Procedure. If there is sufficient suspicion to initiate criminal proceedings at the end of the investigation phase and the prosecutor qualifies the given offence as among the ones that may be subject to mediation, then the mediation process shall be initiated. The prosecutor is not afforded any discretionary power in this respect (Article 253 § 4 of the CCP).

The mediation process may be applied only in terms of offences that are investigated and prosecuted on a criminal complaint. However, it is also prescribed that mediation process may be applied also in cases of the following offences laid down in the TCC, irrespective of whether they are contingent on a criminal complaint: *actual bodily harm (Art. 86, 88); reckless injury (Art. 89); threat (Art. 106 ∫ 1); violation of the inviolability of the home (Art. 116); violation of the freedom to work or labour (Art. 117 ∫1 and 119 ∫ 1 (c)); theft (Art. 141); abuse of trust (Art. 155); fraud (Art. 157); purchasing or accepting property acquired through the commission of an offence (Art. 165); kidnapping and detention of a minor (Art. 234); disclosure of confidential documents or information relating to commerce, banking or private customers (Art. 239).*

Also in cases where the mediation negotiations end successfully and the commitment in question is duly performed by the suspect, the prosecutor is *in principle* given no discretion to initiate criminal proceedings. Therefore, it is necessary to issue a decision of non-prosecution (Art. 253 § 19 of CCP). However, there is a single exception to this necessity (Art. 253 § 17 of CCP). Accordingly, the prosecutor may deem the mediation process invalid and initiate criminal proceedings *if he considers that the mediation is not based on the free will of the parties and/or the commitment is not lawful.*

In cases where the investigation is proceeded with the mediation process, if at the end of the negotiation between the victim and the offender

---

[22] Yavuz, Hakan A., "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 6, Vol. 23, October 2015, p. 98; Jahic, Galma/Yeşildağlı, Burcu, "Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım", *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, İstanbul Bilgi University Pub., Ankara, 2008, p. 18.

[23] For more reading: Çetintürk, Ekrem, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Adalet Pub., Ankara 2017; Değirmenci, Olgun, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Pub., Ankara, 2021.

held with the assistance of the expert mediator, the parties reach a settlement and if the given commitment, if any, is performed, then the State's power to prosecute and thereby punish are waived. Therefore, according to the classification given above, it may be said that a waiver of prosecution in terms of offences subject to mediation is a type of conditional waiver.

At this point, the law-maker renders the power to waive prosecution, which is afforded to the prosecutor, contingent upon the successful completion of the mediation process. Upon the performance of the commitment, which has been agreed to be performed by the offender at the end of the negotiations between the victim and the offender, then the condition has been achieved, and prosecution has been thereby waived.

As indicated in the official data, out of 513.297 files allocated to the mediator in 2020, 219.639 files were concluded by way of mediation.[24]

III. PENAL ORDER (ACCELERATED PROCEDURE)

A. Legal Nature

Penal order is a recently introduced method named "accelerated procedure" *(seri muhakeme usulü)* laid down in Article 250 of the CCP, which was amended by Article 23 of Law no. 7188 and dated 17 October 2019.[25]

---

[24] *National Justice Statistics 2020*, p. 126.

[25] For more info: Kızılarslan, Hakan, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 14, No 183-184, November-December 2019, s. 1890 ff; Ildırar, Elif, *Seri Muhakeme Usulü,* Seçkin Pub., Ankara, 2021, p. 23; Yaşar, Ercan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", Adalet Dergisi, Y. 2020/2, No 65, p. 255 ff; Koç, Ziya, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Mahkeme Kararları Işığında Seri Muhakeme Usulüne Farklı Bir Bakış: Masum Kişilerin Cezalandırılması Tehlikesi", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2020, Y. 15, No 43, pp. 607-663; Sevdiren, Öznur, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, May-June 2020, Vol. 15, No 189-190, p. 573-616; Baytaz, Abdullah Batuhan, "Seri Muhakeme Usulü", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, Y. 2020, No 8 (2), p. 248 ff; Atalay, Ayşe Özge, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, No 2, p. 694 ff; Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan/Haydar, Nuran Korkmaz, Mehmet, "Serî Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, No 2, p. 260; Karakehya, Hakan/İnce, Asuman Tunçer, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama,* Adalet Pub., Ankara, 2021, p. 44; Erdem, Mustafa Ruhan/Şentürk, Candide,"Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 14, No 41, December 2019, pp. 573-601.

This method is one of the penal orders that constitute an exception to the *principle of no punishment without trial (nulla poena sine iudicio)*. All of the following basic characteristics of the similar procedures called penal order in the comparative law appear to be valid also for the accelerated procedure: being a method alternative to prosecution; being applied mainly under the supervision of the prosecutor at the investigation phase; the assessment as to the establishment of the offence and determination of the sanction to be imposed is made by the prosecutor himself; the sanction to be determined accordingly must be accepted also by the suspect; being enforceable upon being endorsed by a court if prescribed; the decision through this method shall bear the same effects with a conviction decision issued at the end of a trial; upon being finalised, the decision shall become enforceable with immediate effect; and a criminal record shall be created.[26]

Unlike the decisions of non-prosecution such as the suspension to the initiation of criminal proceedings, pre-payment and mediation, which are considered as the other methods applied by the prosecutor and qualified as conditional waivers, a "criminal sanction" is designated in the accelerated procedure. On the other hand, in these other methods, certain obligations, which are to be undertaken by the suspect actively or passively, are prescribed as a condition and provided that the suspect acts in compliance with these conditions, the prosecutors waive, on behalf of the public, his right and power to proceed with prosecution and concludes the investigation phase by a decision of "non-prosecution".[27]

Whereas, in the accelerated procedure, no negotiation is held between the suspect and the prosecutor as to whether a prosecution would be conducted or as to the type and length of the penalty to be imposed; but there is only a proposal pertaining merely to the sanction determined by the prosecutor and the way how the sanction will be executed. In the same vein, the application of this method is not also contingent upon admission or confession of the offence by the suspect. In this sense, it may be said that the accelerated procedure is a method based on consensus rather than a kind of bargaining based on negotiation.[28]

Lastly, despite certain advantages offered by the accelerated procedure for the suspect in terms of the conditions such as the gravity of the sanction to be determined and the way how it will be applied, this procedure should be considered as an institution of criminal procedure.

---

[26] Yavuz, 2021, p. 301-302.

[27] Ibid, p. 236.

[28] Ibid, p. 236.

That is why these advantages cannot be accepted as a right promised to the offender.[29]

It should be also noted that as with all other acts performed by the prosecutor, the act in the form of the accelerated procedure is indeed a special administrative act concerning the executive power and is not "judicial".[30]

B. Conditions

As set in the relevant statutory arrangement, there are *four basic conditions* for the application of the accelerated procedure: *The investigation phase must have been completed; a decision on the suspension to the initiation of criminal proceedings could not be issued; the offence alleged to the suspect must be one of the offences prescribed as a catalogue offence;* and *there must be no situation which prohibits or renders impossible the application of this method.*

1. The Investigation Phase Must Have Been Completed

The law-maker has made a significant reservation at the very beginning of the provision (Art. 253 § 1 of the CCP) for the application of the accelerated procedure. This reservation is the completion of the investigation phase. As a matter of fact, in the first sentence of the provision, the phrase "at the end of the investigation phase" is used, thereby seeking to emphasise that the investigation conducted by the prosecutor's office must have been duly completed and it is now the proper time to issue a decision.

At the end of the investigation phase, if there is a legal or factual reason that would require to issue a decision of non-prosecution, the prosecutor shall issue a decision of non-prosecution; or if there are sufficient evidence to initiate criminal proceedings and reasonable suspicion to allege the criminal act to the offender, the prosecutor shall primarily discuss the applicability of, and then apply if possible, the methods alternative to the prosecution and if not, he shall initiate the criminal proceedings to go onto the prosecution phase.

2. A Decision on the Suspension to the Initiation of Public Prosecution Must not Have Been Issued

The second condition is the lack of a decision on the suspension to the initiation of criminal proceedings. Accordingly, if the offence alleged to the suspect is one of the limited numbers of offences specified in the second paragraph, the prosecutor is obliged to primarily ascertain

[29] Ibid, p. 237.

[30] Ibid, p. 238.

whether it is possible to order the suspension to the initiation of criminal proceedings. In cases where the prosecutor finds it impossible, he will then discuss the possibility of applying the accelerated procedure. If the relevant condition is satisfied, he shall take the necessary steps to apply this procedure. The prosecutor does not have any discretionary power in this respect as the law-maker renders the initiation of this procedure compulsory by an *imperative provision*.

3. The Alleged Offence Must be One of Those Designated as Catalogue Offences

The third condition is the requirement that the offence alleged to the suspect must be one of the offences designated as catalogue offences.

According to the legislation, the accelerated procedure may be applied in respect of these offences: *trespass (Art. 154 § 2-3 of the CC); intentionally endangering public safety (Art. 170 of the CC); endangering traffic safety (Art. 179 § 2-3 of the CC); causing noise (Art. 183 of the CC); counterfeiting (Art. 197 § 2-3 of the CC); destruction of a seal (Art. 203 of the CC); providing false information in the course of issuing an official document (Art. 206 of the CC); providing an environment, or the means, for gambling (Art. 228 § 1 of the CC); using another's identity card or information (Art. 268 of the CC), as well as other petty offences laid down in certain special criminal codes.*

Given the legislative intent of the regulation concerning the criteria that are taken as a basis for the determination of the type of offences in question, it seems impossible to reach a satisfactory conclusion except for certain general statements. In consideration of the catalogue, it appears that the designated offences are those which may be found established through a report or a speedy expert examination, without the need for a detailed inquiry. The length of imprisonment sentences prescribed for these types of offences is mainly a maximum of three years. Lastly, these offences are generally the ones that are committed not against real persons.[31]

As regards the offence types, despite not being specified in the Code, a further restrictive provision is laid down in the Regulation on the Accelerated Procedure in the Criminal Procedure ("the Regulation"). According to Article 5 § 1 of the Regulation, the accelerated procedure cannot be applied directly in terms of the offences subject to pre-payment and mediation procedures. The repeat offending is not prescribed as a circumstance precluding the application of the accelerated procedure. In cases where the offences specified in the catalogue are committed for the first time and the other conditions are also satisfied, this procedure cannot be applied; however, a decision to

[31] Yavuz, 2021, p. 244.

suspend the initiation of criminal proceedings may be issued. In case of a repeat offending under Article 58 of the TCC, the accelerated procedure may be nevertheless applied.

4. Lack of a Circumstance Under which the Application of This Procedure is Prohibited or Impossible

The last condition is the lack of any circumstances under which the application of the accelerated procedure is prohibited or impossible on account of the reasons specified in the CCP. These circumstances are laid down in Article 250 §§ 11, 12 and 13 thereof.

Accordingly, in case of the commission of an offence collectively, if one of the suspects does not consent to the application of this procedure; if the suspect is under the age of 18 or mentally handicapped or deaf or mute; or if the suspect cannot be found at the address declared before the public authorities and specified in the investigation file or for being abroad or for any other reason, the accelerated procedure is in no way applied.

C. Application Phases

After the above-cited four basic conditions are satisfied, the prosecutor shall then proceed to the application stage of the accelerated procedure. At this stage, the prosecutor does not have any discretionary power according to the statutory arrangement, which is like an imperative norm (Art. 250 § 1 of the CCP). However, the prosecutor may waive his will to apply the accelerated procedure until communicating such request to the incumbent court, on the ground that the legal classification of the alleged act has changed.

The order of stages for the application of the procedure is as follows:

Subpoena and Informing: These two stages, namely subpoena and informing, are to be applied at the initial stage and concurrently. In this sense, the suspect shall be subpoenaed for being informed of the situation and accordingly provided with general information about the application of the procedure.

Determination of the Corresponding Sanction: The prosecutor shall designate the penalty and/or security measure by reducing by half the main penalty to be determined between the lower and upper limit of the penalty corresponding to the legal definition of the given criminal act. In doing so, the prosecutor shall pay regard to the rules concerning the designation and individualisation of punishment, which are laid down in the TCC. If the relevant conditions are satisfied, a decision on the suspension to the pronouncement may be given by the prosecutor. Besides, the imprisonment sentence

determined accordingly may be converted into alternative sanctions or suspended, if necessary conditions are satisfied.

Proposal and Acceptance: The prosecutor shall then submit a proposal indicating the sanction determined and concerning the application of the accelerated procedure. If the suspect accepts the proposal before his defence counsel, then the next step shall be taken.

Issuance of a Requisition and Its Submission to the Court: The prosecutor shall submit to the incumbent court a written requisition for the application of the accelerated procedure. In the requisition, the following information shall be included: identity information of the suspect and the defence counsel; identity information of the victim and the aggrieved parties and their lawyers or legal representatives if any; the alleged offence and the relevant provisions of law; the place, date and time where and when the alleged offence was committed; whether the suspect is detained on remand; if detained, the dates when he was taken into custody and detained on remand as well as the custodial and detention periods; a summary of the incidents giving rise to the alleged offence; the consideration that the conditions have been satisfied; the sanction determined; and the considerations as to the given case; and security measures.

In the first form of the article, the court was not entitled to make an assessment of, and to change, the type and amount of the sanction proposed by the prosecutor and specified in the written request upon the suspect's consent. By its decision dated 31 March 2021 and no. E.2020/35 K.2021/26, the Constitutional Court annulled the statutory provision whereby the court did not have any option but to issue a decision in line with the sanction specified in the written request. Thereafter, a new arrangement was introduced by the Law no. 7331, which is dated 8 July 2021, and courts are thereby ensured to order a sanction which cannot be, however, more severe than the one specified in the written request.

Examination of the Requisition and Short Hearing of the Suspect by the Court: If the court, after hearing the suspect in the presence of his defence counsel, concludes that the conditions laid down been satisfied and the alleged act falls under the scope of the accelerated procedure, it shall give a decision in line with the sanction specified in the requisition. Otherwise, it shall dismiss the proposal and communicate the file to the prosecutor's office for the conclusion of the investigation following the general provisions. The suspect, who fails to appear before the court albeit with no excuse, shall be deemed to have waived the accelerated procedure.

Notification of the Decision: The court shall notify the decision to the suspect and his defence counsel, as well as if any, the victim, the aggrieved party or any other persons having the capacity to intervene in the process according to the general provisions.

Judicial Review: The decision issued by the court within the scope of the accelerated procedure may be *challenged* (Art. 267 of the CCP). In case of a challenge raised against the decision, within seven days, before the criminal court issuing the decision, the court shall rectify its decision if the challenge is found justified and send the rectified decision to the parties concerned. If the challenge is not found justified, it shall refer the challenge to the competent appellate authority within at the latest three days. The competent appellate authority is the assize court within the same place of jurisdiction as that of the criminal court. The assize court, examining the challenge, shall communicate it to the prosecutor and the other party for a written reply. If deemed necessary, the assize court may either conduct an examination and inquiry by itself or instruct the prosecutor's office to do so. It may, in principle, carry out its appellate examination over the file without holding a hearing. However, if deemed necessary, it may hear the prosecutor, the suspect's defence counsel and representative of the aggrieved party. Examining the decision as to its compliance with the accelerated procedure, the court shall decide on the challenge, if found it justified. The decision rendered by the assize court is final and cannot be appealed.

As indicated in the unofficial data obtained from the Ministry of Justice, 73.853 files for being concluded through the accelerated procedure between 1 January 2020 and 12 March 2021.[32]

CONCLUSION

This article is intended for making a general review as to the above-explained methods available in the Turkish criminal procedure system.

For the initiation of criminal proceedings concerning a criminal act in the criminal procedure, the findings obtained at the end of the investigation conducted into the impugned incident must give rise to suspicion, that is to say, evidence, to a certain extent that would demonstrate that the imputed act has been committed by the suspect. However, in certain cases, despite the existence of suspicion at a certain level sufficient for the initiation of criminal proceedings, the prosecutor may either issue a decision of non-prosecution that entails certain conditions, or order the imposition of certain sanctions on the suspect through a penal order or seek the approval of the incumbent court to that end. In this regard, ***the alternative methods to prosecution*** are the venues whereby the investigation phase is ended through a decision issued under the control and/or within the discretion of the prosecutor to the impugned criminal act, without the prosecution and trial phase being proceeded, albeit the existence of suspicion sufficient for the

[32] https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/seri-muhakeme-usulunde-75-bin-853-basit-yargilamada-ise-85-bin-175-dosyada-karar-verildi/2180091, date accessed 08.08.2021.

initiation of criminal proceedings as well as of no *de jure* or *de facto* obstacle to that end. [33]

Although the methods alternative to prosecution are assigned different names in comparative law and have characteristics specific to the country concerned, they are similar notably throughout Continental Europe including also Turkey. In consideration of their prominent characteristics, these methods may be classified as *"conditional or unconditional waiver of proceeding with the prosecution"*, *"penal order" as a method based on consensus* and *"methods of bargaining based on negotiation"*.[34]

In Turkey, whereas certain institutions are being employed, which may be defined as a waiver and penal order under the above-mentioned classification, no method may be classified as a method of bargaining based on negotiation.

Out of the methods likely to be classified as a waiver of proceeding with prosecution, *the decision not to prosecute, issued in pursuit of public interest within the discretion of the prosecutor* is an unconditional waiver, whereas the *suspension to the initiation of criminal proceedings*, *pre-payment* and *mediation* are the venues of a conditional waiver. The accelerated procedure is in the form of a penal order, which is a consensual method.[35]

Unlike the comparative law examples from the other countries, the Turkish CCP system envisages not a *spectrum model* but a *gradual model* in terms of the application of the alternative methods available at the investigation phase. The prosecutor is granted no discretion to prefer and employ any of these methods. It appears that the law-maker intends to avoid any competition among these methods to ensure a uniform functioning.[36]

According to the said system, at the end of the investigation phase, the prosecutor shall primarily determine whether a decision of non-prosecution may be issued given the legal and factual reasons in a particular case. If the prosecutor considers that such a decision cannot be issued, he shall decide on the category of the offence alleged to the suspect. In doing so, he will consider the possibility to waive prosecution, by exercising his discretionary power. He shall then discuss whether any of the methods, namely pre-payment, suspension to the initiation of public prosecution, victim-offender mediation and accelerated procedure, applies to the given type of offence. If these methods are not applicable or have been unsuccessfully applied, the

[33] Yavuz, 2021, p. 337.

[34] Ibid, p. 338.

[35] Ibid, p. 338.

[36] Ibid, p. 231.

prosecutor shall issue an indictment and initiate criminal proceedings to bring the dispute to the prosecution phase.[37]

As is seen, the prosecutor has several available methods alternative to the prosecution. In cases of the successful application of these methods, save for the accelerated procedure, a decision of non-prosecution shall be issued, and the investigation phase shall be finalised. No criminal record is formed concerning the offender.[38]

As for me, it should be focused on extending the circumstances in which the prosecutors may decide not to prosecute by exercising their discretionary power in pursuance of the public interest. As also observed in the precedents in comparative law, a decision of non-prosecution may be rendered given the consideration that it would be more reasonable to conduct no prosecution in certain cases in pursuance of the victim's personal interest and/or general public interest or sometimes the suspect's personal interest.[39]

Today in this system, the decisions rendered at the end of several prosecutions neither satisfy the victim to a sufficient degree nor constitute as an official response due to the imposition of imprisonment sentences that are indeed unenforceable. Therefore, along with the labour and time spent to that end, the time spent by the victims, witnesses and offenders at the courthouses are of no avail. Therefore, notably in cases that may serve for the purpose of attaining the objectives of criminal justice policy, the prosecutor shall be enabled to decide not to proceed with prosecution by exercising his discretionary power.[40]

However, guides including comprehensive principles and practices, which would assist the prosecutors in the exercise of their discretionary power and which are binding, accessible to the public, and applicable to possible concrete cases should be drawn up. [41]

The accelerated procedure is a method that may be classified as a form of the penal order in comparative law. However, in the legislative intent of the relevant Law, where this method is laid down, not the methods employed in comparative law, which are similar to the accelerated procedure, but the sample practices regarding the methods of bargaining based on negotiation that are in force in certain countries are provided. There are certain basic differences between these methods -which are based on an agreement as a product based on the offender's

[37] Yavuz, 2021, p. 232.

[38] Ibid

[39] Ibid

[40] Ibid

[41] Ibid, p. 233.

confession and the negotiation and bargaining process by and between the parties/subjects of the relevant criminal procedure- and the venue of the penal order that is based on the offender's consensus. That is because, *in the accelerated procedure*, *a significant difference* has been introduced *by way of not entailing the necessity of an admission or confession and not providing the opportunity to appeal the verdict*, which is probably the most significant element of similar practices in Germany and France.[42]

In the accelerated procedure, another issue that must be discussed is the possibility of imposing an imprisonment sentence as a sanction. In such a case, the prosecutor is entitled to order, as a sanction, imprisonment sentence which has not been converted into one of the other alternative sanctions and execution or pronouncement of which has not been suspended. The imprisonment sentence, designated by the prosecutor, is to be immediately executed upon being finalised after the court's approval. The application of the accelerated procedure is not conditional upon the suspect's admission or confession that he has committed the imputed offence. Because of the sample practices in comparative law and the related debates in doctrine, the matter is a significant determinant. In Germany, France and Switzerland, an imprisonment sentence may be ordered if the offender has confessed to having committed the imputed offence and has, at least in principle, acknowledged the claims under private law. In this regard, within the scope of the bargaining methods based on negotiation where confession/admission is sought as a basic condition, imprisonment sentence may also be generally ordered along with the other applicable sanctions. The rationale of the bargaining methods is that as the offender has confessed to having committed the offence, there is no longer a need to carry out *a trial*, the most important, troublesome and costly stage of the proceedings which must be necessarily conducted to reveal the material truth. This is both in pursuit of the general public interest and in favour of the offender for granting remission or relieving him of certain criminal charges.[43]

There are several criticisms about the compatibility of the accelerated procedure with *the right to a fair trial*. [44] The criticisms raised in the light of the *principles of equality of arms, adversarial proceedings, the right to defence and raise arguments/provide explanations, the presumption of innocence, principle of the natural judge, constitutional jurisdiction, in dubio pro reo principle and the right to a reasoned decision* are made even though the accelerated procedure is not a traditional process of trial, but a method which is formulated primarily in pursuit of the public interest concerning judicial services and subsequently in favour of the offender

[42] Ibid, p. 235, pp. 308-310.

[43] Yavuz, 2021, pp. 311-320.

[44] See for the summary of the criticisms: Ibid, pp. 324-330.

and which affords, if employed, significant advantages to him. Therefore, notably given the established case-law of the European Court of Human Rights, these criticisms are not found justified. Nevertheless, those raised under *the prohibition of self-incrimination* and *the right to remain silent* are partially found justified. That is because the most problematic issue in the accelerated procedure is the remission of the given sentence. An expectation or promise of remission may induce the offenders, who are indeed innocent, to give consent to the application of the procedure.[45]

[45] Ibid, p. 324 ff.

REFERENCES

Alan Akcan, Esra, "Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi", in *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu (18-20 Mayıs 2017 - Rize) Kitabı,* Adalet Bakanlığı Pub., Ankara, 2018, pp. 101-118.

Ambos, Kai/Heinze, Alexander, "Abbreviated Procedures in Comparative Criminal Procedure: A Structural Approach with a View to International Criminal", in Morten Bergsmo (Editor), *Abbreviated Criminal Procedures for Core International Crimes,* Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels 2017, pp. 27-102.

Anderson, Adriaan M., *Alternative Disposal of Criminal Cases by the Prosecutor, Comparing the Netherlands and South Africa,* Doctoral Thesis, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014.

Atalay, Ayşe Özge, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, No 2, pp. 653-732.

Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan/Haydar, Nuran/Korkmaz, Mehmet, "Serî Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, No 2, pp. 255-306

Baytaz, Abdullah Batuhan, "Seri Muhakeme Usulü", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, Y. 2020, No 8 (2), pp. 227-273

Çetintürk, Ekrem, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Adalet Pub., Ankara, 2017.

Değirmenci, Olgun, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin Pub., Ankara, 2021.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Pub. Ankara, 2007.

Erdem, Mustafa Ruhan/Şentürk, Candide, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 14, No 41, December 2019, pp. 573-601.

Fionda, Julia, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study,* Clarendon Pub., Oxford, 1995.

Hodgson, Jacqueline, "Guilty Pleas and The Changing Role of The Prosecutor in French Criminal Justice", in Erik Luna/Marianne Wane (Editors), *The Prosecutor in Transnational Perspective,* Oxford University Pub., New York, 2012, pp. 116-134.

Gallant, Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law,* Cambridge University Pub., Cambridge, 2009.

Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku, Genel Kısım I,* Editor: Yener Ünver, Translation: Hakan Hakeri/Yener Ünver/Veli Özer Özbek/Özlem Yenerer

Çakmut/Barış Erman/Koray Doğan/Ramazan Barış Atladı/Pınar Bacaksız/İlker Tepe Adalet Pub., Ankara, 2014.

https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1132020154652%C3%96N%20%C3% 96DEME%202019.pdf, date accessed 08.08.2021.

https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1332020162854KDAE%2001.01.2019-31.12.2019.pdf, date accessed 08.08.2021.

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/26, date accessed: 08.08.2021.

https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/seri-muhakeme-usulunde-75-bin-853-basit-yargilamada-ise-85-bin-175-dosyada-karar-verildi/2180091, date accessed 08.08.2021.

Ildırar, Elif, *Seri Muhakeme Usulü,* Seçkin Pub., Ankara, 2021.

Jacoby, Joan E./Ratledge, Edward C., *The Power of the Prosecutor: Gatekeepers of the Criminal Justice System,* Preager Pub., Santa Barbara, 2016.

Jahic, Galma/Yeşildağlı, Burcu, "Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım", *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, İstanbul Bilgi University Pub., Ankara, 2008, pp. 15-21.

Karakehya, Hakan/İnce Tunçer, Asuman, *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama,* Adalet Pub., Ankara, 2021, pp. 59-82.

Kızılarslan, Hakan, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 14, No 183-184, November-December 2019, s. 1890 ff.

Kızılarslan, Hakan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi", *TBB Dergisi,* Y. 2019, V. 144, pp. 59-104;

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Pub., Ankara, 2019.

Koç, Ziya, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Mahkeme Kararları Işığında Seri Muhakeme Usulüne Farklı Bir Bakış: Masum Kişilerin Cezalandırılması Tehlikesi", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2020, Y. 15, No. 43, pp. 607-663.

Luna, Erik/Wade, Marianne, "Prosecutors as Judges", *Washington and Lee Law Review,* Vol. 67, Y. 2010, pp. 1413-1532.

National Justice Statistics 2020, Ministry of Justice, Ankara 2021, https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf, date accessed: 08.08.2021.

Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Kanununun Anlamı,Vol I,* Seçkin Pub., Ankara, 2006.

Özen, Muharrem/Köksal, Atacan, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında SoruşturmaYapılmasına Yer Olmadığı Kararı", AÜHF Dergisi, Y. 2019, Vol. 68(1), pp. 261-286.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Pub., Ankara, 2014.

Sevdiren, Öznur, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, May-June 2020, Vol. 15, No 189-190, pp. 573-616.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Seçkin Pub., Ankara, 2005.

Stumer, Andrew Carl, *The Presumption of Innocence,* Hart Pub., Oxford, 2010.

Thaman, Stephen C., "A Typology of Consensual Criminal Procedures An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Trial", in Stephen C. Thaman (Editor), *World Plea Bargaining, Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Carolina Academic Pub., Durham 2010, pp. 297-399.

Thaman, Stephen C., "The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?", in Erik Luna/Marianne Wane (Editor), *The Prosecutor inTransnational Perspective,* Oxford University Pub., New York, 2012, pp. 156-175.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Pub., Ankara, 2009.

Vriend, Koen, *Avoiding a Full Criminal Trial, Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings,* Springer , The Hague 2016.

Yaşar, Ercan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", *Adalet Dergisi,* Y. 2020/2, No 65, pp. 255-299.

Yavuz, Hakan A., "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 6, Vol. 23, October 2015, pp. 85-115.

Yavuz, Hakan A., *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler,* Adalet Pub., Ankara, 2021.

Yılmaz, Davut, *Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi,* Master's Thesis, İstanbul Kültür University, İstanbul, 2009.

RIGHTS OF MIGRANTS FROM ISLAMIC AND HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE[1]

İnsan Hakları ve İslami Perspektiften Göçmenlerin Hakları

Dr. Hacı Ali AÇIKGÜL[*]

Abstract: The history of humanity constantly bears witness to the phenomenon of migration. Migration can be caused by many different reasons such as social, political, economic, religious, etc., both internal and external. Today, unfortunately, we are witnessing a large number of mass migration in the Islamic geography due to political instability as well as economic or other reasons.

Immigrants, who have to leave their home, country or homeland and live in places they do not know, have the rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights as human beings. For this reason, in this study, the rights of migrants have been examined within the framework of international human rights documents and Islamic principles.

In the introduction part, important migrations in history, the Hijrah, which is the turning point of Islamic history, and the subsequent developments are discussed in terms of the migration dimension, and the causes of forced and voluntary migration are briefly examined.

In the second part, the basic rights stated in the international human rights documents regarding the migrants are

Özet: İnsanlık tarihi sürekli olarak göç olgusuna tanıklık etmektedir. Göç, gerek iç gerekse de dış kaynaklı olmak üzere sosyal, siyasi, ekonomik, dini vs çok değişik sebepten kaynaklanabilmektedir. Günümüzde malesef gerek siyasi istikrarsızlıklar gerekse de ekonomik ya da diğer nedenlerle islam coğrafyasında çok fazla sayıda toplu göçe tanıklık etmekteyiz.

Evini, yurdunu, memleketini bırakıp bilmediği yerlerde yaşamak zorunda kalan göçmenler de bir insan olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde belirlenen haklara sahiptir. Bu nedenle bu çalışmada uluslararası insan hakları belgeleri ve islami ilkeler çerçevesinde göçmenlerin hakları incelenmiştir.

Giriş bölümünde tarihte yaşanan önemli göçlere ile İslam tarihinin dönüm noktası olan Hicret ve devamındaki gelişmeler göçmen boyutu itibariyle ele alınmış, zorla ve gönüllü göçün nedenleri kısaca incelenmiştir.

Ikinci bölümde göçmenlerle ilgili olarak uluslararası insan hakları belgelerinde belirtilen temel haklar incelenmiş, göçmenler ile ilgili çalışma yürüten uluslarası organizyonlardan kısaca bahsedilmiştir.

[1] This study was prepared within the mandate of the the Independent Permanent Human Rights Commission (IPHRC) of The Organization of Islamic Cooperation (OIC), and officialy adopted by the IPHRC at its 17th regular Session held (online) in Jeddah from 28-31 March 2021

[*] Judge, Head of Department of Human Rights, Ministry of Justice; Vice-Chair of the Independent Permanent Human Rights Cummission (IPHRC) of The Organization of Islamic Cooperation (OIC), E-mail:h.ali.acikgul@adalet.gov.tr, ORCID :0000-0002-5634-1416

Makale Geliş Tarihi: 10.09.2021, Makale Kabul Tarihi: 22.10.2021

examined, and the international organizations working on the migrants are briefly mentioned.
In the third part, the human rights of migrants are presented in the light of Islamic principles and principles declared in international documents.
In the conclusion part, the findings we reached in our study were expressed and various recommendations were made to the interlocutors, especially the Organization of Islamic Cooperation and its member countries, regarding the rights of migrants.
Keywords: Human rights, non – refoulement, immigration, rights of migrant, Geneva Conventions, UNHCR.

Üçüncü bölümde islami prensipler ve uluslararası belgelerde bilirtilen ilkeler ışığında göçmenlerin insan hakları ortaya konulmuştur.
Sonuç bölümünde ise çalışmamızda vardığımız tespitler dile getirilmiş ve başta İslam İşbirliği Teşkilatı ve üye ülkeleri olmak üzere imuhataplara göçmenlerin haklarıyla ilgili çeşitli tavsiyelerde bulunulmuştur.
Anahtar Kelimeler : İnsan hakları, geri göndermeme, göç, göçmen hakları, Cenevre Sözleşmeleri, BMMYK

I. INTRODUCTION

A- Definition and Concept

Throughout centuries, living conditions which humankind, in particular the Islamic geography, has faced compelled them, voluntarily or involuntarily, to leave their hometowns and to head off to another destination having a different culture, in other words, to migrate. Particularly, collective migrations, which were experienced sometimes, ended an era and opened a new one within the history, and it, sometimes, left lasting impressions by determining or altering the destiny of that new destination.

Named as "*Hijra*" in the Islamic history, migration is a concept which almost all prophets sometimes confronted with their own tribe and sometimes alone[2]. For these reasons, it is considered useful to explain in the beginning of our study, some technical terms, which will be used in the text.

In the first place, the concept of "migration" does not have a generally-accepted definition[3], but it may be explained as follows: movement of a person either across an international border (international migration), or within a state (internal migration) for more than one year irrespective of the causes, voluntary or involuntary, and the means, regular or irregular, used to migrate[4]. It is observed that with respect to the doctrine of Islam, lexical meaning of "hijra" refers to *"abandoning, leaving, deserting, ending the relation and migrating"*[5].

"Migrant" refers to a person who has left his/her own country on his/her own will and migrated to another country in order to maintain a more comfortable life[6]. According to the United Nations, while there is no formal legal definition of an international migrant, most experts are generally accepted that a person who migrated -voluntarily or unwillingly- to foreign country or international area, regardless of the

---

2 Ekşi, Ahmet, "İslam Hukuku Bakımından Gayrimüslim Ülkelere Hicret," Abant İzzet Baysal University, Journal of the Faculty of Theology, Spring 2019, Volume 7, Issue 13, p. 221.

3 International Migration and Human Rights, Global Migration Group, October 2008, (https://digitallibrary.un.org/record/642516?ln=en accessed 18 October 2020) p. 7

4 https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/migration_en, accessed 12 August 2020; Turkish Language Association, Turkish Dictionary, definiton of migration as follows: persons or societies' heading off or migrating from some place to another or from a place of residence to another on account of economic, social and political reasons (Turkish Historical Society Publishing House, Ankara 1998.

5 Ekşi, p. 222.

6 Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, p. 23.

reasons, types and manners[7]. This approach was adopted independently from the reason of migration and the status of migrant. In this respect, the International Organization for Migration includes the refugees in the category of migrants[8]. However, according to this international organization, while each one of the refugees is accepted as a migrant, it must be underlined that each migrant is not accepted as a refugee.

In the 2007 Factbook of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), the concept of "migrant" is defined as a person who changed his/her place of residence, took a residence permit for generally one year or more or was recorded in the registry office and aiming at residing in that country for a period much longer than a particular period[9].

In case of forced migration, the concepts of "refugee" and "asylum-seeker" are used[10]. These concepts are different in terms of their meaning in the international law arena. Accordingly, in Article 1 of the 1951 Convention on the Status of Refugees, the United Nations defines the concept of refugee as *"owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."*

According to the Glossary on Migration prepared by the IOM, the concept of "asylum seeker" is defined as:*"An individual who is seeking international protection. In countries with individualized procedures, an asylum seeker is someone whose claim has not yet been finally decided on by the country in which he or she has submitted it"* [11].

In the context of these two concepts, the person who is forcibly obliged to migrate becomes an asylum seeker following the guarantee provided by the host country. After that guarantee becomes official, he/she becomes a refugee and will have the rights of a refugee. Although the concepts of refugee and asylum seeker are defined as noted above according to the international law, it is observed that there are conceptual differences among the countries[12]. Accordingly, a generally

---

7 https://refugeesmigrants.un.org/definitions, accessed 12 August 2020.

8 https://www.iom.int/who-is-a-migrant, accessed 14 February 2020.

9 OECD Factbook Economic, Environmental, and Social Statistics, OECD Publishing, 2007, (https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2007_factbook-2007-en accessed 14 February 2020) p. 244.

10 Ergül, p. 19.

11 https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf, accessed 14 February 2020

12 According to the Turkish law, a foreigner coming from European countries and requesting international protection is called a refugee, while those coming from outside the Europe are called asylum seeker. For detailed definition, see: Article 3 of

accepted definition cannot be made in respect of these terms. For these reasons, the conceptual definitions are mostly left to domestic legislations.

B- The First Great Migration in Islam: Hijra

The Hijra of the Prophet Muhammad (peace be upon him) and the Constitution of Al-Madinah are the two major Islamic references on the issue of migration, as it will be discussed in this study. However, the concept of migration has been extensively developed in Islamic Jurisprudence by various Muslim scholars in light of the later development in Islamic societies and beyond. The matters related to migration are categorized on the five provisions of Islamic law under which migration may be 'obligatory', 'forbidden', 'desirable', 'disliked' or 'permissible'.

Migration can be an obligation upon anybody who is able migrate under given circumstances. Allah Almighty says: *{When the angels seize the souls of those who have wronged themselves, scolding them, what do you think you were doing? they will reply, we were oppressed in the land. The angels will respond, was Allah's earth not spacious enough for you to emigrate? It is they who will have Hell as their home—what an evil destination! Except helpless men, women, and children who cannot afford a way out. It is right to hope that Allah will pardon them. For Allah is Ever-Pardoning, All-Forgiving}* Surat Ani-Nisa, Verses 97-99. According to these verses, Allah orders those who are oppressed in their homeland to emigrate in order to protect their faith and to be able to live a free life from oppression and to be empowered as a pure slave to Allah. Furthermore, the issue of migration in Islam is also linked to the Islamic perspective that all lands belong to Allah, and human beings are sworn in for its reconstruction and improvement. Therefore, migration is sometimes a necessity in the pursuit of the task of succession over the land of Allah, as stated in the verses above: "was Allah's earth not spacious enough for you to emigrate?".

Almost all prophets in the Islamic history confronted with the practice of "hijra" (migration). Generally, the societies or tribes to which they were sent forced them to do so. Just like other prophets, Prophet Muhammad (peace be upon him) also had to migrate from Makkah to Medina in 622 together with those who had faith in him on account of increasing pressure and violence towards them. This was the most

---

the Regulation on Procedure and Principles to be Applied to Isolated Foreigners taking refugee in Turkey or requesting residence permit from Turkey in order to take refuge in another country, to the Foreigners coming to our borders for collective asylum and to the Possible Population Movements

important migration, which is one of the most significant fact in the Islamic history and which is known as "*Hijra*"[13].

Upon the Prophet Muhammad's hijra from Makkah to Medina, a new period started in the Islamic history. That incident was not only a change of place, but also a turning point in the spread of Islam. For this reason, there are many verses in the Quran, which mention about the dignity and honour of hijra and muhajirs[14].

The hijra incident had many consequences. Muslims, who were subjected to torture and persecution due to pressure of polytheists in Makkah, gained strength and formed a state under the leadership of the Prophet Muhammad (peace be upon him). Following the hijra, Prophet Muhammad (peace be upon him) announced the establishment of the Islamic state and commenced diplomatic relations. The first constitution of the state (the Constitution of Medina) was enunciated and treaties were made with the neighbouring tribes. Prophet Muhammad (peace be upon him) tried to complete all formalities for the organization of the state after 'hijra'. That was indicated by the fact that armed units were sent around in order to ensure the safety of life and property before the first anniversary of hijra. While in the period of Makkah, patience was recommended against mischief of unbelievers and their actual obstructions, however, the situation changed in the period of Medina and the right of retaliation was afforded to the Muslims. These points indicate that the incident of hijra constituted the basis of the Islamic state that would strengthen within a short period and would constitute the reasons of new formations in the history[15].

When mentioning about the incident of hijra, the notions of *"muhajir"* and *"ansar"* must also be pointed out. The word muhajir refers to *"those who migrated"*[16]. In the incident of hijra, it was used for the Muslims from Makkah who escaped from oppression and persecution and migrated from Makkah to Medina and Abyssinia[17]. The word "*ansar*" was derived from the stem "*nasr*" which means *"helping"*. In the history of Islam, it was used for the Muslims from Medina who provided great

---

[13] Görgeç, Gülsüm, Hijra in the Context of Quran Criteria (Kuran Kıstasları Bağlamında Hicret), Unpublishing Master Thesis, Inonu University, Istitute of Social Science, Department of Basic Islamic Sciences, Malatya, 2019, p. 52-54.

[14] At-Taubah 9/100: "And the foremost to embrace Islâm of the Muhâjirûn (those who migrated from Makkah to Al-Medina) and the Ansâr (the citizens of Al-Medina who helped and gave aid to the Muhâjirûn) and also those who followed them exactly (in Faith). Allâh is well-pleased with them as they are well-pleased with Him. *He has prepared for them Gardens under which rivers flow (Paradise), to dwell therein forever.* That is the supreme success"

[15] Özel, Ahmet, "Hicret", https://islamansiklopedisi.org.tr/hicret#2-fikih, Turkish Religious Foundation Encyclopedia, accessed 16 February 2020

[16] Saydam, Abdullah, "Muhacir", https://islamansiklopedisi.org.tr/muhacir--osmanli, Turkish Religious Foundation Encyclopedia, accessed 17 February 2020

[17] Görgeç, p. 64.

help for the Prophet Muhammad (peace be upon him) and "*muhajirs*" by means of accommodating them in their houses and protecting them[18]. In Surat Al-Hashr (59/9), the following is indicated concerning the Muslims from Medina: *"And those who, before them, had homes (in Al-Medina) and had adopted the Faith, love those who emigrate to them, and entertain no desire in their hearts for things given to the (latter), and give them (emigrants) preference over themselves, even though they were in need of that. And those saved from the covetousness in their own souls, they are the ones that achieve prosperity."* They are directly and indirectly mentioned in 9 different places of the Quran.

1. Constitution of Medina (Mawakhat-e Medina) and Human Rights Development of Migration

Following the hijra, firstly a fellowship agreement was made between the Ansars from Medina and Muhajirs from Makkah. This agreement was made for the establishment of Medina Islamic State on religious, political and economic grounds. Since the relevant agreement was made for the purposes such as ensuring friendship between Muhajirs and Ansars and forming an Islamic community based on a common socio-cultural mentality; it constituted the preliminary preparation of the Constitution of Medina[19].

Following that agreement, a constitution was signed also including the Jews living in Medina together with Muhajirs and Ansars. Apart from ensuring cooperation of Muhajirs coming from Makkah, the Constitution also aimed at ensuring cooperation against the attacks that could come from Makkah[20]. Moreover, that constitution is the first written Constitution of the Islamic history, which has reached until today[21].

The Constitution has consisted of 47 articles[22]. Living conditions of all tribes which signed the constitution and their relations with each other were mentioned in the content of the constitution. In particular, in the first 11 articles, the name of each tribe was mentioned, and it was noted that they would comply with the articles of the constitution. As it is observed, the rights of the Muhajirs who migrated were recognized by

---

18 Algül, Hüseyin, "Ensar", https://islamansiklopedisi.org.tr/ensar,Turkish Religious Foundation Encyclopedia, accessed 17 February 2020

19 Özkan, Mustafa, Medine Vesikası (Constitution of Madinah), Unpublishing Master Thesis, Ankara University, Istitute of Social Science, Ankara, 2002, p. 35-36.

20 Özkan, p. 53.

21 Yaman, Ahmet, "İslam Toplumunda Azınlık Olmak (Being a Minority in the Islamic Society)", Journal of Presidency of Religious Affairs, Volume 234, June 2010, p. *5*

22 For the Turkish translation of whole text of the Constitution of Medina see Özkan, Mustafa, "Medine Vesikası", https://islamansiklopedisi.org.tr/medine-vesikasi, accessed 13 October 2021.

the Medina Constitution, and it was noted that they had to comply with the constitution.

We observe that apart from being an agreement ensuring an order between the tribes living in Medina and Muhajirs coming from Makkah, the Constitution contains many fundamental human rights. In this scope, it is stated under Articles 12 and 15 of the constitution that Muslim tribes living in Medina (Ansars and Muhajirs) should be in cooperation with each other. It is also set out under these articles that the Muhajirs and Ansars were brothers and sisters, and they had to benefit from the same rights and support each other.

According to Article 25 of the constitution: *"And the Jews of Banu 'Awf shall be considered as one political community (Ummat) along with the believers- for the Jews their religion, and for the Muslims theirs, be one client or patron."* Under that provision, freedom of religion and conscience was also afforded between the tribes. It was noted that all tribes living in Medina (Muslims and non-Muslims) would be provided with freedom to practice their respective religions.

In accordance with the principle *"Of course, whoever is found guilty of oppression or violation of treaty, shall himself suffer the consequent trouble as also his family, but no one besides"* set out under Article 31 of the Constitution, the principle of "*individual criminal responsibility*" is indicated. That provision was an important step in respect of human rights within a period based on tribes. Article 37 of the constitution stipulated that all tribes living in Medina had equal conditions. Article also set out that all tribes would comply with the decisions taken and they would help each other in case of war. It was also noted that no tribe would commit any crime against the other.

Another important matter is the principle of "*equality before law*" within the context of human rights. It is stipulated under Article 42 of the Constitution that disputes shall be resolved by the same authority[23]. According to Article 46 of the Constitution *"Those who acquire unlawful gains shall only harm to their own will"* Under this provision, it was provided that the gain must be legitimate and lawful and the property rights of others must be respected. Accordingly, "*the right to property*", one of the most important elements of human rights was regulated under that constitution.

Article 47 of the Constitution made references to the issues of personal immunity and prohibition of discrimination. According to the provision *"And this prescript shall not be of any avail to any oppressor or breaker of covenant. And one shall have security whether one goes out to a campaign or remains in Madina, or else it will be an oppression and breach of*

[23] Ayengin, Tevhid, *İslam ve İnsan Hakları (Islam and Human Rights),* Ravza Publishing, Istanbul, 2017, p. 80.

covenant.", it was provided that no one shall be subjected to discrimination and also, the guarantee and exception to the right to life were regulated. The last articles of the constitution contained undertakings indicating that the tribes living in Medina would comply with the covenant.

It is observed that the Medina Constitution regulates relations between Muslims (Ansars and Muhajirs) and relations between Muslims and non-Muslims. In this scope, the relations between Muslims, in other words, the relations between Ansars and Muhajirs also became the subject matter of this agreement. Accordingly, the Medina Constitution[24] which is considered as the first written constitutional text demonstrates the importance of the rights afforded to and the respect demonstrated to the Muhajirs, who forcibly migrated following the hijra. In this regard, in accordance with the Islamic doctrine and principles, the importance given to the migrants' rights and respect for human rights are better understood within the provisions of the Constitution of Medina.

2. Some Other Important Migrations in the History

Within the historical process, apart from the incident of Hijra, the migration which left a trace in the world history and which caused re-bordering of the states is the "Migration of Tribes", the first migration that comes to mind. The Migration of Tribes started from Middle East to Europe, and then to African continent[25]. On account of various reasons, the Turkish communities migrated to west, east, north and south. The migration of Turkish tribes to the west started the Migration of Tribes, one of the biggest migrations of the world. As a result of the conflicts between tribes and Turkish communities, the tribes started to migrate to the west [26]. Accordingly, the Migration of Tribes started in Europe. Apart from changing the borders of the countries and falling the empires, the most important consequence of the migration of tribes is that it is ending of the first age and starting of the middle age. As it is observed, the migrations caused opening and closing of an era, apart from their impact on deserted places or residential places.

After Christopher Columbus crossed the Atlantic Ocean and discovered America in 1492, a new migration wave started which would change the political balance of the world. Apart from America, Australia

[24] For different views on this matter, see Akarsu, Murat, Medine Sözleşmesi'nin Anayasallığı, (The Constitutionality of the Constitution of Medina), International Journal of Human Studies, Volume, 1, Issue 2, 2018.

[25] Akkaya, Bahadır, Uluslararası Göç Hukuku ve Türkiye'nin Göç Stratejisi (International Migration Law and Turkey's Migration Strategy), Unpublishing Master Thesis, University of Gaziantep, Institutes of Social Sciences, Security Strategies and Management Department, Gaziantep 2019, p. 18

[26] Akkaya, p. 18.

and New Zeeland were discovered by the British and Dutch. These new territories discovered by the Europeans are called "New World" continents. Intensive migrations were experienced from Europe to America, particularly by the British, Portuguese and French people. The number of colonies increased to 13, which laid the foundations of the United States of America[27]. While the Migration of Tribes caused opening of a new age, the political order of the world took its final form following the discovery of America.

Another important migration movement is that the Ottoman Empire safely accepted the Jews who were exiled from Spain. After Castilla and Leon Queen Isabella I and Aragon King Ferdinand II got married, two great powers were united. Subsequently, Islamic rule in Spain weakened, and Spanish Inquisition established in 1478 ordered the execution of thousands of Jews[28]. Following the fall of the Emirate of Granada, more difficult days started for both the Jewish community in Granada and other Jews in Spain. On 31 March 1492 Isabella I and Ferdinand II issued Alhambra Decree on the ground that the Jews *"attempted to dissuade good Christians from their own holy belief"*. According to that decree, the Jews were asked to leave Spain within a short period, namely 4 months. It was also noted in the decree that those who did not comply with the decree would be sentenced to death penalty. Upon these developments, Bayezid II took the Jews exiled from Spain by means of Alhambra Decree under his protection. He sent the Ottoman fleet under the commandership of Kemal Reis to Spain and ensured the safe arrival of 150.000 Jews to the Ottoman territories[29].

In second half of the 20th century, Europe, from which people migrated to other places between 1800s and 1950s, needed labour force in order to eliminate destructive effects of the Second World War and to establish a new order. To this end, it opened the doors for the migrants. For example, Germany which was gravely defeated in the World War II, received many workers from Italy, Spain Greece and Turkey as migrants[30].

---

27 https://www.history.com/topics/colonial-america/thirteen-colonies, accessed 11 September 2020

28 Ledray, Laura, Spanish Persecution of the 15th-17th Centuries: A Study of Discrimination Against Witches at the Local and State Levels, https://digitalcommons.hamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=dhp, accessed 28 October 2021, p 54, accessed 11 September 2020

29 http://www.olaganustukanitlar.com/150-bin-yahudiyi-kurtaran-osmanli-padisahi-ii-beyazid/#:~:text=Bir%C3%A7ok%20ba%C5%9Far%C4%B1ya%20imza%20atan%20II,g%C3%BCvenle%2C%20Osmanl%C4%B1%20topraklar%C4%B1na%20ula%C5%9Fmas%C4%B1n%C4%B1%20sa%C4%9Flam%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r., accessed 11 September 2020

30 Kaya, Bülent, The Changing Face of Europe – Population Flows in the 20th Century, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2002, p. 20, (https://rm.coe.int/1680494249 accessed 18 September 2020)

Another migration wave which affected the whole world is the "Arab Uprisings" that started in 2010. The crisis starting in Tunisia on 17 December 2010 after a young person who was a peddler burnt himself also spread to Egypt, Libya, Syria, Bahrain, Jordan and Yemen. After internal disturbances in some countries, a new migration wave initiated. The people who left their countries due to internal conflicts were in the search of countries where they could migrate[31]. On account of conflicts which started in April 2011 and still continues in Syria, migratory waves were experienced. More than 10 million Syrian people had to take refuge in the countries such as Turkey, Jordan and Lebanon[32].

C- Reasons of Voluntary or Forced Migrations Over the Past Decades

Before dwelling on the reasons of migration, it is firstly useful to focus on the types of migration. Indeed, migration has been classified into many categories[33]. Three main categories will be mentioned concerning classification. As the first classification, the concepts of internal and external migration are noted. Internal migration is the incident of migration experienced within the country. External migration is defined as migration from one country to another. Another classification is that migration may be divided into two categories as voluntary and forced migration[34]. If the migration is on the relevant person's own will, it is voluntary migration. If the migrant has to go from one place to another due to his/her living conditions, forced migration is at issue. Finally, it is divided into two categories, as regular and irregular migration. Regular migration is made in line with the rules

---

31 Koser, Khalid, Migration, Displacement and the Arab Spring: Lessons to Learn, 2012, (https://www.brookings.edu/ opinions/migration-displacement-and-the-arab-spring-lessons-to-learn/, accessed 18 September 2020)

32 Turkey took approximately 3.5 million asylum seekers under temporary protection. Having established temporary accommodation centers, Turkey provides fundamental human rights needs such as education for all children, including pre-school, medical services in the same manner with Turkish citizens and places of worship for foreigners.

33 Baggio, Fabio, Descriptive Classifications of Migration, http://www.simiroma.org/Baggio/TS109/Classification%20Baggio%20EN.pdf, accessed 13 September 2020; https://emergency.unhcr.org/entry/44937/migrant-definition, Migrant Definition, accessed 13 September 2020

34 Mani, Semiha M., Devletler Özel Hukukunda Göçmenlerin Statüsü ve Göçmenlere Ait Düzenlemeler (Status of Migrant in the Private Law of the States and Regulations concerning Migrants), Unpublishing Master thesis, Ankara University, Istitute of Social Science, Ankara 2009, p. 26.

and regulations defined within the scope of migration movement, but the irregular migration does not comply with these procedural acts.[35].

In the light of this information, it is useful to look at the factors which cause migration that is as old as the history of mankind. These factors, which continue to be relevant until today, constitute the basis of international and general principles.

1. Conflicts and Wars

One of the most important reasons of migration around the world, and in particular, Islamic geography, are considered as wars and regional chaos. Indeed, people who were forcibly obliged to migrate from their own hometowns in order to maintain a more appropriate life.

The incident of migration which has many examples in the history on account of war and regional chaos forced the humankind to migrate include serious human rights violations experienced after the Second World War. As a matter of fact, under Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights, which was adopted on 10 December 1948, *"right to asylum"* is regulated as a fundamental human right.

Arab Uprising caused collective migrations on account of internal disturbances in Iraq and Syria. This caused the migrants to head off to other countries and become refugees or asylum seekers. Due to internal disturbances in Syria since 2012, many human rights including in particular the right to life, one of the most fundamental rights, became endangered; and collective migrations have taken place, and is still on-going.

2. Denial of Basic Rights and Fundamental Freedoms Including Growing Intolerance Leading to Religious, Ethnic and Communal Persecution

Another reason of the migration arises from political reasons related with war and regional disturbances. Particular reasons are ethnic and regional pressures, insurrection, occupation and border changes. The migrant who headed off from his own country to another country due to these reasons takes the status of refugee or asylum seeker[36]. Indeed, this reason of migration falls within the category of obligatory migration.

It is observed that the incident of "*Hijra*" related with religious reasons was experienced by almost all prophets. Although, prophet

[35] Bozkurt, Kutluhan, *Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku (Migration Law within the scope of European Union policies and regulations),* Legal Publishing, Istanbul, 2018, p. 23.

[36] Töre, Nazlı, *Uluslararası Göç Hukuku (International Migration Law),* Turhan Publishing, Ankara 2016, p. 51.

Noah made great efforts for his tribe to have faith in Allah, he migrated by a ship together with those who believed in him. Prophet Shuaib who was sent to the Madyan tribe warned his own people as they were falsifying measurements and weighing (Al-A'raf 7/85), his own people excluded him from his home town[37]. "*Great Migration*" or "*Hijra*" performed by Prophet Muhammad (peace be upon him), explained in detail earlier, was accepted as a reason of the migration on religious purposes in respect of Islamic history.

Today, Muslims who are subjected to occupation and denial of rights migrate in order to live in accordance with their faith. The most important example of this situation are the Muslims living in the Indian Occupied Kashmir[38], Rohingyas of Myanmar, Occupied Palestinian Territories[39] and Xinjiang region of China[40].

On the other hand, there have been many mass migrations around the world due to ethnic oppression and political reasons. These mass migrations have increased the interaction between countries even more. In this context, one of the best examples has been the migration waves from Yugoslavia – Macedonia to Turkey. Indeed, these were caused by the policies followed by the governments on these lands (Yugoslavia-Macedonia) and the pressures on people of Turkish origin. This situation has led to mass forced migration[41].

3. Widening of Economic Disparities Within and Among the Nations

Economic grounds are one of the most important reasons of migration. As a matter of fact, the reason leading people to migrate to meet their basic needs including anxiety concerning employment. The person who is employed as a social concept will better ensure his/her prosperity and social peace. Otherwise, his/her productivity will decrease and he/she will suffer from adaptation problem. For this reason, in order to live in better economic conditions and to maintain a better quality of life, the person may migrate to another country[42].

The best example of this situation was experienced after the Second World War suffering from a great loss after the war, Germany accepted the workers coming from other countries as from 1955 in order

---

37 www.insanansiklopedisi.org.tr, accessed 13 March 2020

38 See for details http://www.na.gov.pk/uploads/content/OIC%20Report%20on%20Kashmir.pdf, accessed 14 September 2020

39 See for details, https://www.unrwa.org/palestine-refugees, accessed 18 September 2020

40 https://news.un.org/en/story/2019/12/1054311 accessed 18 September 2020

41 https://www.goc.gov.tr/kitlesel-akinlar#_ftnref6, accessed 14 October 2021

42 Töre, p. 50

to eliminate the deficiency in labour force[43]. Today, Muslim and Syrian people were forced migration to Turkey[44] and to other European countries due to internal disturbances in Syria, because of apart from escaping the civil war, the purpose of improving living standards and finding a job.

At this point, it is necessary to touch upon the mass migration recently received by Turkey on account of the internal disturbance experienced in Syria. Indeed, Turkey was faced with a major test concerning migration by opening its doors to the asylum seekers coming from Syria. By "*the Directive no. 62 on admission and accommodation of the citizens of the Syrian Arab Republic coming to Turkey for the purpose of mass asylum and of stateless persons residing in Syrian Arab Republic*" issued by the Prime Ministry in 2012, the Syrian asylum seekers who came to Turkey were granted "temporary protection" and they were allowed to stay in Turkey[45]. Till the present day, Syrian asylum seekers' basic needs such as accommodation, food, health and education have been and still are met within the scope of temporary protection[46]. In this respect, as it has done in the past, Turkey opens its doors to asylum seekers or refugees who requests its aid and provides them with the necessary assistance in accordance with the Islamic doctrine and values.

4. Natural Disasters, Ecological and Environmental Degradation

Natural disasters which occur out of the human will and desire (earthquake, drought, volcano, flood, landslip, erosion) are another reason for people to migrate in order to survive and maintain a better life[47]. For example, because of the Nyiragongo volcano eruption experienced recently in the Democratic Republic of Congo; 100,000 people in 2002 and 25,000 people in 2021 have migrated to the safe

---

43 Akkaya, p. 10

44 https://www.unhcr.org/tr/en/refugees-and-asylum-seekers-in-turkey, accessed 18 September 2020

45 Article 91 of the Law on Foreigners and International Protection provides, insofar as relevant, as follows:
"*Temporary protection may be provided for foreigners who have been forced to leave their country, cannot return to the country that they have left, and have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection.*"

46 Çiçeksöğüt, Adem, "Uluslararası Göç Hukuku Perspektifinde Yerinden Edilmiş Suriyeliler'in Türkiye'deki Statüsü (Status of the Displaced Syrians in Turkey from the Perspective of the International Migration Law)," Journal of the Kırıkkale University's Faculty of Economics and Administrative Sciences, 2017, Volume no. 6, Issue no. 2, page 13

47 See for details about linking between enviromental change and migration, World Imigration Report 2020, IOM, Geneve 2020, (https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf Accessed 19 September 2020)

zones[48]. Similarly, in West Africa (Burkina Faso and Mali, respectively) drought led to both temporary and permanent migration to fertile lands[49].

Indeed, increase of average temperature of the earth, release of gases affecting ozone layer, air pollution, extension of chemical substances have become global problems. Accordingly, the concept of climate refugees has come into existence[50]. Epidemics may also be involved under this category[51].

II. RIGHTS OF MIGRANTS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND RELATED ORGANISATIONS

Although the concept of migration dates back to ancient times of history, a solution was sought at international level after two world wars. Indeed, following the collective migrations experienced, the states started to perform studies for understanding the social phenomenon of migration and seeking solutions to manage it. In this scope, by the decision of the League of Nations which was established after the First World War, High Commissioner for Russian Refugees was established. As a result of the studies carried out, the High Commissioner attempted to find solutions for problems of Russian refugees such as their legal status and employment[52].

Due to increases in the collective migrations, the Convention Relating to the International Status of Refugees was initiated in 1933 with respect to the issue of migration firstly handled by the League of Nations in an exclusive manner. Only 8 countries signed the convention. However, some of the countries which signed the convention made reservation in respect of some articles[53]. Although this convention did not have an impact at international arena as a small number of countries signed it, it formed a basis for international texts prepared in the coming years. As a matter of fact, it is observed that fundamental rights of

---

48 https://www.unicef.org/press-releases/children-and-families-risk-following-huge-volcano-eruption-goma-democratic-republic, accesed 14 October 2021

49 Linguère Mously Mbaye, Klaus F. Zimmermann, Environmental Disasters and Migration, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/124866/1/dp9349.pdf, accessed 14 October 2021

50 Bozkurt, p. 21

51 Töre, p. 50

52 Büyükçalık, Mürvet E., *Mülteci Hukuku'nun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları (Development of Refugee Law and Social Rights of Refugees in Turkey),* Oniki Levha Publishing, İstanbul 2015, p. 11

53 See the League of Nations' Convention of 28 October, 1933 Relating to the International Status of Refugees (http://www.refworld.org/docid/3dd8cf374.html Access date: 13 March 2020)

refugees are indicated in the text of this convention. In particular, the prohibition of removal was indicated in this text for the first time.

In the subsequent period, Jewish refugees escaping from Nazi government in Germany caused a crisis in the international community. In this scope, the League of Nations initiated a Provisional Arrangement concerning the Status of Refugees Coming from Germany in 1936 and the Convention concerning the Status of Refugees Coming from Germany in 1938. These two conventions were not exhaustive when compared with the Convention made in 1933 as regards the rights they afforded. They were only related to situation of the refugees coming from Germany[54].

The United Nations which was established after the Second World War also has the duty to carry out studies in order to determine the status of the persons who migrated after the war and to solve their problems. In this context, International Refugee Organization was established in 1948. The duties of the International Refugee Organization included carrying out activities concerning all fields of the refugees' lives such as making records concerning them, determining their status, their returning to countries of origin or their placement in a new country[55]. Apart from them, the UN High Commissioners for Refugees were established by the International Organization for Migration which was later incorporated in the UN. Detailed information concerning them will be mentioned in the following paragraphs of the study. In the first place, the 1951 Geneva Convention, which has the characteristics of a constitutional provision at the international arena for the rights of migrants, will be handled.

A- 1951 Geneva Convention on the Determination of the Legal Status of Refugees and 1967 New York Protocol Relating to the Status of Refugees

Since the problem of refugees was not solved following the Second World War, and a new international document was needed for the definition of the notion of refugee; on 28 July 1951 the UN Convention relating to the Status of Refugees was signed under the guidance of the UN High Commissioner for Refugees. The Convention entered into force on 21 April 1954[56].

---

54 Akkaya, p. 50-51

55 http://www.refworld.org/docid/3ae6b37810.html, accessed 13 March 2020

56 Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UNCHR, February 2019, (https://www.unhcr.org/asia/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html Accessed 13 March 2020) p. 12

The notion of "*refugee*" is defined in Article 1 of the Geneva Convention, which has a particular importance in the international arena. However, for the purpose of making a distinction between the notions of migrant and refugee, a number of limitations were noted in the definition of refugee. Article 1-a/2 of the Convention is as follows: *"As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."*

According to this article, the notion of refugee is limited to the events occurring before 1 January 1951. It is also considered that he/she must have a well-founded fear of being persecuted. Moreover, it is also noted in the article that the persecution may arise from the reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. It is also maintained in the text of article that the requirement of being outside the country of his nationality and being unable or unwilling to avail himself/herself of the protection of that country is sought.

Moreover, subparagraph B is also explained as follows in addition to these requirements in Article 1 of the Convention:

"B.(1) For the purposes of this Convention, the words "events occurring before 1 January 1951" in article 1, section A, shall be understood to mean either:

(a) "events occurring in Europe before 1 January 1951"; or
(b) "events occurring in Europe or elsewhere before 1 January 1951", and each Contracting State shall make a declaration at the time of signature, ratification or accession, specifying which of these meanings it applies for the purpose of its obligations under this Convention."

Pursuant to this provision, the States were afforded the right of choice while signing the Convention. Within this scope, the States were provided with the opportunity to grant refugee status either to those who came from Europe or to those who came from Europe or elsewhere[57].

[57] In Turkish practise, the descriptions made within the context of the Geneva Convention and the New York Protocol were firstly regulated by "*the Regulation on the principles and procedures applicable to individual foreigners who seek asylum in Turkey or who request a residence permit from Turkey for the purpose of seeking asylum in another country, to foreigners who arrive at the Turkish borders for collective asylum and to possible population movements*" dated 30 November 1994. Furthermore, the Regulation in question was the first domestic instrument governing the status of those who came to Turkey from outside of Europe for the purpose of seeking asylum. Later, the need for a new law arose with the increase in the number of asylum seekers coming to Turkey from

The Convention in question sets out the fundamental rights of refugees and establishes the minimum procedures to be applied in that regard. Within this scope, the fundamental rights of refugees were laid down in this Convention containing provisions on establishment of refugees' legal status, their employment and their right to benefit from welfare services as well as regulations on their identity papers and travel documents, applicability of fiscal charges to them and their right to transfer their assets to another country where they have been admitted. Detailed explanation on the rights in question will be provided under the 3rd Section below[58].

The most important one of the above-mentioned rights, which still sparks debates at the international level, is the principle of "*non-refoulment*" set out in Article 33 of the Convention. Even though this provision is of a general nature, the exceptions to it were also provided for in the Convention[59]. After 1951, the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) established within the United Nations (hereinafter, "the UN") has closely monitored treatment of refugees by intervening in several refugee crisis that have taken place. Within this scope, the Hungarian refugees who sought asylum in Western Europe, the Chinese refugees in Hong Kong, the Algerian refugees coming from Morocco and Tunisia in connection with Algeria's fight for independence and lastly, the refugee problems which emerged in Africa due to civil wars in countries for gaining independence revealed that the temporal and geographic limitations set out in the Geneva Convention gave rise to inconsistencies[60].

Upon the call of the UNHCR, on 4 July 1967 the text of the Additional Protocol to the Geneva Convention of 1951 was drafted. By the text in question, "*events occurring before 1951*" and "*fleeing from Europe*" requirements were lifted. Even though the text in question was drafted as an additional protocol, it was separately opened for the States' signature and its applicability is subject to ratification by the States. Accordingly, the aforementioned two Conventions, which were signed by a high number of States, are of great importance at the international arena for securing refugees' fundamental rights.

---

outside of Europe and escalation of the instances of mass migration. Within this scope, "the Law on Foreigners and International Protection" was drafted and it was enacted and brought into force on 4 April 2013.

58 https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf, Factsheet No :20, Human Rights and Refugees, p. 4, accessed 15 March 2020

59 For detailed analysis on the subject, see the 3rd Section, pages 24-26

60 Büyükçalık, p. 43

B- International Organisation for Migration (IOM)

Following the displacement of approximately 11 million persons from the Western Europe as a result of the destructive impact of the Second World War, the International Organisation for Migration (IOM) was established in 1951 by 132 States with a view to finding a solution for the migration wave which began in the search of another place to live. The objective of the Organisation was established as providing assistance for the increasing operational difficulties in migration management, making migration related matters more comprehensible, encouraging social and economic development by means of migration and promoting migrants' human dignity and welfare[61]. In other words, the aim of the Organisation is to ensure that the migration movement takes place in an orderly and humanitarian manner and that the States exchange the necessary information on migration, cooperate with each other and provide an incentive in this regard[62].

Even though the Organisation was initially established as an independent international organisation, it was incorporated into the UN in 2016 and presently, it functions as a subsidiary institution. Currently, the Organisation has 173 Member States and 8 Observer States including several Muslim States[63]. For example, the International Migration Organisation (IMO) continues its activities in Turkey. Even though the IMO opened its first office and initiated its activities in Turkey in 1991 in order to deal with the Iraqi refugees who came to Turkey as a result of the First Gulf War, it was considered appropriate for Turkey to join the IMO by the Law no. 5260 dated 25 November 2004 which was brought into force on 19 July 2010 by the Council of Ministers. As seen, Turkey's membership of the IOM became official in 2004 and the joint works of the IOM and Turkey, including the drafting of the Law on Foreigners and International Protection and establishment of the Directorate General for Migration Management attached to the Ministry of Interior, have been carried out as from 2004 until present. In the aftermath of the Van earthquake of 2011, the IOM initiated its emergency intervention programs in Turkey. In the course of the civil war in Syria and the Mediterranean Crisis of 2015, the IOM continued its activities in Turkey. The IOM has its central office in Ankara and sub-offices in Istanbul and Gaziantep[64].

---

61 https://www.iom.int/mission, accessed 29 March 2020

62 For the 12 objectives where the IOM established its strategies for refugees' rights, see also https://www.iom.int/mission, accessed 29 March 2020

63 https://www.iom.int/sites/default/files/about-iom/members_observers_en.pdf, accessed 29 March 2020

64 https://turkey.iom.int/iom-turkey, accessed 08 April 2020

C- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)

Following the establishment of the UN, it was decided to set up the UNHCR by the decision of the UN General Assembly in 1951 due to the fact that the International Refugee Organisation (IRO) established for the purpose of dealing with the migration and refugee problems proved insufficient[65]. The mandate of the UNHCR, which was initially set up for a period of 3 years, was extended and resumed as the world-wide migration problem could not be solved. By its decision of 2003, the UN General Assembly extended the UNHCR's mandate "*until the refugee problem is solved*", namely, until the issue is brought to an end. The UNHCR functions as a subsidiary body established by the UN General Assembly under Article 22 of the UN Convention. Therefore, it is an institution with international legal personality[66]. The Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, adopted by the UN General Assembly on 14 December 1950, is the main text of the Commissioner's Office. It performs its functions and activities in accordance with the Statute in question. As stated in the introduction part of the Statute, the UNHCR's fundamental aim is to solve refugees' problems throughout the world, to ensure their international legal protection and to either facilitate their voluntary repatriation or settlement in a safe third country. Its second aim is to determine the refugees falling within the scope of its field of activity[67].

In Article 6 of the Statute, the persons falling under the category of refugee were set out. The Statute further extended the definition of refugee in a manner that it also encompassed its definition in the Geneva Convention of 1951. Within this scope, regardless of any geographic or personal limitations, those who are forced to leave their country for fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality or political opinion also fall under the category of refugee. Therefore, the Statute is of a universal nature.

In Article 8 of the Statute, the duties of the UNHCR were defined. When these definitions are examined, it is seen that the important duties of the UNHCR are as follows[68];

• Promoting through special agreements with Governments the execution of any measures calculated to improve the situation of refugees and to reduce the number requiring protection;

---

65 Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, A/2394, 01 January 1954, https://www.unhcr.org/afr/excom/unhcrannual/3ae68c968/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html, p.10, accessed 15 September 2020

66 https://www.unhcr.org/3b66c39e1.html, accessed 29 March 2020

67 https://www.unhcr.org/3b66c39e1.html, accessed 30 March 2020

68 For detailed information on the UNHCR's other duties, see https://www.unhcr.org/3b66c39e1.html accessed 30 March 2020

• Assisting governmental and private efforts to promote voluntary repatriation or assimilation within new national communities;

• Promoting the admission of refugees not excluding those in the most destitute categories, to the territories of States;

• Obtaining from Governments information concerning the number and conditions of refugees in their territories and the laws and regulations concerning them.

The UNHCR offers three solutions to enable refugees (including stateless persons) to maintain their lives. Within this framework, the solutions offered by the UNHCR are voluntary repatriation, settlement in a third country and local integration. The UNHCR carries out the necessary works in accordance with these options. The most important point that should be emphasised is that the UNHCR handles its works related to refugees' rights within the context of human rights. Indeed, the fact that the UNHCR handles the subject in this manner imposes obligations on the States and contributes to provision of permanent solutions.

D- Conventions, Reports and Commissions Prepared by the Council of Europe and the European Union

Even though the Geneva Convention of 1951 is accepted as a milestone in the European continent, the searches for solution of the refugee problem has continued outside the Convention in question. Within this scope, the Council of Europe and the European Union (hereinafter, "the EU") have introduced several regulations concerning migrants and refugees.

Firstly, the European Convention on Human Rights (hereinafter, the European Convention), which is the fundamental instrument of the Council of Europe, has introduced certain protective arrangements for migrants, asylum seekers and refugees. One of the most important of these protective arrangements is the mechanism of protection against expulsion of an asylum seeker or a refugee. In this connection, the European Court of Human Rights (hereinafter "the Court") rules on the applicants' allegations as to violations of "the prohibition of torture" under Article 3 of the European Convention, "the right to liberty and security of person" under subparagraph (f) of Article 5 thereof, "the right to freedom of movement" under Article 2 of the Additional Protocol No. 4 to the European Convention and the provisions against expulsion orders under Article 1 of the Additional Protocol No. 7 to the European Convention[69].

[69] Some of these judgments are as follows:
•In its judgment of Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC] (no. 27765/09), the Court found a violation against Italy on the ground that the Coastguard teams patrolling the

The Steering Committee for Human Rights (CDDH) of the Council of Europe has also set up a working group on "Migration and Human Rights" and informed the public opinion about the subject by the detailed reports drawn up by intergovernmental legal professionals[70].

On the other hand, the Treaty of Rome, namely the foundation act of the EU which was firstly established as the European Economic Community in 1957, included no regulation as to common migration and asylum policies. Similarly, it is observed that the Single European Act of 1987 did not include any regulation in that regard, either. The first steps regarding the asylum and migration policies were taken in the Schengen Agreement signed in 1985. Within the scope of the Agreement in question, the checks in the EU's internal borders were gradually abolished and the right to freedom of movement was secured. However, this right was conferred on merely the citizens of the EU and efforts were exerted to take steps for merely implementation of a common procedure (entry, exit, asylum, etc.) with respect to the persons coming from outside of the EU. Nevertheless, this issue was left to the discretion of the States[71].

Specific regulations concerning refugees were included in the Dublin Convention which was signed in 1990 and which stated that the Contracting States reaffirmed their obligations under the Refugee Convention of 1951 and the New York Protocol of 1967 with no

---

open seas had sent the vessels, which had two hundred asylum seekers on board, to Libya without receiving their requests for asylum.

•In its judgment of Sharifi and Others v. Italy and Greece (no. 16643/09), the Court found a violation of Article 3 of the Convention in conjunction with Article 4 of the Protocol No. 4 to the European Convention on the ground that the Afghan nationals, who had been arrested at the border of Italy where they had illegally reached via Greece, had been returned to Greece without allowing them to apply for any procedures. Kebe and Others v. Ukraine (no. 12552/12) and MA and Others. Lithuania (no. 59793/17) judgments are also of a similar vein.

•When the Court receives an application, it may indicate to the respondent Government certain interim measures under Rule 39 of the Rules of Court until the examination of the case. The Court indicated interim measures in a number of cases concerning migration, including placement of minors in detention. The respondent Government's failure to comply with the interim measure indicated by the Court under Rule 39 of the Rules of Court amounts to a violation of Article 34 of the Convention (Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], nos. 46827/99 and 46951/99 §§ 99-129; see also MA v. France, no. 9373/15).

•In its judgments of Cruz Varas v. Sweden and Vilvarajah v. the United Kingdom dated 20 March 1991 and 30 October 1991 respectively, the Court held that the persons whose application for asylum had been rejected were under the protection of Article 3 of the Convention.

70 For detailed information, see https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/human-rights-development-cddh/migration, accessed 30 March 2020

71 Töre, p. 38

geographic restriction of the scope of these instruments and that they also agreed to cooperate with the UNHCR. The regulations in question concerned which State would be responsible for assessment of an application for asylum made within the EU and it indicated the responsible States by introducing a detailed limitation.

While the EU Member States' initiatives for harmonisation of the asylum policies and practices may be described as political initiatives which were not initially binding, it can be said that this situation changed after the Maastricht Treaty and particularly, as from the year 1999. Thereafter, the States exerted efforts to set up the Common European Asylum System taking as basis the application of the Refugee Convention of 1951 to the fullest extent. The Treaty of Maastricht, which was signed in 1992, included asylum and the policies of asylum as the common field of interest for the Member States. The Treaty of Amsterdam of 1997 made certain amendments to the Treaty of Maastricht. Within this scope, policies related to visas, asylum, migration and persons' freedom of movement were readdressed. By the Treaty of Amsterdam, which entered into force in 1999, the preparations for setting up the Common European Asylum System were initiated. Within this framework, several instruments in the form of regulations and directives were brought into force.

The fundamental structure of the Common European Asylum System began to be established by the adoption of the Dublin II Regulation, which was signed in 2003 and which amended the Dublin Convention of 1999, the Council Directive laying down the minimum standards for reception of asylum seekers, and the regulations concerning the criteria for receiving refugee status, temporary protection, and identity papers and travel documents to be provided to refugees. In addition to these procedural regulations, instruments including provisions on security are also a part of the Common European Asylum System. The regulation on the EURODAC system enabling identification of asylum seekers' fingerprints and several regulations on border security such as FRONTEX have been introduced[72]. Thus, subsequent to the Treaty of Amsterdam, safeguards for freedom of movement were provided and decisions were made as regards asylum and migration related matters in accordance with the EU's principles of freedom, security and justice[73]. Accordingly, the issue of migration and asylum was removed from the Member States' responsibility and included in the EU's area of responsibility, and a five-year period was envisaged for each Member State to implement the decisions made.

[72] Büyükçalık, p. 54
[73] Bozkurt, p. 107

By the Charter of Fundamental Rights of the EU, which was adopted in 2010, the right to asylum was set out among fundamental rights and principles. Therefore, according to this regulation, citizens of non-EU countries who are in the EU countries will have the rights set out in the Charter (residence, travel and work) even if they are not EU citizens. Lastly, the Dublin III Regulation was adopted in 2013. In accordance with the Regulation in question, more transparent criteria were introduced as regards persons applying for asylum and amendments were made as regards assessment of their applications[74].

E. Other Important Conventions Regarding Migration

In addition to the above-mentioned protocols, conventions and processes, many conventions of universal and regional nature which provided safeguards for refugees and asylum seekers were signed as a result of increasing focus on issues related to migration.

It is observed that in general, the UN has always been a pioneer in the field of multilateral conventions. Within this scope, the Convention for Prevention and Punishment of the Crime of Genocide dated 1948, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination dated 1965, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights both dated 1966, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women dated 1979, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment dated 10 December 1984 and the Convention on the Rights of the Child dated 1989 were signed. While these conventions are not entirely migrant-themed, certain fundamental rights and freedoms included in their contents are of a universal nature and therefore, the rights in question are also enjoyed by migrants, refugees and asylum seekers. In this respect, while explaining the fundamental rights and freedoms specific to migrants under the 3rd Section, the conventions in question will also be mentioned where relevant.

Some of the international conventions remained regional in nature. In this scope, on 27 March 1994 the "Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries", which had been prepared with respect to the issues of immigrants and refugees was signed[75] by the League of Arab States[76]. In the preface of the Convention, the Member States confirmed the provisions of the 1951 Geneva Convention, the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the 1992 Cairo Declaration on the Protection of Refugees and Displaced

[74] Töre, p. 40-41

[75] https://www.refworld.org/docid/4dd5123f2.html, accessed 18 September 2020

[76] http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx, accessed 28 Ocrober 2021 https://en.wikipedia.org/wiki/Arab_League, accessed 19 September 2020

People. The most important feature of this convention is that the definition of refugee is more widely mentioned when compared with the international conventions and protocols[77]. As a matter of fact, the persons persecuted on account of their ethnic origin are mentioned in the first paragraph of the first article. The second paragraph stipulates that any person who unwillingly takes refuge in a country other than his country of origin because of the occurrence of natural disasters or grave events resulting in major disruption of public order shall be considered as a refugee.

Besides, the conventions signed within this scope are the Caracas Convention on Diplomatic Asylum and the Caracas Convention on Territorial Asylum both dated 28 March 1954, the African Union Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa dated 10 September 1969 and the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities dated 1995 and the Council of Europe Convention on Action Plan against Trafficking in Human Beings[78].

In December 2018, and in recognition of the important role of well-managed migration towards sustainable development of nations today, the international community made a significant step forward by adopting the 'Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration' as a starting point for the countries to reassess their national migration policies to combat child and forced labour, human trafficking, exploitation and abuse in the context of migration[79].

This new Global Compact, which was adopted in an international Intergovernmental Conference held in Marrakesh, Morocco on 10-11 December 2018, and formerly endorsed by the UN General Assembly in the Resolution No: A/RES/73/195, dated on 19 December 2018, clearly

---

77 Article 1

For the purposes of this present Convention, a refugee means:

Any person who is outside the country of his nationality or outside his habitual place of residence in case of not having a nationality and owing to well-grounded fear of being persecuted on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, unable or unwilling to avail himself of the protection of or return to such country.

Any person who unwillingly takes refuge in a country other than his country of origin or his habitual place of residence because of sustained aggression against, occupation and foreign domination of such country or because of the occurrence of natural disasters or grave events resulting in major disruption of public order in the whole country or any part thereof.

78 Töre, p. 37-38

79 The UNGA Resolution, which includes the full text of the "Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration" is available here: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/195 accessed 20 September 2020, p. 17 and 18

reflected a substantial change in the international approach toward the complex issues of migration; from a negative view of migrants and migration in which the security concerns and the logic of national sovereignty overshadow the will of international cooperation, to a positive human rights approach under which migrants are perceived as holders of human rights and agents of developments in the countries of destination.

In line with the spirit of this new Global Compact, it must be highlighted that migration is a source of innovation, diversity, prosperity and sustainable development of societies. In today's globalized world, safe and orderly migration is a beneficial tool to address labor market needs of many industrialized/developed countries[80], which are confronting problems of either declining/ageing population or shortage of professional expertise[81]. In doing so, migrants contribute to the economic growth and socio-cultural diversity of destination countries.

III. GENERAL PRINCIPLES OF THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS

In line with the international human rights agenda, efforts were exerted to secure a number of rights and freedoms for migrants, asylum seekers and refugees in order to provide them with a better life. Indeed, as human beings, migrants have inalienable, non-assignable, universal and natural rights. In other words, irrespective of where an individual goes, he/she is entitled to these rights under all circumstances and conditions. As a matter of fact, Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights prescribes that everyone may enjoy the fundamental rights and freedoms recognised in the Covenant irrespective of whether they have any citizenship bond with the country concerned.

In the history of Islam, the concepts of refugees and asylum seekers presented some differences. For this reason, explaining the varying situation before touching upon fundamental rights and freedoms will enable a better understanding of the subject-matter.

Within this framework, if a Muslim person is to migrate to another Muslim country, he/she should enjoy the same rights with the citizens of the country in question. Indeed, as per the verse from the Quran which

[80] Kül, Yavuz, Opportunuties And Challenges Of International Migration For Sending And Receiving Countries, https://www.mfa.gov.tr/opportunuties-and-challenges-of-international-migration-for-sending-and-receiving-countries.tr.mfa, accessed 28 October 2021

[81] Doudeijns, Marco, Labour Shortages And The Need For Immigrants: A Review Of Recent Studies, OECD, https://www.oecd.org/els/mig/31857112.pdf, accessed 28 October 2021

reads "*Verily, this community (Ummah) of yours is a single Ummah, and I am your Lord, so worship me*" (Al-Anbiya, 21/92), the understanding of "*the unity of the Ummah*" was adopted by the Islamic law[82]. For this reason, a Muslim who migrated to another Muslim country could enjoy the same rights and freedoms.

On the other hand, in the Islamic law, non-Muslims residing in Muslim countries were categorised under different groups. Non-Muslims who crossed the borders of a Muslim country without permission were called "*the harbi*"[83]. The harbi were not entitled to any rights within the Muslim country as they did not obtain any permission or entered into any pledge of security (*aman*). However, non-Muslims who agreed to pay a certain amount (*jizyah*) for their assets and who recognized the sovereignty of Islam were called "*the dhimmi*"[84]. Having fulfilled these conditions, the dhimmi were then regarded as citizens of the Muslim country where they stayed and hence enjoyed all the rights and freedoms.

Lastly, persons who came to a Muslim country temporarily with no intention of becoming a citizen were called "*the musta'min*". A pledge of security could be entered into with the musta'min. As long as the aman remained in force, the security of lives and assets of the musta'min would be protected. The musta'min were allowed long term stays unless their residence was restricted by the Muslim country where they stayed. The musta'min were subject to the provisions of the Islamic law during their stay despite not being citizens[85].

Accordingly, a migrant who migrated from one Muslim country to another enjoyed the same rights and freedoms in that country as required by the understanding of the unity of the Ummah. If non-Muslims came to the country without the purpose of citizenship or residence, they could enjoy the provisions of the Islamic law in the Muslim country by entering into a pledge of security.

In the course of the period from past till present, the States' unitarian structure coming into prominence, the effects of the interstate wars and of the nationalistic movements and the development of the positive and international law compelled the States to replace the understanding of the unity of the Ummah with the understanding of sovereignty of the States within their own borders. With respect to

---

82 Yeter, Hasan Serhat, İslam Hukukunda Müste'men (yabancılar) Hukuku (Dört Halife Dönemi)- (The Muste'men in the Islamic Law, Unpublishing Master Thesis, Marmara University, Istitute of Social Science, Istanbul 2002, p. 35

83 Özel, Ahmet, "Harbi", Turkish Religious Foundation Encyclopedia, https://islamansiklopedisi.org.tr/harbi--gayr-i-muslim, accessed 15 September 2020

84 Yaman, Ahmet, "Zımni", Turkish Religious Foundation Encyclopedia, https://islamansiklopedisi.org.tr/zimmi#3-osmanlilarda, accessed 15 September 2020

85 Yeter, p. 50

individuals, the nationality and citizenship bond came to the forefront. Therefore, at present time, if a person wishes to migrate to a Muslim country, he/she is subject to the status of migrant, asylum seeker or refugee irrespective of whether he/she is a Muslim or a non-Muslim.

Lastly, the right of asylum is worth mentioning before proceeding to the fundamental rights. Indeed, this right, which is recognised by the international law, has been acknowledged as a fundamental human right in accordance with Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights which reads, insofar as relevant, as follows: "*Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.*" However, this right was not mentioned in the Geneva Convention of 1951 or other regional instruments regarding fundamental human rights which were issued subsequent to the Universal Declaration of Human Rights[86].

Having regards these general considerations, fundamental rights and freedoms of the refugees and migrants may be categorised as follows:

A. Respect for The Right to Life and Physical Integrity of Migrants

The right to life constitutes the foundation of human rights and it is prerequisite to the existence of the other rights. Therefore, the right to life is sacred. Accordingly, it is the first right guaranteed under several international instruments on human rights.

In Islam, the right to life is the most important one among the sacred rights[87] and it is inviolable. Within this framework, the security of life and assets of everyone, whether Muslim or non-Muslim (the Musta'min or the Dhimmi), who resides in an Islamic country is guaranteed[88]. Even at time of war, a Muslim State must ensure foreigners' security of life[89]. The importance of the right to life is enshrined in the following verse from the Quran: "*We ordained for the Children of Israel that if any one slew a person - unless it be for murder or for spreading mischief in the land - it would be as if he slew the whole people.*" Furthermore, it is indicated that no human being can be murdered without a justified reason by the following Hadith of our Prophet Muhammad (peace be upon him): "*The one who unjustly kills a non-Muslim*

---

[86] Töre, p. 172. Article II(1) of the African Union Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa provides that the Member States of the Union must receive asylum seekers to the extent allowed by their respective legislations.

[87] The Rights of Forced Migrants in Islam, Islamic Relief, 2014 (https://www.islamic-relief.org/publications/ accessed 16 September 2020), p. 17

[88] Konan, Belkıs, "An Analysis of the Ottoman Empire in Term of Human and Fundamental Rights", Journal of the Gazi University's Faculty of Law Volume 15, İssue 4, p. 259

[89] Yeter, p. 101

citizen shall never smell the fragrance of Heaven even though it can be smelled at a distance of forty years."[90] Also, the following verse from the Quran points out to the right to life: "*Do not take life - which Allah has made sacred - except for just cause"(* Al-Isrâ, 17/33).

When the international instruments on human rights are examined, it is seen that they all enshrine the right to life as the first inalienable and inviolable right. Within this scope, the right to life is laid down in Article 3 of the UN Universal Declaration of Human Rights, in Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights and in Article 2 of the European Convention on Human Rights. Similarly, the International Court of Justice and the European Court of Human Rights, which are international courts, have pointed out in their judgments that the right to life is a core right and that the States have the negative obligation to not take life and the positive obligation to protect the right to life[91].

The right to life is also enshrined in the revised OIC Declaration of Human Rights[92]. Article 2 of the declaration also provides that it is the States' responsibility to guarantee the right to life. In this context, it is essential for every state to protect the right to life of migrants who move to another country with their own will in order to establish a new life and also of the asylum seekers or refugees who are forced to migrate. While their destination countries have an obligation to protect the right to life of individuals who have the migrant status, they also have an obligation to carry out effective investigation by taking necessary measures in the case of any interference to be made with this right[93].

Moreover, torture, inhuman or degrading treatment which constitute a violation of physical integrity are also strictly prohibited. As Islam attaches great importance to rightful due, it prohibits torture which is a treatment against the physical integrity of an individual. Furthermore, it is observed in the Quran that torture and persecution are strictly prohibited with the verses that "*Indeed, those who annoy Allah and His Messenger-Allah has cursed them in this world and in the Hereafter and has prepared for them a humiliating torment. And those who harm believing*

---

[90] Hatip, Abdülaziz, "Kur'an ve Sünnette Azınlık Hakları" (Minority Rights in the Quran and the Sunnah), Kur'an ve Sünnette Temel İnsan Hakları (Fundamental Human Rights in the Quran and the Sunnah), İslâmî İlimler Araştırma Vakfı, Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi: 75, Istanbul 2014, p. 192

[91] Harris, D.j./O Boyle, O/Bates, E.P. Buckley, CM. Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press 2009, p. 39

[92] The Cairo Declaration on Human Rights in Islam is a declaration of the member states of the Organisation of Islamic Cooperation adopted on 5 August 1990. The declaration provide an overview on the Islamic perspective on human rights. The declaration was again rewied and updated by the member states in 2020. see for details https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23244&t_ref=13948&lan=en, accessed 29 October 2021.

[93] Töre, p. 118

men and believing women undeservedly have certainly born upon themselves a slander and manifest sin."(Surah Al-Ahzab 57, 58) and that "*O you who have believed, be not like those who abused Moses*" (Surah Al-Ahzab 33/69). Moreover, with the hadith that "*Whoever harms a zimmi (non-Muslim) will be my foe, and whoever is my foe will also be my foe on the Day of Insurrection*", it is seen that the Prophet Muhammad (peace be upon him) prohibited any torture without making any discrimination between Muslims and non-Muslims.

With Article 7 of the International Covenant on Civil and Political rights indicating that "*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*." and Article 3 of the European Convention of Human Rights indicating that "*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*", torture and ill-treatment have been prohibited. As in the Islam doctrine, no exceptional circumstance has been given in this regard today.

In the same vein, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT) was adopted by the United Nations in 1984. In this Convention, the definition of torture, the measures required to be taken by states and the states' obligations were regulated[94][95]. Moreover, with the Convention, it was envisaged that a Committee against Torture shall be established and related regulations were included. As a continuation of this Convention, Additional Optional Protocol (OPCAT) was adopted by the UN General Assembly in 2002[96]. With this Optional Protocol, it was envisaged that a sub-committee and a national prevention mechanism shall be established.

On the other hand, European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Punishment or Treatment was signed by the Council of Europe in 1987[97]. With this Convention, it was envisaged that an independent and impartial Committee (CPT) shall be established. This Committee draws up reports by means of making scheduled or non-scheduled visits to the hospitals, migrant accommodation centres, migrant camps etc. of the States Parties to the Convention. In line with these reports, the CPT gives advices to the

---

94 https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx, accessed 27 April 2020

95 Under the UN, as also stated in Article 7 of the Rome Statute adopted in 1998, entitled "crimes against humanity", it was regulated that where the acts such as murder, extermination, torture, enslavement, deportation, persecution are committed against any civilian population in a widepread and systematic manner, these shall fall into the scope of crimes against humanity. Similarly, under the Rome Statute, crimes against humanity were accepted within the jurisdiction of International Criminal Court. See more details, https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf, accessed 27 April 2020

96 https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx, accessed 27 April 2020

97 https://rm.coe.int/16806dbaa3, accessed 27 April 2020

states on the prevention of torture and aims to ensure inter-state cooperation with the Committee in the international arena.

In this regard, both in the Islamic doctrine and in today's human rights documents, torture and ill-treatment have been prohibited without any discrimination. Accordingly, it has been prohibited that migrants, refugees and asylum seekers face such a treatment in their newly arrived countries. As for the right to life, with regard to the prohibition of torture and ill-treatment, states have a positive obligation to take necessary measures to protect migrants. Lastly, torture and ill-treatment have been prohibited –without any exceptions- in the OIC Declaration of Human Rights[98].

B. Non-Refoulement and Access to Justice

The right to deport an individual who migrated to another country or found asylum in another country to escape persecution was accorded to states by international law. However, this is not always the case and is subject to some exceptions.

On the other hand, with the international human rights documents, refugees were also given certain guarantees. The most prominent one of these rights is non-refoulement. In this scope, Article 33 of the Geneva Convention, which forms the basis of this principle, provides as follows: "*No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion*." This right has now become a traditional international rule of law in terms of migrant law, and has been included in many universal and regional international texts[99].

Article 3(1)[100] of the Convention Against Torture which was signed on 10 December 1984 extended the scope of individuals under the non-refoulement (prohibition of return) laid down in Article 33 of the Geneva Convention. In this context, if a person is to be subjected to

[98] See Cairo Declaration on Human Rights by OIC, https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/en/CDHRI_2021_ENG.pdf accessed 28 October 2021.

[99] Article III(1) of the Asian-African Convention on Refugee Principles dated 1966, Article 3 of the resolution of the UN General Assembly, adopted unanimously on 14 December 1967, Article II(3) of the Organisation of the African Unity Convention dated 1969, Article 22(8) of the American Convention on Human Rights dated 1969.

[100] Article 3(1) of the Convention Against Torture: "*No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture*."

torture in case of his/her deportation, she/he is protected under this Convention and his/her return is prohibited[101].

This prohibition is not absolute and also has some exceptions. As stated in Article 33(2) of the Geneva Convention, foreigners, who constitute a security threat within a country or who have committed serious crimes, cannot enjoy this right[102].

Articles 2 and 3 of the ECHR strictly prohibits the return of any individual who will face the risk of being subjected to a treatment in violation of the scope of non-refoulement. This is different from the risk of persecution, one of the main reasons set out in the 1951 Geneva Convention.

Article 3 of the ECHR contains one of the fundamental values of a democratic society and prohibits torture or inhuman or degrading treatment or punishment no matter how undesirable and dangerous a victim's behaviour is. According to Article 3, while a sound basis is shown to believe that there is a real risk that the relevant person will be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the country where she/he is returned, states' responsibility may be evoked for the deportation of this person[103].

This internationally approved rule is also applicable in the Islamic doctrine. This is because, Ayah 9 of Surat al-Hashr shows that refugees should be welcomed well and not be expelled to the borders. Also, regardless of whether the refugee is poor or rich, their protection and security must be ensured[104].This protection arises from the doctrine of "*a Muslim is a brother of another Muslim, so he should not oppress him, nor should he hand him over to an oppressor*" (Bukhari). It is accepted by the Islamic jurists that this right applies to both Muslims and non-Muslims[105]. This is because, according to the non-Muslims pledge of security, this pledge continues to apply until reaching a safe place.

---

[101] Töre, p. 181

[102] Article 18 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union guarantees the right to asylum with due respect for the principle of non-refoulement. Article 19 of the Charter envisages that "*No one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment*."

[103] *Salah Sheekh v. the Netherlands*, no. 1948/04, (ECtHR 11 January 2007) & 135; *Soering v. United Kingdom*, no. 14038/88, (ECtHR 7 July 1989); *Vilvarajah and others v. United Kingdom*, no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, and 13448/87 (ECtHR 30 October 1991)

[104] Abou-el-Wafa Ahmed, The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law, Riyadh 2009, p. 47

[105] The Rights of Forced Migrants in Islam, Islamic Relief, 2014 (https://www.islamic-relief.org/publications/ accessed 16 September 2020), p. 13

Therefore, if a non-Muslim has no consent, his/her return is strictly prohibited[106].

On the other hand, within the framework of the Islamic doctrine, in regards to application to the court, foreigners also have the right to file a case provided that they comply with the legal remedies and conditions[107]. In respect of the migrants' freedom to claim rights, according to Article 16 of the Geneva Convention: "*1. A refugee shall have free access to the courts of law on the territory of all Contracting States. 2. A refugee shall enjoy in the Contracting State in which he has his habitual residence the same treatment as a national in matters pertaining to Access to the Courts, including legal assistance and exemption from cautio judicatum solvi. 3. A refugee shall be accorded in the matters referred to in paragraph 2 in countries other than that in which he has his habitual residence the treatment granted to a national of the country of his habitual residence*.". İt is seen that this regulation is similar to Islamic doctrine and values.

C. Providing Adequate Standard of Living Conditions (Shelter, Medical Care, Education, etc.)

In migration law, one of the most important reflections of the principle of humanness is the provision of humanitarian living conditions. In this context, the needs of migrants, asylum seekers or refugees, such as nutrition, shelter and health services, which maintain the basic living conditions, must be met. This is because, these rights are recognized under the Geneva Convention and the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR).

This right has been accorded to everyone according to Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights entitled "*right to living standard*" indicating that "*The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent*." In Article 21 of the Geneva Convention, the right to housing and in Article 23 of the same Convention, the right to benefit from health services are regulated.

Under the ECHR, while the right to health and the right to housing are not clearly stated in the convention, they can be examined within the framework of Article 8 which guarantees the respect for private life. In regards to migration, the issues of health or housing may also be examined within the framework of Article 3 of the ECHR in cases where

[106] Yeter, p. 127
[107] Yeter, p. 117

they come into existence as medical needs, which prevent deportation, and the member states are faulty as they did not provide shelter when they were obliged to do so in accordance with the law[108].

In terms of the Islamic law, the rights to access to basic living standard are highly important. Specifically, it was ordered to protect health and works and, on the contrary behaviours deranging the health were prohibited. Two of the important hadiths concerning the issue are as follows: "*There is no inconvenience to be rich for those who fear Allah. Health is more favourable than richness for those who fear Allah. The comfort of nafs is a blessing of God.*"[109] and "Whoever believes in Allah and the Afterlife should honor to his neighbor. Whoever believes in Allah and the Afterlife should honor to his guest…[110]". In this context, in Islamic perspective there is no difference between immigrants' and citizens' fundamental rights. Therefore, it is important to protect and improve the living standards and health conditions of immigrants.Similarly, in the Islamic law, the state has the duty to meet the need of a person who is in need. This is because Islam orders assistance and benevolence to those in need [111].

Accordingly, there is a great burden on states to meet the basic needs of migrants, especially asylum seekers and refugees. This is because, it is very difficult for individuals coming from another country to meet their most basic needs within the new boundaries. For this reason, Islam, which orders to help those in need, also orders to extend a hand to this group in a difficult situation without making any discrimination.

D. Non-Discrimination

One of the rights that forms the basis of human rights is the prohibition of discrimination. Indeed, in accordance with the concept of human rights, it is the use of any vested right arising from the fact of being a human, regardless of sex, skin color, language, religion, race, political and other opinions, national and social origin, wealth, birth or any other difference. Thus, this prohibition has been regulated in most of the fundamental human rights texts.

---

[108] Handbook on European law relating to asylum, borders and migration, 2020, Publication Office of the European Union, Luxembourg 2020 (https://www.echr.coe.int/documents/handbook_asylum_eng.pdf accessed 28 October 2020) p. 269

[109] Armağan, Servet, Fundamental Rights and Freedoms in the Islamic Law, Ankara, 2020, page 192.

[110] https://hadislerleislam.diyanet.gov.tr/sayfa.php?CILT=4&SAYFA=337, accessed to 15 October 2021

[111] Yeter, p. 111

When the fundamental human rights texts are taken into account, the prohibition of discrimination is regulated in Article 2 of the Universal Declaration of Human Rights and in Article 14 of the ECHR. Also, it is observed that this prohibition is included in more specifically drafted texts. In this regard, in Article 1 of the UN Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women, the issue of equality between women and men is addressed. Similarly, in Article 2 of the UN Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, a provision concerning the prohibition of discrimination is regulated in an exhaustive manner.

In the Islamic law, equality for all people is one of the most important ground of Islam, there is no distinction between people on the basis of race, power or wealth[112]. For this reason, discrimination between Muslims and non-Muslims is strictly prohibited. In this scope, the musta'min (foreigners having residence permit in an Islamic country) have the same rights and freedoms as the Muslims living in the same country, regardless of any difference. Similarly, in terms of the pledge of security (aman), no discrimination is made on the grounds of language, religion, race or skin color. In the Quran, in accordance with the verse that "*And among His signs is the creation of the heavens and the earth, and the diversity of your languages and your colors. Indeed in that are signs for those of knowledge*" (Surah Ar-Rum 30-22), it means that while humans are created in different tribes, languages, colors and so on, these differences do not make anybody superior than another because of these different characteristics[113].

Another issue required to be addressed here is "Islamophobia[114]". This is because, unfortunately, the foundations of this phenomenon which has numerically increased in certain parts of the world arise from the fact that people are subjected to discrimination due to their beliefs. When it comes to its generally approved definition, it completely rejects Islamic religion in terms of religion, life style, social society and culture [115]. In other words, the term of "Islamophobia" contains hostility, hatred, groundless fear of Islam and Muslims, discrimination and violence[116].

---

[112] Abou-el-Wafa, p 71-72

[113] The Rights of Forced Migrants in Islam, Islamic Relief, 2014 (https://www.islamic-relief.org/publications/ accessed 16 September 2020), p. 15

[114] See detailed information about Islamofobia, OIC-IPCHR Study On: "Countering Islamophobia: An Unfinished Business", https://oic-iphrc.org/en/data/docs/studies/388003.pdf, accessed 16 Septemer 2020

[115] Şeref, Ebru, Islamofobi Kavramsal ve Sosyolojik Yaklaşım (Islamophobia, Conceptual and Sociological Approach), Unpublished Master Thesis, Ankara University, Institute of Social Science, Ankara 2010, p. 23

[116] See for details Ergin, Ergül, OIC-IPCHR Study on: "Islamophobia and Counter-Terrorism Strategies", https://oic-iphrc.org/en/data/docs/studies/818084.pdf, page 1, accessed 16 September 2020

Islamophobia has a very close relationship with migration. As a matter of fact, in the places to which refugees migrated for work opportunities, living a more prosperous life or escaping persecution, their way of living their own cultures led concerns about Muslims who started to live in the western societies. Thus, a reaction came into existence against Muslims, especially in the western countries, as migrant Muslim communities reflected their own cultural phenomenon, lived their own faith and a rapid increase was observed in terms of population. Unfortunately, it is observed that this situation has recently amounted to hate speech and threatened social unity. Hence, results of the all issues caused human rights violations[117]. Thus, migrants, refugees or asylum seekers should not face any discriminatory attitude or behaviour, even if they have different skin colors, languages. Also, states have a positive obligation in this regard.

E. Freedom of Religion and Beliefs

In the Quran, with the verse of "*there shall be no compulsion in the religion*" (Surah Al-Baqarah 2/256), freedom of belief has been granted to non-Muslims. Within this scope, no one can be forced to a religion, or to a certain belief. There are many examples of this in the Islamic societies throughout history. As mentioned in Part I, according to Article 25 of the Constitution of Medina, the religions of all tribes (Muslims and non-Muslims) living in Medina shall be respected as a reflection of freedom of religion and conscience. On the other hand, thousands of Jews fleeing from Spain in the 15th century took refuge in the territories of the Ottoman State and maintained their own beliefs there. Throughout history, Muslims and non-Muslims have tried not to interfere in each other's religious life in the Islamic societies.

Today, the freedom of religion and conscience is also protected by international documents. In this scope, Article 18 of the UN's Universal Declaration of Human Rights provides that: "*Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance*." Likewise, this right is also regulated in Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In the light of these regulations, it can be said that the elements of this right include the right to believe or not to believe, the freedom of worship, freedom of manifesting and teaching religious belief and freedom of religious education and training[118].

In regards to migrants, unfortunately, freedom of religion and conscience is not explicitly mentioned in today's texts. However, each

[117] Ergül, OIC-IPCHR Study on: "Islamophobia and Counter-Terrorism Strategies", p. 6

[118] Töre, p. 144

state is obliged to take the necessary measures to accord this right to an individual within its own boundaries of sovereignty and prevent its violation, in accordance with the international human rights documents above and the principle of equality.

F. Obligation with Respect to Economic, Social and Cultural Rights

Migrants have many rights in the context of economic, social and cultural rights, Particularly, rights to education, travel and work, which are more basic rights of the migrants, will be addressed.

In this scope, with Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights indicating that "*everyone has the right to education*", it is noted that the right to education is a basic human right without any discrimination. On the other hand, the right to education is also regulated in Article 7 of the UN Declaration of the Rights of the Child, in Article 28 of the Convention on the Rights of the Child and in Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In the light of these regulations, it is set forth that education is a basic right and everyone has this right. Likewise, in accordance with the provisions of Article, it is stated that in education, no discrimination shall be made to any group on the basis of the principle of equality.

Apart from these Articles, the right to education is also regulated in Article 22 of the Geneva Convention. This Article provision includes some regulations indicating that migrants are provided with the same rights as the citizens with respect to primary education, that the issues such as recognition of university diplomas and accreditation, exemption from duties and charges should be facilitated[119].

Moreover, in the Islamic law, the musta'min enjoyed the right to education in the same way as the dhimmi. This situation stemmed from the fact that a person had the right to improve himself[120].

As regards the right to work, in accordance with Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights noting that; "*Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work. Everyone who works has the right to just and favourable renumeration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection. Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests, the right to work is set forth as a basic human right without any discrimination*." the right to work is set forth as a basic human right just as the right to education without any

[119] Töre, p. 152
[120] Yeter, p.111

discrimination. Similarly, in the context of this right, Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights includes a similar regulation. Article 17 of the Geneva Convention regulates the right to work in terms of refugees. Under this provision, state accords refugees the right to wage-earning employment. Likewise, Article 18 of the Covenant regulates the issues of self-employment and engaging on one's account in professional occupation.

The right to work was also accorded to the musta'min in the Islamic law. They were accorded the right to trade on matters permitted by Islam and to purchase and sell movable and immovable properties. Similarly, the rights of a foreigner with regard to the issues such as transferring money, making investment were guaranteed. Nevertheless, it was forbidden to carry out business with interest in the trade to be carried out by the musta'min. Likewise, their transactions were subject to the rules of the Islamic law even if these took place among themselves[121].

In Article 13 of the Universal Declaration of Human Rights, it is regulated that "*everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State*." Likewise, this right is also regulated in Article 2 of the Protocol No. 4 to the ECHR. It is accepted that this right, which is regulated in Article 26 of the Geneva Convention in terms of refugees, shall be applicable to lawful refugees.

Thus, in the light of these regulations, lawful migrants have the right to freedom of movement and residence. In the Islamic law, the same right was accorded to the musta'min. In this scope, the musta'min had the right to change their places of residence. However, this did not cover Hejaz and Harem districts. Indeed, in accordance with the hadith of the Prophet Muhammad (peace be upon him) that "*Remove polytheists from the Island of Arabs. Two religions cannot coexist in the Island of Arabs.*", it was forbidden for non-Muslims to enter these districts.

Therefore, in the context of the rights explained above, it is concluded that the rights to education, travel and work which are basic human rights, and that they have been recognized for migrants in Islam from throughout its history up to the present, and states should also take necessary measures in case of the violation of these rights.

G. Right to Property

The right to property of migrants is essential and is regulated in Article 13 of Geneva Convention as "*The Contracting States shall accord to a refugee treatment as favourable as possible and, in any event, not less favourable than that accorded to aliens generally in same circumstances, in regards to the acquisition of movable and immovable property and other rights pertaining*

[121] Yeter, p. 109

thereto, and to leases and other contracts relating to movable and immovable property." Thus, condition of residing in that country is not sought for refugees to enjoy the right to property. Likewise, in Article 14 of the Convention, the right to intellectual and industrial property is regulated. Also, in this scope, every refugee can enjoy the protection accorded in the country where she/he has habitual residence.

Immunity (inviolability) of the right to property is one of the most important immunities in the religion of Islam. Any intervention that may be made in this right has been prohibited. In this scope, with Article 46 of the Constitution of Medina mentioned under Part I indicating that "*Those who acquire unjust profit shall only harm their own selves*", respect for the right to property of others was required. Similarly, in accordance with the saying of the Prophet Muhammad (peace be upon him) in the Farewell Sermon that "*your properties (…) are sacred and reverend*", it was underlined that the right to property was inviolable[122].

In this context, the musta'min and the dhimmi have the right to protection of their own properties and also in this context, the said right of the musta'min or the dhimmi is under protection within the scope of the pledge of security[123].

In the light of the foregoing, the right to property has also been considered as one of the basic rights for migrants. In this scope, the issues as to how migrants can acquire property in the countries they went to have mostly been left to the internal functioning of states.

H. Respect for Private and Family Life and Family Reunification

In accordance with the Islamic law, the right to respect for private and family life is essential in terms of both Muslims and non-Muslims unless there is a violation of laws. Thus, the musta'min could enjoy the secrecy of private life and family rights in the same way as Muslims.

As for the scope of the confidentiality of private life, it is observed that it includes 3 elements. They are assessed within the scope immunity of domicile, freedom and confidentiality of communication and protection of personal belongings. In the Quran, in accordance with the verse that "*O you who have believed, avoid much [negative] assumption. Indeed, some assumption is sin. And do not investigate each other's faults and privacies*."(Surah Al-Hujurat, 49-12), confidentiality of private life is stated.

Furthermore, family is the foundation of society in the religion of Islam and the importance of founding a family is emphasized. In this scope, in the Quran, with the verse indicating that "*If you fear that you*

[122] Ayengin, p. 238-239
[123] Yeter, p. 105

shall not be able to deal justly with the orphans, then marry (other) women as may be agreeable to you, two or three or four."(Surah An-Nisa, 4-3), founding a family is encouraged. Likewise, in line with the hadith of the Prophet Muhammad (peace be upon him) noting that "*Marriage is my sunnah and whoever does not follow my sunnah has nothing to do with me. Because I will take pride in your great numbers before the nations*.", importance of the institution of marriage was emphasized. The right to marry is also applicable to the musta'min and the dhimmi[124].

In accordance with Article 12 of the Universal Declaration of Human Rights stipulating that "*No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to protection of the law against such interference or attacks*" confidentiality of private life has been required without any discrimination. Moreover, Article 16 of the same Declaration states that "*Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family*.", the right to marry is regulated. Furthermore, in Article 8 of the ECHR, the right to respect for family and private life and in Article 12 of the ECHR, the right to marry are regulated.

Moreover, it is also necessary to highlight family reunification. This is because, there is a close relationship between family reunification and the migration phenomenon. As migrants live under more challenging conditions due to their living conditions, states have an obligation to protect and reunite families of migrants[125].

IV. CONCLUSION AND RECOMMENDATION

The phenomenon of migration, which is as old as the history of humanity, has been encountered nearly by all civilizations in history. Similarly, in terms of the history of Islam, this phenomenon encountered by many Prophets essentially gained importance with the "*Hijra*" of the Prophet Muhammed peace be upon him from Makkah to Medina. Accordingly, it was ensured that a new Islamic State was established, a new written Constitutional text emerged (the Constitution of Medina) and the foundations of the fundamental rights and freedoms for migrants included in the current international fundamental human rights were laid.

Thus, the impact of the Islamic doctrine and values on the rights of migrants listed in the current fundamental texts cannot be undermined. In the Quran, it was ordered to help those in need. In this scope, it is incumbent in the first place on states and then on people to respect and protect the fundamental rights of those who migrate to

[124] Yeter, p. 103. However, a dhimmi or musta'min man was not allowed to marry a Muslim girl.
[125] Töre, p. 240

another country and endangering their own lives.

Responsible states have conducted, and are still conducting, many studies in the context of migrant rights, in coordination with the international organisations. Solutions are still being sought for mass migration experienced especially in the Muslim geography. However, it should be stated that the absence of universal and written migrant rights' agreement or document reflecting the principles of Islam is today perceived as a shortcoming. In this regard, it is important to note the major step of including migrant and refugee rights in the revised OIC Declaration of Human Rights.

Furthermore, as we have addressed in Part III, in view of the fact that fundamental rights and freedoms have, in principle, foundations in the Islamic law, it is considered that new policies giving priority to tolerance and humanitarian principles of the Islamic heritage would be an appropriate response to the migrant and refugee crises experienced today.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles:

Abou-el-Wafa Ahmed, The Right to Asylum between Islamic Shari'ah and International Refugee Law, Riyadh 2009

Akarsu, Murat, "Medine Sözleşmesi'nin Anayasallığı", (The Constitutionality of the Constitution of Medina), International Journal of Human Studies, Volume, 1, Issue 2, 2018

Akkaya, Bahadır, Uluslararası Göç Hukuku ve Türkiye'nin Göç Stratejisi (International Migration Law and Turkey's Migration Strategy), Unpublishing Master Thesis, University of Gaziantep, Institutes of Social Sciences, Security Strategies and Management Department, Gaziantep 2019

Algül, Hüseyin, "Ensar" (https://islamansiklopedisi.org.tr/ensar, Turkish Religious Foundation Encyclopedia, accessed 17 February 2020)

Armağan, Servet, *Fundamental Rights and Freedoms in the Islamic Law,* Ankara, 2020

Ayengin, Tevhid, *İslam ve İnsan Hakları (Islam and Human Rights),* Ravza Publishing, Istanbul, 2017

Baggio, Fabio, Descriptive Classifications of Migration, http://www.simiroma.org/Baggio/TS109/Classification%20Baggio%20EN.pdf , accessed 13 September 2020

Bozkurt, Kutluhan, *Avrupa Birliği Politikaları ve Düzenlemeleri Kapsamında Göç Hukuku (Migration Law within the scope of European Union policies and regulations),* Legal Publishing, Istanbul, 2018

Büyükçalık, Mürvet E., *Mülteci Hukuku'nun Gelişimi ve Türkiye'de Mültecilerin Sosyal Hakları (Development of Refugee Law and Social Rights of Refugees in Turkey),* Oniki Levha Publishing, İstanbul 2015

Çiçeksöğüt, Adem, "Uluslararası Göç Hukuku Perspektifinde Yerinden Edilmiş Suriyeliler'in Türkiye'deki Statüsü" (Status of the Displaced Syrians in Turkey from the Perspective of the International Migration Law), Journal of the Kırıkkale University's Faculty of Economics and Administrative Sciences, 2017, Volume no. 6, Issue no. 2

Doudeijns, Marco, Labour Shortages And The Need For Immigrants: A Review Of Recent Studies, OECD, https://www.oecd.org/els/mig/31857112.pdf, accessed 28 October 2021.

Ekşi, Ahmet, "İslam Hukuku Bakımından Gayrimüslim Ülkelere Hicret", Abant İzzet Baysal University, Journal of the Faculty of Theology, Spring 2019, Volume 7, Issue 13

Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012

Ergin, Ergül, OIC-IPCHR Study on: "Islamophobia and Counter-Terrorism Strategies", https://oic-iphrc.org/en/data/docs/studies/818084.pdf, accessed 16 September 2020

Görgeç, Gülsüm, "Kuran Kıstasları Bağlamında Hicret" (Hijra in the Context of Quran Criteria), Unpublishing Master Thesis, Inonu University, Istitute of Social Science, Department of Basic Islamic Sciences, Malatya, 2019

Handbook on European law relating to asylum, borders and migration, 2020, Publication Office of the European Union, Luxembourg 2020 (https://www.echr.coe.int/documents/handbook_asylum_eng.pdf accessed 28 October 2020)

Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, UNCHR, February 2019, (https://www.unhcr.org/asia/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html Accessed 13 March 2020

Harris, D.j./O Boyle, O/Bates, E.P. Buckley, CM. *Law of the European Convention on Human Rights,* (Oxford University Press 2009)

Hatip, Abdülaziz, "*Kur'an ve Sünnette Azınlık Hakları*" (Minority Rights in the Quran and the Sunnah), Kur'an ve Sünnette Temel İnsan Hakları (Fundamental Human Rights in the Quran and the Sunnah), İslâmî İlimler Araştırma Vakfı, Tartışmalı İlmî Toplantılar Dizisi: 75, Istanbul 2014, page 179

International Migration and Human Rights, Global Migration Group, October 2008 (https://digitallibrary.un.org/record/642516?ln=en accessed 18 September 2020)

Kaya, Bülent, *The Changing Face of Europe – Population Flows in the 20th Century,* Council of Europe Publishing, Strasbourg 2002, (https://rm.coe.int/1680494249 accessed 18 September 2020)

Konan, Belkıs, *An Analysis of the Ottoman Empire in Term of Human and Fundamental Rights,* Journal of the Gazi University's Faculty of Law Volume 15, İssue 4

Koser, Khalid, *Migration, Displacement and the Arab Spring: Lessons to Learn,* 2012, (https://www.brookings.edu/ opinions/migration-displacement-and-the-arab-spring-lessons-to-learn/, accessed 18 September 2020)

Ledray, Laura, Spanish Persecution of the 15th-17th Centuries: A Study of Discrimination Against Witches at the Local and State Levels, https://digitalcommons.hamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=dhp, accessed 28 October 2021.

Linguère Mously Mbaye, Klaus F. Zimmermann, Environmental Disasters and Migration, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/124866/1/dp9349.pdf.

Mani, Semiha M., *Devletler Özel Hukukunda Göçmenlerin Statüsü ve Göçmenlere Ait Düzenlemeler* (Status of Migrant in the Private Law of the States and Regulations concerning Migrants), Unpublishing Master thesis, Ankara University, Istitute of Social Science, Ankara 2009

OECD Factbook Economic, Environmental, and Social Statistics, OECD Publishing, 2007, (https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook-2007_factbook-2007-en accessed 14 February 2020)

Özel, Ahmet, "Hicret", Turkish Religious Foundation Encyclopedia, https://islamansiklopedisi.org.tr/hicret#2-fikih, accessed 16 February 2020

Özel, Ahmet, "Harbi", Turkish Religious Foundation Encyclopedia, https://islamansiklopedisi.org.tr/harbi--gayr-i-muslim, accessed 15 September 2020

Özkan, Mustafa, Medine Vesikası (Constitution of Madinah), Unpublishing Master Thesis, Ankara University, Istitute of Social Science, Ankara, 2002

Özkan, Mustafa, "Medine Vesikası", https://islamansiklopedisi.org.tr/medine-vesikasi, accessed 13 October 2021.

Saydam, Abdullah, "Muhacir", https://islamansiklopedisi.org.tr/muhacir--osmanli, Turkish Religious Foundation Encyclopedia, accessed 17 February 2020

Şeref, Ebru, Islamofobi Kavramsal ve Sosyolojik Yaklaşım (Islamophobia, Conceptual and Sociological Approach), Unpublished Master Thesis, Ankara University, Institute of Social Science, Ankara 2010

The Rights of Forced Migrants in Islam, Islamic Relief, 2014 (https://www.islamic-relief.org/publications/ accessed 16 September 2020)

Töre, Nazlı, *Uluslararası Göç Hukuku* (International Migration Law), Turhan Publishing, Ankara 2016

Turkish Language Association, Turkish Dictionary, Turkish Historical Society Publishing House, Ankara 1998

World Imigration Report 2020, IOM, Geneve 2020, (https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf Accessed 19 September 2020)

Yaman, Ahmet, "İslam Toplumunda Azınlık Olmak" (Being a Minority in the Islamic Society), Journal of Presidency of Religious Affairs, Volume 234, June 2010

Yaman, Ahmet, "Zımni", Turkish Religious Foundation Encyclopedia, https://islamansiklopedisi.org.tr/zimmi#3-osmanlilarda, accessed 15 September 2020

Yeter, Hasan Serhat, İslam Hukukunda Müste'men (yabancılar) Hukuku (Dört Halife Dönemi)- (The Muste'men in the Islamic Law, Unpublishing Master Thesis, Marmara University, Istitute of Social Science, Istanbul 2002

Websites:

• http://www.refworld.org/docid/3ae6b37810.html, accessed 13 March 2020

• http://www.refworld.org/docid/3dd8cf374.html Access date: 13 March 2020

• https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf, accessed 14 February 2020

• https://rm.coe.int/16806dbaa3, accessed 27 April 2020

• https://turkey.iom.int/iom-turkey, accessed 08 April 2020

• https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/human-rights-development-cddh/migration, accessed 30 March 2020

• https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf,

• https://www.iom.int/mission, accessed 29 March 2020

• https://www.iom.int/sites/default/files/about-iom/members_observers_en.pdf, accessed 29 March 2020

• https://www.iom.int/who-is-a-migrant, accessed 14 February 2020

• https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf, Factsheet No :20, Human Rights and Refugees, accessed 15 March 2020

• https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx, accessed 27 April 2020

• https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx, accessed 27 April 2020

• https://www.unhcr.org/3b66c39e1.html, accessed 29 March 2020

• www.insanansiklopedisi.org.tr, accessed 13 March 2020

• https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/migration_en, accessed 12 August 2020

• https://refugeesmigrants.un.org/definitions, accessed 12 August 2020.

• https://www.history.com/topics/colonial-america/thirteen-colonies, accessed 11 September 2020

• https://en.wikipedia.org/wiki/Spanish_Inquisition, accessed 11 September 2020

• http://www.olaganustukanitlar.com/150-bin-yahudiyi-kurtaran-osmanli-padisahi-ii-beyazid/#:~:text=Bir%C3%A7ok%20ba%C5%9Far%C4%B1ya%20imza%20atan%20II,g%C3%BCvenle%2C%20Osmanl%C4%B1%20topraklar%C4%B1na%20ula%C5%9Fmas%C4%B1n%C4%B1%20sa%C4%9Flam%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r., accessed 11 September 2020

• https://emergency.unhcr.org/entry/44937/migrant-definition, Migrant Definition, accessed 13 September 2020

• http://www.na.gov.pk/uploads/content/OIC%20Report%20on%20Kashmir.pdf, accessed 14 September 2020

• https://www.unrwa.org/palestine-refugees, accessed 18 September 2020

• https://news.un.org/en/story/2019/12/1054311 accessed 18 September 2020

• https://islamansiklopedisi.org.tr/harbi--gayr-i-muslim,Özel,Ahmet,

• https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23244&t_ref=13948&lan=en accessed 15 September 2020

• https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf, accessed 27 April 2020.

• https://www.unhcr.org/tr/en/refugees-and-asylum-seekers-in-turkey, accessed 18 September 2020

• https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/195 accessed 20 September 2020

• https://www.refworld.org/docid/4dd5123f2.html, accessed 18 September 2020

• OIC-IPCHR Study On: "Countering Islamophobia: An Unfinished Business", https://oic-iphrc.org/en/data/docs/studies/388003.pdf, accessed 16 Septemer 2020

• Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, A/2394, 01 January 1954, (https://www.unhcr.org/afr/excom/unhcrannual/3ae68c968/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html, accessed 15 September 2020)

• https://www.goc.gov.tr/kitlesel-akinlar#_ftnref6, accessed 14 October 2021

• https://www.unicef.org/press-releases/children-and-families-risk-following-huge-volcano-eruption-goma-democratic-republic, accesed 14 October 2021

• https://hadislerleislam.diyanet.gov.tr/sayfa.php?CILT=4&SAYFA=337, accessed to 15 October 2021

• http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx, accessed 28 October 2021.

• https://www.oic-oci.org/topic/?t_id=23244&t_ref=13948&lan=en accessed 28 October 2021.

https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/en/CDHRI_2021_ENG.pdf accessed 28 October 2021.

ERİŞİM ENGELLEMEDEN DEMOKRATİK TOPLUM YA DA KAMU DÜZENİNE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

A Critical Look At Democratic Society Or Public Order From Deny Access

Dr. Hayrettin KURT*

Özet: Hukuk devleti tartışmaları gündeme geldiğinde sürgit iki kavram karşımıza çıkmaktadır: Yasallık ve insan haklarının korunması ya da bu haklara verilen "değer" metaforu. Belki de arsasına şato yaptırmak isteyen Kral II.Frederick'e Berlin'de yargıçlar var diyen yaşlı kadın ateşlemişti yasallık ve değer metaforunu. Ancak, Kral'ın geri adım atması tam da hukukun kendisiydi. Normun soyut görüntüsünün altındaki "buyruk" ve itaat edilmediği takdirde yaptırım gücü olan "zecir" uygulama yetkisi mistifikasyona elverişli olan hukuk normlarını somutlaştırıp hukuk devletini inşa etmişti: Berlin'de yargıçlar var. Bununla birlikte, düdüğü çalarak maçı durduracak bir hakem ya da hâkim neyi, nasıl ve ne şekilde söyleyecek ki kral ve yaşlı kadın bu söylemden memnun kalsın. Tartışma tam da burada başlıyor. Halen bir ide görüntüsü altında sıklıkla kullanılan demokratik toplum düzeni ve kamu düzeni gibi bazı kavramlar var ki, bu kavramlar Kral Frederick ve yaşlı kadın örüntüsünü modern ulus devletlerin saat gibi işleyen hukuk kurallarına rağmen (!) gündemde tutmaya yetecektir. Türkiye'de erişim engellemeleri ile gündeme gelen ve her seferinde farklı anlamlar verilen bu iki kavram, devlet, toplum ve kişiler bağlamında somut bir muhteva kazanamamıştır. Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin Youtube ve Twitter kararları ile Wikipedia kararlarında tartışma daha da görünür olmuştur. Ulus devlet refleksi mi, güvenlik ve özgürlük dengesi mi, sınırsız özgürlüğün normun soyutluğunu aşağı çeken ruhu mu?
Anahtar kelimeler: Demokratik toplum düzeni, kamu düzeni, erişimin engellenmesi, ifade hürriyeti, devlet aklı

Abstract: When discussions about state of law start, two infinite concepts emerge: Legality and the protection of human rights, or the metaphor of "value" attached to these rights. Maybe the old woman who had said to Frederick II when he'd wanted to build a chateau on his field that there were judges in Berlin, triggered the legality and the metaphor of value. However, the fact that the King took a step back was the law itself. "Order" under the abstract appearance of the norm and the authority to use "suppression", which had the power of sanction in case of disobedience built the state of law concretizing the norms of the law which had been suitable for mystification. There are judges in Berlin. However, a referee who will stop the match by blowing the whistle or a judge will say what, how and in what form so that the king and the old woman are satisfied with this rhetoric. The discussion starts right here. There are some concepts such as democratic social order and public order, which are still frequently used under the guise of an idea, which will be enough to keep the King Frederick and old woman pattern on the agenda despite the legal rules of modern nation states running like clockwork (!). These two concepts which become a current issue in Turkey with blocking accesses and are given different meanings each time, have not gained a concrete content in the context of the state, society and individuals. The debate has become more visible especially in the YouTube, Twitter and Wikipedia decisions of the Constitutional Court. Is it the nation-state reflex, the balance of security and freedom, or the spirit of unlimited freedom that lowers the abstraction of the norm?
Keywords: Democratic social order, public order, deny access, freedom of speech, state of mind

* Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanı, hrktbek@outlook.com, ORCID : 0000-0002-7941-7911
Makale Geliş Tarihi: 15.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 01.11.2021

Giriş

Erişim engellemeleri, dünyada internet ve ifade özgürlüğü bağlamında tartışılan en önemli konulardan birisidir. Bu engelleme türü, internet ortamındaki bir içeriğe yönelik doğrudan erişim kısıtlamasını gündeme getirdiği için sansür ithamlarına maruz kalmaktadır. Günümüzde sansür denildiği zaman, akla ilk gelen kavram da *"erişim engellemesi"*dir. Söz konusu kavrama yönelik olarak evrensel hukuk düzenlemeleri ile öngörülen çözüm genelde merkezî filtreleme uygulamaları dışında bir oto-kontrol sistemidir. Böylece bir zararlı ya da hukuka aykırı içerikten ötürü binlerce kişi mağdur edilmeyecek ve ifadenin yayılması engellenemeyecektir. Diğer taraftan, Türkiye'de erişim engellemeleri 5651 sayılı Kanun öncesinde ve sonrasında farklı hukuksal düzenlemelere göre de tasnif edilebilir. 5651 sayılı Kanun öncesinde, Türk Ceza Kanunu (TCK), Terörle Mücadele Kanunu (TMK), Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) temelinde mahkemeler tarafından web sitelerine erişim engellemeleri yapılmış iken, 5651 sayılı Kanun sonrasında ise, Kanun'da sayılan katalog suçlar temel alınarak adlî merciler tarafından erişim engellemelerinin yapılması yanında bu konuda özel olarak kurulan ve geçmişteki adı Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı[1] olan re'sen harekete geçerek erişim engelleme tedbiri almıştır.

I. ERİŞİM ENGELLEME KAVRAMI

Erişim engelleme, haksız ya da hukuka aykırı bir içerik dolayısıyla bir web sitesinin erişilebilirliğinin sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılmasıdır. Erişim sağlayıcı[2] ise 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinde *"kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler"* olarak tanımlanmıştır. İnternete bağlanabilmek için bu hizmeti veren bir erişim sağlayıcıyla abonelik sözleşmesi yapılması gereklidir[3]. TTNET, Superonline, Avea, Turkcell, Vodafone, Koçnet vb.

---

1 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)

2 "Erişim sağlayıcı, İnternet bağlantısına sahip olmakla birlikte, başkalarına ait verileri depolayabileceği bir ana bilgisayarı olmayan internet süjesidir. Bu yönüyle erişim sağlayıcı sadece başkalarına ait verilerin internete aktarılmasına aracılık eder. O halde erişim sağlayıcının asıl görevi, kullanıcı ve içerik sağlayıcı arasındaki veri değişimini mümkün kılmaktır" bkz. Özbek, Veli Özer, "İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", DEÜ Huk. Fak. Dergisi, C.4, S. 1, 2002.

3 Yenidünya, Caner / Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları,* Legal Y., İstanbul 2002, s. 36; Ergün, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum,* Adalet Y., Ankara, 2008, s. 6; Mahmutoğlu, Fatih S., "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIX, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 44; Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları,* Seçkin Y., Ankara, 2004, s. 50; Horozgil, Denizhan, "İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2) 2012, s. 158.

erişim sağlayıcılara örnek olarak verilebilir[4]. Erişim sağlayıcı hukuka aykırı içeriğin hazırlanmasından sorumlu değildir. Zira, bu içeriğin oluşturulmasında herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Erişim sağlayıcı, genelde yurtdışında ikamet ettiğinden dolayı hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olanlara çoğu kez ulaşılamamaktadır. Hukuka aykırı içeriği barındıran içerik sağlayıcı ya da yer sağlayıcının yurtdışında bulunması dolayısıyla zarar görenlerin mağduriyetini ortadan kaldırmak için geriye tek bir yol kalmaktadır. Bu yol ise erişimin engellenmesidir[5]. Erişimin engellenmesi, merkezî filtreleme açısından çok daha kolay bir yol olduğu için genelde hukuka aykırı içerikle mücadelede bu yol tercih edilmektedir. Zararlı içerikle diğer bir usulle mücadele etmek mümkünse ya da erişim engellemesi, korunan menfaate karşın daha büyük bir zarar doğuruyorsa kural olarak erişim engellenemez[6].

II. İFADE HÜRRİYETİ VE DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİ KAVRAMLARINDA ÜST GÜVENCE

İfade hürriyeti ile halkın bilgilenme hakkının birbiriyle kesiştiğini, birinin diğerini tamamladığını, mütemmim cüzü olduğunu, bunların kitle iletişim araçları üzerinden yapılması ile de bu hürriyetin tekemmül ettiğini görmekteyiz[7]. Bir düşüncenin, haberin, bilginin engellenmesi, sınırlanması bunun gerek idari gerekse yasal düzenlemeye konu edilmesi ile de *"demokratik bir siyasal yapı"* dan bahsedilemeyecektir[8].

Yine, düşüncenin belki de en fazla yayımlandığı, onun bir aracı olarak kabul edildiği internetin, *"ifade hürriyeti"* kapsamında

---

4 İçel, Kayıhan, "Türkiye'de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 19; Umay, Mariye / Baktır, Zeynep / Canlı, Mustafa / Çekiç, Anıl / Çetin, Hüseyin Rahmi / Duran, Murat / Erkul, Erdem / Kolat, Aydın / Tırpançeker, Gülara / Tiryakioğlu, Murad, *Türkiye'de Yazılım Sektörü,* (Ed. Murad TİRYAKİOĞLU), SDE Analiz, Temmuz 2012, s. 18. Ünver, Mehmet Bilal, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Haziran 2005, s. 12.

5 Memiş, Tekin, "Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", EÜHFD, *C*. XIII, S. 3-4 (2009), s. 163; Erişim engellemesi ile ilgili ayrıca bkz. Jorgensen, Rikke Frank, *Internet and Freedom of Expression,* (Edt.Gregor Noll), European Master Degree In Human Rights and Democratisation 2000-2001, Raoul Wallenberg Institute, s. 30.

6 Memiş, s. 163.

7 Avcı, s. 85; Gören, Zafer, "Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 40; Turgutalp, Mehmet Ali, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 sk. CMK'nın 135. Maddesi)", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s. 20.

8 Avcı, s. 85; Gören, s. 41.

görüldüğünü belirtebiliriz. Hatta AİHS m.10 bağlamında ifade özgürlüğü zamanla internet özgürlüğü ile eşdeğer görülmeye başlamıştır. Dolayısıyla internet özgürlüğü, artık her türlü düşüncenin iletilebildiği, aktarılabildiği, yayımlanabildiği, farklı inançların, siyasi, felsefi düşüncelerin kısıtlanmadan iletilebildiği ve bunun da güvence altına alındığı bir hak olarak kabul görmektedir. Kaboğlu'na göre kavram *"kanaatleri yönünden farklı olma hakkının güvence altına alınmasıdır"*[9] şeklinde açıklanmıştır. Üzerinde durulması gereken bir husus da şudur: Sözleşmenin 10. maddesi ile ifade hürriyeti; demokratik toplumu oluşturan en temel unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir.

Düşüncenin ifade edilebilmesi hakkın çekirdek özüdür. AİHM, *Associatin Ekin* davasında, 10. madde kapsamında *"sınır tanımayan"* bir değeri olduğunu kabul etmektedir[10]. Yetkili organlar, Sözleşme tarafından tanınan hakların, engellenmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek düzenlemelerin ya da idari pratiğin sözleşmeye aykırı olacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin internete ilişkin bir kararında, demokratik toplum düzeni açısından düzenlemelerin kanunilik, ölçülülük ilkelerine uyulması durumunda hukuka uygun olacağı belirtilmektedir. Başka bir deyişle, demokratik toplum düzeni, Yüksek Mahkeme tarafından da vurgulandığı üzere, çağdaş demokrasilerin benimsediği bir demokrasi düzenidir.

"Kişisel verilerin korunması kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine imkân tanıyarak, bireyin hayatını kendi özgür iradesiyle düzenlemesine katkı sağlamaktadır. Bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkı yeteri kadar korunmazsa, kişiliğini serbestçe geliştirmesi zora gireceğinden, özgür iradeleriyle yaşamlarını biçimlendiren bireylerden oluşan demokratik bir toplum düzeninin ortaya çıkması ve korunması da güçleşecektir. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, ancak ve ancak faaliyetlerini özgürce gerçekleştirmesi ile mümkündür. Kişisel verilerin korunmasıyla, kişisel veri toplanması, saklanması ve işlenmesi sırasında bireyin hak ve özgürlüklerinin korunarak demokratik toplum düzeninin oluşmasına katkı yapmak hedeflenmektedir."[11]

Bu kısa açıklamadan sonra, asıl konumuz olan kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni tartışmalarına dönebiliriz. Bunu yaparken temel düşüncemiz her iki kavramdan hangisinin tercih edilmesine

---

9 Avcı, s. 85 dipnot 91. Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, 5*. Baskı, Afa Y., İstanbul, 1993, s. 214, 216.

10 Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin Insan Haklari Sorunu,* 2.b, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 425.

11 Anayasa Mahkemesi'nin 19.1.2012 tarihli ve E. 2010/40, K. 2012/8, R.G.Tarih: 06.03.2012, 28579 sayı, s. 95.

ilişkin bir önerme değil, belki de her iki kavrama ilişkin hukuki bağlamın belirlenmesinin zorluğunu ortaya koymak olacaktır.

III. KAMU DÜZENİNDEN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNE Mİ ?

Modern devletin inşa süreci ile başlayan *"kamu düzeni"* metaforu, her zaman ilgi çekici bir kavram olmuştur[12]. Kavramın soyut ve mistifikasyona elverişli görüntüsü, farklı ülkelerde biçim ve içerik itibariyle değişiklik göstermiştir. Tarihsel bağlamından bakarsak özellikle XVII. yüzyıl, feodalitenin yıkılıp yerine merkeziyetçi ya da ulus devletlerin modern devlet iddiasıyla ortaya çıktığı yüzyıldır. Bu yüzyılda "kamu düzeni" kavramı "devlet aklı" kavramı ile eşdeğer bir düzlemde görülmeye başlamıştır[13]. Modern devlet, bir *"düzen"* mefhumuyla kendine değil, sahip olduğu (!) toplumuna bir düzen vermiştir.

İronik belki ama Machiavelli[14] ile Tacitus[15] gibi teorisyenlerin, hükümdarı öven, kutsallaştıran, onların iktidarı koruması için öneriler sunan yaklaşımları, belki de *"devlet aklı"* nın[16] ürkütücü görüntüsünü *"kamu düzeni"* nin hukukiliğine götüren bir yolu da açmıştır. Diğer taraftan, bir idare hukuku kavramı olan *"kamu düzeni"*ni, *"topluma faydalı olan şeyler"* şeklinde basit bir tanıma hapsetmek de son derece tehlikelidir. Ancak günümüzde kamu düzeni, kamu yararına referans bir kavram olarak kullanılması dolayısıyla doktrindeki yalın tanımlardan biri olarak kabul görmeye devam etmektedir[17]. Buna karşılık kamu düzeninin dirlik, esenlik, sağlık ve güvenlik unsurları ile birlikte korunması ve düzenlenmesi, bizi *"devlet aklı"* nın soyutluğundan *"kamu düzeni"* nin belirliliğine de götürmektedir. Bu bağlamda *"kamu düzeni"* siyasal amacın hedefini ve meşruluğunu belirlemek için bir *"güvenlik*

---

[12] Özdemir, Ali, "Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım" (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)", International Journal of Legal Progress, C. 2, S. 2 (2016), s. 91.Sunay, Reyhan, "Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan 'Avrupa Kamu Düzeni' Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2 (1999), s. 313.

[13] Yıldırım, Turan vd., *Idare Hukuku*, ed. Turan YILDIRIM, Güncelleştirilmiş 8. Baskı İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 610. Kamu düzeninin unsurları için bkz.

[14] Kesgin, Ahmet, "Machiavelli and Machiavelianism", Beytulhikme An International Journal of Philosophy, C. 5, S. 1 (2015), s. 107. Arsev Bektaş, "Machiavelli ve Hobbes 'Siyasal İktidar' ve 'Güç' Analizleri", Marmara İletişim Dergisi, C. 3, S. 3 (2014), s. 178.

[15] Kovan, Bağış Alper, "Tacitus ve Eserleri Üzerine Bir İnceleme/A Review About Tacitus and His Works", Amisos, C. 4, S. 7 (2019), s. 159.

[16] Telli, Arda, "Machiavelli'nin Gambiti: Devlet Aklı Doktrini'nin Kökenlerine İlişkin Bir Soruşturma", Felsefe Arkivi, S. 53 (2020), s. 92.

[17] Orer, Gürsel, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6 (2016), s. 365.

retoriği" olarak kullanılması yanında, idari uygulamalarla objektif anlam kazanan bir *"metafor'*a*"* dönüşmüştür[18].

Modern devletle birlikte bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve sınırlandırılmasının da hukuki düzenlemelere konu edildiğini görmekteyiz. Zira modern devletin merkeziyetçi, buyruksal ya da egemen gücü, kendisine başka her şeyin üzerinde bir güç bahşetmiştir[19]. Burada bireyin devlete, topluma ve bireylere karşı korunması, kaynağını en üst yazılı/yazısız norm olan Anayasalarda bulan sınırlandırma rejimine bağlı olarak yapılabilir[20].

Modern devlette, yedi gün yirmi dört saat ayakta olan, her yerde hazır ve nazır bir aygıt da bulunmaktadır: İdare. Buradaki idare, modern devletin sürekliliğini ya da ebed müddetliğini hukuk devleti ve kanunilik ilkelerini dikkate alarak kapsamı açık ve belirli bir alanda, kamu düzeni sebebiyle bir sınırlandırma faaliyeti yaparak uygulayabilecektir[21]. Bu bağlamda kamu düzeniyle bir siyasal zihniyeti ve toplumun nihai meşruluk hedefi kurgulanırken bunu hayata geçirecek son derece tehlikeli bir araç da kullanılır: Kolluk[22].

Kolluk, kamu düzeni faaliyetinin hukuksal pratiğidir. Başka bir deyişle devletin denetim, gözetim, kontrol ve izleme ameliyesinin bir bütünüdür[23]. Burada şunu vurgulamak isteriz, kanuna uygun olmayan bir sınırlandırma ve buna yönelik kolluk faaliyeti, idare açısından yasak alandır. Aksine bir faaliyeti *"devlet sırrı"* retoriği ile peçelemek olasıdır ki modern hukuk devleti, bu cazibesi olan kavrama dayanarak sıklıkla işlem tesis etmemelidir. Başka bir deyişle, modern hukuk devletinde idare, hukuk kurallarına bağlı, kanunla çizilen sınırlar çerçevesinde faaliyet gösteren, şeffaf ve hesap verebilir bir faaliyet göstermelidir. Bunun dışına çıkılması toplumu, hukuk devleti idealinden uzaklaştırır. Diğer taraftan yine kanunilik ilkesine göre oluşturulan istisnai alanlar da vardır. Bu istisnai alanlar, Anayasa'nın 13. maddesi ile her bir temel hak ve hürriyetin kendisinde mündemiç sınırlamalara tabi olmak zorundadır.

---

18 Arslan, Mustafa, "İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 52 (2018), s. 176.

19 Arslanel, M. Nazan, Eryücel, Ertuğrul, "Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 15, S. 2 (2012), s. 3.

20 Başpınar, Veysel, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3 (2016), s. 649.

21 Özay, anayasal sistemi bulunan ülkelerin, idari kolluk yetkilerini belirlemede son derece hassas olmaları gerektiğini, kolluk yetkilerini ilkelere göre belirlemenin son derece önemli olduğunu belirtmektedir. Özay, (2013) "İdari Kolluk-Adli Kolluk", İÜHFM, C. LXXI, S.1, s. 949.

22 Yıldırım vd., *Idare Hukuku*, s. 635.

23 Erzurumluoğlu, Bayram, "Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi", Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (2009), s. 55.

Günümüzde, kamu düzeni, devlete ve topluma ait *"belirlenmiş düzenler bütünü"* nü sağlamayı ve bunu devam ettirmeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan *"kamu düzeni"* idari bir kural haline gelmiştir. Bundan dolayıdır ki Anayasa koyucu *"demokratik toplum düzeni"* ni Anayasa'da sadece bir yerde *"kamu düzeni"* ni ise temel hak ve hürriyetler ile ilgili maddelerde tam dokuz yerde kullanmıştır. Şunu bir kez daha vurgulamak gerekir ki, Anayasa, kamu düzenini sağlamayı başka bir deyişle toplumun dirliği, sağlığı, esenliği ve güvenliğinin bozulması halinde yeniden tesis edilmesini ve devam ettirilmesini devlete bir ödev olarak yüklemiştir. Hal böyle olmakla birlikte, yukarıda da bahsettiğimiz üzere koruma normu ya da şemsiye norm olarak da isimlendirilebilen *"demokratik toplum düzeni"*, toplumun maddi ya da dış düzenini, toplumun madden ve manen gelişmesini, bu gelişmenin sağlanması için devletin ödevle yükümlü olmasını, tüm modern toplumlarda olduğu gibi toplumun düşünsel, kültürel, dinsel ya da ruhsal gelişme göstermesini temin eden en hayati ölçüt norm olarak kabul görmektedir. Başka bir deyişle, *"demokratik toplum düzeni"* toplumun sürekliliğini, gelişmesini, dinamik yapısını, çoğulculuğu teşvik eden, güçlendiren, sağlamlaştıran maddi bir ögedir. Bu öge, Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere gittikçe *"kamu düzeni"* kavramından daha fazla gelişme göstermekte, bu düzenin alanını daraltma eğiliminde olmakta, belki de bu düzenden daha çok belirginleşmektedir.

IV. ERİŞİM(İ) ENGELLEME(ME)

Anayasa Mahkemesi'nin twitter[24], youtube[25] ve wikipedia[26] kararlarında ortaya çıkan tartışmalar, kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni kavramlarından hangisine üstünlük verileceği ya da her ikisinin birbiriyle nasıl bağdaştırılacağı üzerinde yoğunlaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yıllar içinde gelişen ve ağırlıklı olarak AİHM kararları temelinde oluşturduğu felsefeye göre, genel ölçü norm olarak Anayasa'nın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeni, kamu düzeni alanını gittikçe daraltmaktadır. Özellikle twitter, youtube ve wikipedia kararlarında Yüksek Mahkeme, Türkiye kamu düzeninin temel bileşenlerinden olan Atatürk'ün manevi şahsiyetine, bir terör örgütü ile ilgili olarak Türkiye'ye yönelik yayınlara karşı erişim engelleme yapılmasının salt URL adresi yasaklanmak suretiyle amaca elverişli bir engelleme tedbiri alınabilecekken bu şekilde yapılmadan erişim engelleme kararı verilmesini *"demokratik toplum düzeni"* bakımından

[24] Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014. (Erişim Tarihi: 04.05.2021, saat: 12:47)

[25] Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014. (Erişim Tarihi: 04.05.2021)

[26] Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri [GK], B. No: 2017/22355, 26/12/2019. (Erişim Tarihi: 04.06.2021)

Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Tabi o tarihlerde URL tabanlı erişim engelleme hukuken mümkün olmamakta, twitter, youtube ve wikipedia'nın ise Türkiye'de temsilciliği bulunmamaktaydı. Buna bir de erişim engelleme kararlarının anılan şirketlerce uygulanmaması da eklenebilir.

Burada tartışmaya çalıştığımız husus ontolojik olarak her iki kavramın salt arkaik bir kutsallığa sahip olduğunu ortaya koymak ya da soyut ve mistifikasyona elverişli olduğunu belirtmek de değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu erişim engellemenin yapıldığı tarihlerde URL tabanlı bir engelleme yapılamadığını bilmesine rağmen anılan tedbirin *"demokratik toplum düzenine"* aykırı olduğuna karar vermiştir. Yine Yüksek Mahkeme, amaca uygun bir sınırlandırma aracı yasal olarak mevcut olmasa dahi, bir hakkın kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Peki bu durum bir hak-hukuki araç paradoksu oluşturmuş mudur? Başka bir deyişle Mahkeme'nin, Anayasa'nın bizatihi 13. maddesi *"kanunilik"* ilkesini kabul etmişken, aynı maddede geçen bir *"şemsiye norm"* gerekçesiyle "*hakkında yasal bir düzenleme olmayan bir konuda"* kamu düzeni mülahazasıyla yapılan bir sınırlandırmayı da Anayasa'ya aykırı görmesi mümkün müdür? Bir defa, Anayasa'nın 13. maddesinde, sınırlamanın sınırlanmasında *"demokratik toplum düzeni"*, Anayasanın sözü ve ruhu, lâik Cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesi gibi genel bir ölçüt norm olarak kabul edilmiştir. Bu yönüyle belirtilen ölçüt, devlete yönelik bir yasak alandır. Başka bir deyişle, Anayasa'nın 20, 21, 22, 26, 28, 31, 33, 34 ve 51. maddelerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında *"kamu düzeni"* ölçütü, ilgili madde bakımından bir sınırlandırma sebebi olarak kabul edilmesine rağmen, sınırlandırmanın sınırı olarak kabul edilen ölçüt normlar *"şemsiye normlar"*[27] ya da *"koruma normları"*[28] şeklinde her bir kamu düzeni faaliyetinin önünde sınır çizgisi oluşturmuştur. Bu bağlamda gerek yasanın kendisi gerekse idari pratiği bir hak ve hürriyetin kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılmasında, bir şemsiye normla karşı karşıya kalacaktır. Ancak Yüksek Mahkeme, anılan şemsiye normu, henüz hakkında bir düzenleme bulunmasa ya da sınırlandırmaya elverişli bir hukuki araca sahip olmasa dahi, *"demokratik toplum düzeni"* gerekçesiyle *"kamu düzeni"* sınırlandırmalarını da bundan sonra Anayasa'ya aykırı bulabilecektir. Yüksek Mahkeme'nin anılan erişim engelleme kararlarının karşı oy gerekçelerinde de görülebileceği üzere bu bir paradoks oluşturmuştur[29].

---

27 https://anayasa.gov.tr/media/6109/abdullah_sezer.pdf, s. 363.

28 https://www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/pdf/Kitaplar/Kitap-Hukuk_Yargilamasi_Kararlar.pdf. s.50, 384. Ayrıca bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 3/4/2008 tarihli ve E.2007/19532, K.2008/5366.

29 https://www.anayasa.gov.tr/media/6426/2017-22355.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2021) "Olayda idarece, ilgili internet sitesinden yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer haklarının korunması bakımından önce sadece içeriklere erişimin engellenmesini

Sonuç

İnternete erişim, ifade hürriyeti ve demokratik toplum düzenine doğrudan etkisi olan bir haktır. Zira bu erişim, günümüzde ifade hürriyetini sağlayan ve de kolaylaştıran en etkili araçlardan biridir. Diğer taraftan ifade hürriyeti, bilgi ve düşünceye ulaşmayı, bunları yaymayı ve üretmeyi kapsamına almaktadır. Düşüncenin ifade edilmesi kadar yayılması, başkalarına ulaştırılması, fikirsel etkileşimi bulunması ve başkalarıyla etkileşim kurması da ifade hürriyeti içinde değerlendirilmektedir. İfade hürriyetinin ise en etkili üretim ve yayım aracı ise günümüzde internettir.

İnternete erişim hakkının en önemli güvencesi ise, Anayasa'nın 13. maddesine göre *"demokratik toplum düzeni"*dir. Demokratik toplum düzeni, toplumun maddi düzenini ifade eden, toplumun ya da bireyin manevi varlığının geliştirilmesi için ona anayasal olanak sağlayan temel hak ve hürriyetlerinin dış sınırını oluşturmaktadır. Bu sınır, Anayasa Mahkemesi'nin bazı erişim engelleme kararlarından anlaşılacağı üzere Anayasa'nın ilgili maddelerinde bir sınırlama sebebi sayılan kamu düzeni kavramından üstün anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin wikipedia, twitter ve youtube kararlarında, URL adres tabanlı bir sınırlandırma aracı yokken dahi idarenin anılan hizmet sağlayıcılara yönelik vermiş olduğu erişim engelleme kararları, demokratik toplum düzenine aykırı görülmüş ve ihlal kararları verilmiştir.

Bir kere kamu düzeni sebebiyle bile verilse idarenin erişim engelleme kararının sınırlı, amaca uygun, gerekli ve elverişli olması şarttır. Diğer taraftan idarenin elinde, kamu düzenini bozan sebepleri yeniden tesis etmek için uygun bir hukuki araç ya da elverişli bir aracı bulunmasa dahi Yüksek Mahkeme, demokratik toplum düzeni bakımından ihlal kararı verebilecektir. Burada kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni kavramlarının yarıştırılarak, ikinci kavrama

---

teminen içeriklerin siteden kaldırılması için "uyar-kaldır" mekanizması uygulanılarak ve gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi istemli olarak, yasal bildirimlerde kullanılmak üzere sunulmuş olan e-posta adresleri üzerinden Wikimedia Vakfı'na ve Türkiye'de vekalet vermiş oldukları avukatlara bildirimlerde bulunulmuştur." Bkz. Anılan karar, karşı oy gerekçesi.

https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140606-10.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2021) "Yapılan bu açıklamalara göre youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin bu aşamada kanuni dayanağı bulunduğu, engellemenin tamamen kanunsuz ve keyfi olmadığı değerlendirilebilir." Bkz. Celal Mümtaz Akıncı karşı oy gerekçesi. "Çoğunluk görüşünde yer alan, idari yargı kararlarının ve bilhassa yürütmeyi durdurma kararlarının etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı düşüncesi, Türk yargı sisteminde bir kaosa neden olma tehlikesini içinde barındırmaktadır." Bkz. Anılan karar Hicabi Dursun karşı oy gerekçesi. Son karşı oy gerekçesinde açıkça vurgulandığı üzere, idarenin elinde sınırlandırma amacına elverişli bir aracın bulunmaması halinde idare ya hareketsiz kalacak ya da sınırlandırma amacını tamamen gerçekleştirecektir. Durum böyleyken, elverişli aracın bulunmaması halinde idarenin yapabileceği işlem hareketsiz kalmak mıdır?

bir üstünlük verme çabasının bulunduğunu görmekteyiz. Tartışma da buradan başlamaktadır. Kamu düzeni ile demokratik toplum düzeni, her ikisi toplumun bir hukuki düzenini sağlamayı hedeflediğine göre, birinin devlete diğerinin topluma dönük olması ya da birinin kolluk alanına ilişkin diğerinin özgürlükler alanına ilişkin olması şeklindeki matematiksel kurgular sorunu daha da işin içinden çıkılmaz hale getirecektir. Burada, toplumun maddi ya da dış yönünü ifade eden demokratik toplum düzeni ilkesi ile dirlik, esenlik, sağlık ve güvenlik unsurlarını içeren kamu düzeninden birini tercih edip diğerini dışlamak ya da üstünlük vermek şeklindeki bir anlayış, Anayasa'nın 13. maddesinin ruhuna hizmet etmeyecektir. Aksinin kabulü, yerindelik denetimini ya da siyasal eylemin nihai amacı bakımından hikmet-i hükümet uygulamalarını gündeme getirebilecektir.

KAYNAKÇA

Arslan, Mustafa, "İdari Kolluk Uygulamalarında Kolluk Kuvveti Anlayışından Kolluk Hizmeti Anlayışına Geçiş", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 52 (2018).

Arslanel, M. Nazan/Eryücel, Ertuğrul, "Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 15, S. 2 (2012).

Başpınar, Veysel, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3 (2016).

Dülger, Murat Volkan, "İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2007/4.

Ergün, İsmail, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum,* Adalet Y., Ankara 2008.

Erzurumluoğlu, Bayram, "Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi", Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (2009).

Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatında "Demokratik Toplum" Ölçütü, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e ARMAĞAN, Ankara 2005.

Gören, Zafer, "Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2.

Horozgil, Denizhan, "İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2) 2012.

İçel, Kayıhan, "Türkiye'de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Güz 2009.

Jorgensen, Rikke Frank, *Internet and Freedom of Expression,* (Edt.Gregor Noll), European Master Degree In Human Rights and Democratisation 2000-2001, Raoul Wallenberg Institute.

Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, 5*. Baskı, Afa Y., 1993, İstanbul.

Kesgin, Ahmet, "Machiavelli and Machiavelianism", Beytulhikme An International Journal of Philosophy, C. 5, S. 1 (2015), s. 107. Arsev Bektaş, "Machiavelli ve Hobbes 'Siyasal İktidar' ve 'Güç' Analizleri", Marmara İletişim Dergisi, C. 3, S. 3 (2014).

Kovan, Bağış Alper, "Tacitus ve Eserleri Üzerine Bir İnceleme/A Review About Tacitus and His Works", Amisos, C. 4, S. 7 (2019).

Mahmutoğlu, Fatih S., "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LIX, S. 1-2, İstanbul 2001.

Memiş, Tekin, "Erişimin Engellenmesi, Hukukî Sorunlar ve Çözüm Önerileri", EÜHDF, C. XIII, S. 3-4 (2009).

Macovei, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz. www. humanrights.coe.int.

Orer, Gürsel, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6 (2016).

Özay, İlhan, "İdari Kolluk-Adli Kolluk", İÜHFM, C. LXXI, S.1. (2013).

Özbek, Veli Özer, "İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", DEÜ Huk. Fak. Dergisi, C.4, S. 1, 2002.

Özdemir, Ali. "Kamu Düzeni ve Kamu Güvenliği Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım" (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)", International Journal of Legal Progress, C. 2, S. 2 (2016).

Sevük, Handan Yokuş, "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", TBB Dergisi, S. 69, 2007.

Sunay, Reyhan, "Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan 'Avrupa Kamu Düzeni' Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2 (1999).

Telli, Arda. "Machiavelli'nin Gambiti: Devlet Aklı Doktrini'nin Kökenlerine İlişkin Bir Soruşturma", Felsefe Arkivi, S. 53 (2020).

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2.b, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004.

Turgutalp, Mehmet Ali, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (5271 sk. CMK'nın 135. Maddesi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011.

Umay, Mariye / Baktır, Zeynep / Canlı, Mustafa / Çekiç, Anıl / Çetin, Hüseyin Rahmi / Duran, Murat / Erkul, Erdem / Kolat, Aydın / Tırpançeker, Gülara / Tiryakioğlu, Murad, *Türkiye'de Yazılım Sektörü,* (Ed. Murad Tiryakioğlu), SDE Analiz, Temmuz 2012.

Ünver, Mehmet Bilal. Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Haziran 2005.

Yenidünya, Caner/Değirmenci, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları,* Legal Y., İstanbul 2002.

Yıldırım, Turan vd., *Idare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

TÜRK ANAYASALARINA HÜKÛMET SİSTEMLERİ PERSPEKTİFİNDEN BİR BAKIŞ

An Evaluation of Turkish Constitutions from the Aspect of Government Systems

Dr. Davut ÖZYURT*
Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir SAKA**

Özet: 19. Yüzyılın başlangıcına uzanan Türk Anayasacılığı, bu yüzyılın son çeyreğinden itibaren yazılı anayasa tecrübesine sahiptir. Yaklaşık bir buçuk asırdır yazılı anayasaların mevcut olduğu coğrafyamızda devletin temel kuruluşuna ilişkin tercihlerin, yasama yürütme ilişkilerini ve dolayısıyla hükûmet sistemi bahsini ilgilendiren bir yönü de bulunmaktadır. İlk yazılı anayasa olan Kanun-u Esasî'den günümüze kadar kabul edilen 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları yasama yürütme ilişkileri dikkate alındığında birbirinden farklı özellikleri içerisinde barındıran metinler olarak dikkati çeker.
İlk hâlinde kuvvetler birliğinin var olduğu yorumlanabilecek Kanun-u Esasî'de, 1909 değişiklikleri ile kuvvetler ayrılığının izlerini görmek mümkündür. Değişiklikler ile yasama yürütme ilişkileri önemli ölçüde farklılaşmıştır. Bu durumda yapılacak değerlendirmelerde ise parlamenter sistem ön plana çıkmaktadır. Kurtuluş Mücadelesi'nin yürütüldüğü, bir yandan da yeni bir devletin temel kuruluşunun gerçekleştirildiği dönemin bir belgesi olarak 1921 Anayasası ise içeriğiyle genç sayılabilecek kuvvetler ayrılığı tecrübesinden sapmayı ifade etmektedir. Teorik tereddütleri bulunmakla birlikte bu durum meclis hükûmeti sistemi ile ilişkilidir.1921 Anayasası'nın benimsemiş olduğu hükûmet sistemine ilişkin teorik tereddütlerin başka nitelikteki bir hâli

Abstract: Turkish Constitutionalism dates back to beginning of the 19th century and has written constitutions since the last quarter of the same century. Provisions on the constituting of the state in written constitutions that have been in force for about a century and a half also concern legislative executive relations and the systems of government. The Turkish Constitutions of 1921, 1924, 1961 and 1982, which have been in force since the Kanun-u Esasî, have different features in terms of the legislative-executive relations.
It is possible to understand that the traces of the separation of powers with the 1909 amendments in the Kanun-u Esasî in which there was a unity of power in its original form. Legislative-executive relations became significantly different with this amendment. From this point parliamentary system comes into prominence. The Constitution of 1921 is a document of the period when the Turkish War of Independence was taken place and the constituting a new state was carried out. The Constitution also reveals the deviation from the young experience of separation of powers with its content. Although theoretically controversial, this situation is related to the assembly government system. Theoretical arguments on the government system that is preferred by the 1921 Constitution also valid in

* Avukat, davuthangazi@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8255-5234

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, abdulkadirsaka@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6919-4144

Makale Geliş Tarihi: 12.09.2021, Makale Kabul Tarihi: 14.10.2021

1924 Anayasası açısından da mevcuttur. Bu durum ise dönem itibarıyla çoğunlukla karma bir modelin benimsendiği şeklinde yorumlanır.
1961 ve 1982 Anayasaları açısından yasama ve yürütmenin oluşumu, yapısı ve sorumlulukları noktasından yapılacak değerlendirmeler kural olarak parlamenter sistem ekseninde gerçekleşir. Bu durumun istisnaları ise 1982 Anayasası'nda mevcuttur. Hâlen yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikler, üç farklı hükûmet sistemi modelinin uygulanması neticesini içerisinde barındırmaktadır. Bu dönemde, parlamenter sistemin mevcut olduğu anayasanın ilk hâlinden sırasıyla yarı-başkanlık sistemine ve sonrasında kendine özgü bir başkanlık sistemine geçiş gerçekleşmiştir.
Anahtar Kelimeler: Türk Anayasaları, Yasama-Yürütme İlişkileri, Hükûmet Sistemi Modelleri, Anayasa Değişiklikleri.

terms of the 1924 Constitution. In this situation it is often stated that a hybrid system is applied.
In the 1961 and 1982 Constitutions, the formation, structure and responsibilities of the legislative and the executive are explained in the context of the parliamentary system in general. Exceptions to this claim can be found in the 1982 Constitution. The amendments of the 1982 Constitution resulted in the introduction of three different government systems. In this period, there was a transition from the parliamentary system to the semi-presidential system and then to a Turkish type presidential system respectively.
Key Words: Turkish Constitutions, Executive - Legislative Relations, Government Systems, Constitutional Amendments.

Giriş

Hükûmet sistemleri bahsi anayasa hukukunun klasik konuları arasında sayılan ve kurumsal anayasa hukuku kapsamında incelenen bir başlığı oluşturmaktadır.[1] Bu noktadan bakıldığında uzun bir süreyi kapsayacak şekilde inceleme konusu yapılmış olması neticesinde hükûmet sistemlerini ilgilendiren zengin bir literatür mevcuttur. Hem yerli hem de yabancı kaynaklarda hatırı sayılır bir birikimin mevcut olması ise konunun incelenmesinde var olanları tekrar etmek gibi bir riski içerisinde barındırmaktadır.

"Hükûmet sistemleri ile ilgili söylenmemiş bir söz kaldı mı?" sorusuna verilecek cevap ya da cevaplar esas itibarıyla konunun akademik güncelliğini muhafaza edip etmediğini ilgilendirmektedir. Hem kuvvetler ayrılığına hem de kuvvetler birliğine dayanan hükûmet sistemi tasniflerinin belli olması, esas itibarıyla konunun güncel olmadığı gibi bir izlenim oluşturmaktadır. Bu duruma parlamenter sistem ve başkanlık sistemi haricinde üçüncü bir sistemin var olup olmadığı tartışmasından yaklaşıldığında ise tereddüt noktalarının kuvveti zikredilen izlenimi daha somutlaştırmaktadır. Neticede üzerinden yaklaşık yarım asır geçmesine rağmen yarı-başkanlık sisteminin ayırıcı unsurları üzerinde bir netliğin sağlanamadığını söylemek abartı sayılmaz.

Ayrı ve bağımsız bir şekilde değerlendirilebilecek bir sistemin genel geçer kabul edilebilen unsurları ile var olup olmadığı tartışması, başka bir açıdan değerlendirildiğinde ise hükûmet sistemleri bahsinin üzerinde hâlâ söz söylemeye değer bir konumda olduğu sonucuna varabiliriz. Bu durumda teorik tartışmaların akademik güncelliği üzerinden yapılacak değerlendirmeler başka bir boyuta da kapı aralamaktadır. Hükûmet sistemleri bahsi yasama ve yürütme organlarının sadece anayasada belirlenmiş esaslar üzerinden işlev görmesi ve değerlendirilmesiyle netliğe kavuşmamaktadır. Seçim sistemleri, siyasi partilerin yapıları vb. konular da sistemlerin işleyişini önemli ölçüde şekillendirmektedir.[2] Ek olarak siyasal sürecin sürekli bir biçimde değişkenliği bağlamındaki gelişmeler, konunun güncelliğini muhafaza etmesinin bir diğer boyutunu oluşturmaktadır.

Hükûmet sistemleri bahsinin akademik güncelliğini koruduğuna karine teşkil edecek bir diğer noktayı da etkin yürütmenin anayasal

---

[1] Kurumsal anayasa hukuku ile anayasa hukukunun bir bilim dalı olarak ilk incelediği konuları içeren döneme işaret edilmektedir. Bu bağlamda anayasa hukukunun özellikle Fransa'da incelediği konular doğrultusunda gelişimi için bkz. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukun Genel Teorisi,* C. 1, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 38-42.

[2] Elgie, Robert, "Tüm Yönleriyle Hükümet Sistemleri, Parti Siyasası ve Kurumsal Mühendislik", Çev: Abdulkadir Saka, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, S. 25, 2018, s. 29.

olarak nasıl sağlanacağına ilişkin uygulamalar oluşturmaktadır. Birçok ülkenin bu bağlamda yaptığı değişiklikler bu yöndeki çabanın konu ile ilgisini de birleştirmektedir. 2007 ve 2017 yılında ülkemizdeki anayasa değişiklikleri, Ermenistan ve İtalya örnekleri, 2010 sonrası İngiltere'de yaşanan gelişmeler bu açıdan somut örnekler olarak karşımızda durmaktadır.[3]

1876 Kanun-u Esasî ile yazılı anayasa tecrübesinin başladığı coğrafyamız açısından da hükûmet sistemleri bahsi yukarıda zikredilenler ile paralel bir seyir göstermiştir. Yazılı anayasaların varlığında hükûmet sistemlerine ilişkin tercihlerin yeri geldiğinde teorik açıdan yeri geldiğinde de uygulama açısından tartışmalara konu edildiği görülür. Özellikle 1921 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemleri bu açıdan dikkat çeker bir konumdadır.

1876 Anayasasının ilk hâlinde yasama yürütme ilişkileri bağlamında kabul edilebilecek bir kuvvetler birliğinin, 1909 değişiklikleri ile birlikte kuvvetler ayrılığı başlangıcına ve parlamenter sistem işleyişine dönüştüğü söylenebilir. 1921 Anayasası döneminde ise teorik olarak meclis hükûmeti sisteminin işleyişte aldığı farklı görünüm dikkati çeker. Teorik açıdan yasama üstünlüğünün işleyişte yürütmenin baskınlığı ile neticelenmesi, bu dönem açısından önemli bir zıtlığı ortaya koymaktadır. Bu durumun ise meclis hükûmeti sisteminin kendisinden kaynaklı bir sonuç olduğu kabul edilmelidir. Bu dönem açısından yapılacak değerlendirmelerde sistemin teorisi ile işleyişi arasındaki zıtlığa vurgu yapılarak bu durumun meclis hükûmeti sisteminin olağan ve beklenen bir neticesi olarak kabul edilmesi gerekliliği ileri sürülecektir.

1924 Anayasası hükümlerine bakıldığında ise hem meclis hükûmeti sisteminin hem de parlamenter sistemin unsurlarının var olduğu görülür. Lâkin yasama ve yürütmenin oluşumu, yapısı ve göreve devamına bakıldığında esas itibarıyla parlamenter sistem tasarımının baskın olduğu ifade edilebilir. Esas itibarıyla Türk Anayasacılığı ve parlamenter sistem ilişkisi 1876 Kanun-u Esasi'deki 1909 yılı değişikliklerine kadar götürülebilir. Kurtuluş Mücadelesi sürecinin bir metni olarak 1921 Anayasası istisna tutulacak olursa[4], esas itibarıyla parlamenter geleneğin 1982 Anayasası döneminde hükûmet sistemini değiştiren anayasa değişikliklerine kadar sürdüğü ifade edilebilir.

---

[3] Örneklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Miş, Nebi, "Avrupa'nın Parlamenter Sistemleri Sorunsuz mu?", (https://www.setav.org/avrupanin-parlamenter-sistemleri-sorunsuz-mu/), Erişim Tarihi: 15.09.2021.

[4] Anayasa hükümlerine bakıldığında teorik olarak istisna meclis hükûmeti sistemi bağlamında söz konusu olsa da yasama yürütme ilişkilerinin parlamenter sisteme benzer bir seyri bulunmaktadır. Özbudun, Ergun, *1921 Anayasası,* Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992, s. 74.

1961 ve 1982 Anayasaları döneminde de parlamenter geleneğin sistemin tasarımı bağlamında tercih edildiği söylenebilir. Parlamenter sistemin esas itibarıyla tercih edildiği bu dönemler açısından, 1982 Anayasası önemli tartışma noktalarını içerisinde barındırmaktadır. Anayasanın ilk hâlinde aşırı yetkili bir devlet başkanının varlığı, 2007 yılında devlet başkanının halk tarafından seçilmesi ve 2017 yılında yasama ve yürütmenin tamamen farklı bir şekilde yapılandırılması ilgili tartışmaların esas hareket noktalarını oluşturmaktadır.

Bu çalışmada Türk anayasalarına hükûmet sistemleri paydasında yaklaşılacaktır. Geçmiş anayasalar açısından yapılacak değerlendirmeler tarihi açıdan bir değer taşımakla birlikte, özellikle yürürlükteki 1982 Anayasası açısından bazı iddialar ileri sürülecektir. 1982 Anayasası dönemindeki hükûmet sistemi tartışmalarına bu bağlamda değinilecek ve bu dönemde hem parlamenter sistemin hem de yarı-başkanlık ve başkanlık sistemlerinin uygulama alanı bulduğu ileri sürülecektir.

I- GENEL OLARAK DEVLETİN HUKUKÎ FONKSİYONLARININ VE HÜKÛMET SİSTEMLERİNİN TASNİFİ

A- DEVLETİN HUKUKÎ FONKSİYONLARI VE KUVVETLER AYRILIĞI İLİŞKİSİ

Yöneten ve yönetilen arasındaki farkın belirgin hale gelmesi, sosyal hayatın zaruri gereği olan iş bölümünün somutlaşmasını gerekli kılmış, bu somutlaşma ise toplumun zorunlu ihtiyaçlarının temininin, refah ve esenliğinin sağlanmasının ve idare edilmesinin başka bir ifadeyle toplum adına, onun hayrına karar verilmesi sürecinin kurumsal bir halde icra edilmesini beraberinde getirmiştir. Bu kurumsallık süreci de tarihte hangi devirde, nasıl ve ne şekilde ortaya çıktığını kesin olarak bilemediğimiz devletin doğuşu ile muhtemelen eş zamanlı bir seyir arz etmiştir. Esasen sosyal düzenin bir bileşeni olan devlet kurumunun gelişmesi ile birlikte, bu kurum aynı zamanda bir unsuru olduğu düzen içerisinde önemli bir fenomen olarak bir yandan varlığını kuvvetlendirmiş, bir yandan da varlığına ve gereğine şiddetle karşı çıkanların bile değerlendirmelerinin büyük bölümünde yer tutan bir vazgeçilmezlik ve zorunluluk paydasına oturmuştur.[5]

[5] *"Işık nerede çoksa gölge orada koyudur",* Goethe, Johann Wolfang, *Goetz of Berlichingen, with the Iron Hand: A Tragedy*, Çev: Sir Walter Scott, A. ve W. Galignani Yayını, Paris, 1826, s. 35. Işık gölge metaforundan hareketle, ışığın kuvvetli varlığı (devlet) karşısında gölge hakkındaki değerlendirmelerimizi devletin fonksiyonlarına izafe edebiliriz. Yansıyan ışığın, devletin fonksiyonlarının arkasında bıraktığı izler üzerine cümle kurmak da devletin varlığına ve ne olduğuna ilişkin değerlendirmelerden ziyade ne işe yaradığına dair soruların gündem edilmesini beraberinde getirir. Bu bağlamda bu

Devletin bir kurum olarak göstermiş olduğu gelişim neticesinde devlet işlerinin planlanması ve bu planlara bağlı olarak devlet idaresinin gerçekleştirilmesi, devletin yüklendiği fonksiyonların tarihi gelişim seyrinin göz önüne alınmasıyla birlikte, devlet içerisinde bir iş bölümünü de zaruri kılmıştır. Bu zaruretin gereği ise devletin kendi iştigal alanında icraatlarıyla görünür hale gelişinde farklı nitelikleri ile ortaya çıkan ve bununla mütenasip bir vaziyette farklı süreçlerden geçerek şekillenen ve olgunlaşan kararların hayata geçirilmesi ile bir bakıma dinamik bir işleyiş ve öğrenme faaliyetiyle tecrübe edilmiştir.

Devlet faaliyetlerine kaynaklık eden kararların niteliğinin tespit edilmesi ve bu tespitin ardından ilgili kararları devlet bünyesinde kimlerin ya da hangi organların alacağı ve devamında icra edeceğine ilişkin düşünsel faaliyetin kökleri çok eski tarihlere kadar uzanmaktadır. Bu düşünsel faaliyeti ve devamındaki somut uygulamaları yönlendiren temel husus ise beşerî münasebetlerin tarihi akış içerisinde daha karmaşık ve çetrefilli bir görünüm arz ediyor oluşudur. Kuvvetle muhtemel bu durum temel soru olarak devletin ne işe yaradığına ilişkin cevaplarda birçok farklı yaklaşımın ortaya konulmasının da sebebidir. Beşerî ihtiyaçlar her dönemde farklılık arz etmekte ve bu durum yöneten ve yönetilen bağlamında devlet idaresinde farklı taleplerin gündem edilmesiyle birlikte kurumsal anlamda değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Burada beşerî ihtiyaçlar ile münasebetlerin değişimi ve dönüşümü bağlamında tarihi devirler arasındaki farklılıklar kadar, toplumlar arasındaki farklılıklar da göz önüne alınmalıdır. Her medeniyet hayatın tanzim edilmesinde kendine has bir tasavvura sahiptir. Bu tasavvurların her birinin kendine özgülüğü, her bir medeniyet dairesinin devlet algısında da belirli farklılıkların doğal bir biçimde var olmasını gerektirir. Dolayısıyla devletten beklenenlerin medeniyetler açısından farklılık gösteriyor oluşu bu bağlamda devletin sosyal düzen içerisindeki rolü üzerinde en azından teorik çerçevede farklı değerlendirmeleri beraberinde getirmektedir.[6]

Milattan önce dördüncü yüzyılda yaşamış olan ve devletin, iyiyi ve erdemi gerçekleştirmek için kurulduğunu belirten[7] Aristoteles, yönetim

---

sorulara verilecek cevaplar gölgenin tasviri çabalarından ibaret olmakla birlikte devlet varlığının teorik düzeyde kabul edildiğine de mehaz teşkil edebilir.

[6] Bu farklı değerlendirmelere dayanarak, devletin tam olarak üstlenmesi gereken rol ve toplum ile devlet arasındaki doğru dengeyle alakalı derin ihtilaflar bulunduğunu belirten Heywood, devlet biçimlerini şu şekilde sıralamaktadır: 1-) Minimal devletler, 2-) Kalkınmacı devletler, 3-) Sosyal demokrat devletler, 4-) Kolektivist devletler, 5-) Totaliter devletler, 6-) Dini devletler. Değerlendirme ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Heywood, Andrew, *Politics*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2013, 4. Baskı, s. 67 vd.

[7] *"Kendi gözlemlerimiz, bize, her devletin iyi bir amaçla kurulmuş bir topluluk olduğunu söyler. İyi diyorum, çünkü gerçekten, bütün insanlar eylemlerinde iyi saydıkları şeyi elde etmeye çalışırlar. Öyleyse bütün topluluklar şu ya da bu iyi şeyi amaçladıklarına göre, toplulukların en üstünü ve hepsini kapsayanı da en yüksek iyiyi amaç edinecektir. Bu, bizim devlet dediğimiz*

biçimleri açısından da en erken ve en meşhur tasnifi yapmıştır.[8] "*Kimin hükmettiği*" ve "*Kimin yönetimden istifade ettiği*" şeklinde iki soru temelinde kategorize edilebilecek tasnifinde[9] ideal yönetim biçimine ilişkin tasvirler de bulunmaktadır[10]. Bu bağlamda ideal bir devlet yönetiminin nasıl olması gerektiği hususunun uzun süredir zihinlerde yer işgal ettiğini de gözden kaçırmamak gerekir.

Devletin gelişim seyrindeki dinamik yapı ve toplumların ihtiyaçlarındaki çeşitlilik dikkate alındığında, *siyasal iktidarın kurumsal çerçevesini oluşturan devletin*[11] organizasyonunda da değişimler meydana gelmiştir. Bu değişimlere teorik planda birçok fikir ve düşünce bazen eşlik etmiş bazen de bu değişimlere öncülük etme pozisyonunda bulunmuştur. Devletin farklı fonksiyonlarını icra edecek organların belirmesi, bu organlar arasındaki ilişki, egemenlik olgusu, meşruiyet, kuvvetler ayrılığı düşüncesi, daha sonraları anayasacılık düşüncesi olarak isimlendirilecek devletin sınırlandırılması fikri bu bağlamda zikredilebilir. Zikredilenler ile alakalı dikkati çeken bir husus, bu ilke ve düşüncelerin artık devletin kurumsal olarak işleyişine ve bu kapsamdaki uygulamalara paralellik göstermesidir. Yani Weber'in ifadesiyle *belli bir arazi içinde, fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde (başarıyla) bulunduran*[12] devletin, faaliyetleri itibarıyla kendine tâbi olanların haklarına riayet etmesi gereken, adalete uygun işleyen, kendi işleyişi

---

topluluktur ve o topluluk türüne de siyasal diyoruz." Aristoteles, *Politika,* Çev: Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993, 4. Basım, s. 7.

8 Roskin, Michael/Cord, Robert L./Medeiros, James A.- vd., *Political Science (An Introduction),* Pearson, Boston, 2016, 14. Baskı, s. 52. Aristoteles 158 Yunan şehir devletinin kurumları ve uygulamalarına ilişkin incelemesi ile karşılaştırmalı siyaset çalışmalarının ilk pratiğini de ortaya koymuştur. Bealey, Frank, *The Blackwell Dictionary of Political Science: A User's Guide to Its Terms,* Blackwell Publishers, Oxford, 1999, s. 77.

9 Heywood, 2013, s. 267. Bu tasnife göre yönetenlerin sayısı ve yönetim sürecinden faydalananlara göre altı tipte yönetim biçimi sayılır. Monarşi, aristokrasi ve politeia olarak çoğunluğun faydasını gözeten yönetimler karşısında bunların bozulmuş şekilleri olarak yönetenlerin faydasının gözetildiği sırasıyla tiranlık, oligarşi ve demokrasi sayılmaktadır. Ayrıntı için bkz. Aristoteles, 1993, s. 80-83, Özkazanç, Alev, "Devletin Örgütlenmesi", içinde *Siyaset (Kavramlar, Kurumlar, Süreçler),* Taşkın, Yüksel, (ed), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, 2. Baskı, s. 146, Zabcı, Filiz, "Aristoteles: Yüce Bir Amaç Olarak Siyaset", içinde *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler,* Ağaoğulları, Mehmet Ali, (ed), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, 6. Baskı, s. 144-145. Sheldon, Garrett Ward, *Encyclopedia of Political Thought*, Facts on File Inc., New York, 2001, s. 20, Heywood, 2013, s. 268.

10 İyi işleyen ve dengeli bir yönetime ilişkin olumlu tanım politeia da kendini bulmaktadır. Badie, Bertrand (ed)/Berg Schlosser, Dirk (ed)/Morlino, Leonardo (ed), *International Encyclopedia of Political Science,* Sage Publications, California-London, 2011, s. 17.

11 Gül, Cengiz, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1.

12 Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları,* Çev: Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul, 1998, 2. Baskı, s. 132.

içerisinde dengeli olan ve bu dengelerin de bozulmamasını gerektiren bir yapıda olması gerekmektedir. Bu cihetten yukarıda zikredilen ilkelerden biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesi devlet idaresinde bir yandan somutlaşmaya başlayan iş bölümüne yönelik çabaların ifadesi olurken, bir yandan da bu iş bölümü neticesinde karar alıcı organların birbirleri ile olan ilişkilerine ilkeyle dikkat çekilir. Bu bağlamda devlet yönetiminde ideal uygulamaların sağlanabilmesi ve bu yöndeki hedeflerin gerçekleştirilmesi ilkenin amaçları olarak kabul edilebilir.

Anayasacılığın temel ilkelerinden biri de olan kuvvetler ayrılığı ilkesine yapılan atıflarda, çoğunlukla devlet gücünün tek bir elde toplanmak suretiyle baskının gerçekleşeceği ve böylelikle ideal devlet yönetiminden uzaklaşılacağı vurgusu dikkati çeker. Bu noktada devlet gücünün tek bir elde toplanması ile baskının gerçekleşmesi arasında genel geçer kabul edilebilecek bir orantının var olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu soruya kesin bir cevap verebilmek mümkün değilse de kuvvetler ayrılığını savunanlar buna genel olarak insanoğlunun gücü ve iktidarı suiistimal etmeye meyilli olması bağlamında ilkeyi meşrulaştırıcı açıklamalar getirmişlerdir.[13] Kuvvetler ayrılığı ilkesinin siyasal sistemler bağlamında yapılan değerlendirmelerde teorik önemi daha çok hak ve hürriyetler ile alakalı olsa da ilkenin diğer bir yandan devlet organları arasındaki iş bölümüne de işaret ettiğini belirtmek gerekir.

Devlet organları arasındaki yetki dağılımının somutlaşması, devletin unsurlarında meydana gelen değişiklikler ve bu değişikliklerin metinlere dökülmek suretiyle muhafaza edilmeye çalışılması kuvvetler ayrılığı ilkesi ışığında düşünüldüğünde; anayasa, parlamento, denetleme gibi kavram ve kurumların gündemde yer bulmaya başladığı görülür. Bu süreçte ise egemenlik hakkının kimde olduğu ve bu hakkın herhangi bir sınırlamaya tâbi olup olmadığı meselesi tartışmanın en yoğun yaşandığı başlıkları oluşturmaktadır. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nde egemenliğin sahibinin açıkça halk olduğu zikredilerek bu noktadaki tartışmalar sonlandırılmış ve devam eden demokratik uygulamalar meşruiyetini kuvvetli bir biçimde arttırarak günümüze kadar gelmiştir.[14] Bu süreçte önemi artan ve egemenliğin kullanılmasında ön plana çıkmaya başlayan bir kurum da

[13] Bu bağlamda edebi bakımdan da kuvvetli ifadeleri içerisinde barındıran cümlelere Federalist Layihalarından örnekler verilebilir: *"..İhtiras ihtirasla frenlenmelidir.."*, *"..Lakin devletin kendisi insan fıtratındaki suiistimale meylin yansımalarının en büyüğü değil midir?"*, *"İnsanlar melek olsaydı devlete de ihtiyaç olmazdı"*, Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay John, *The Federalist Papers*, Genovese, Michael A., (der), Palgrave Macmillan, New York, 2009, s. 120.

[14] Halk egemenliğine vurgu yapılmakla beraber bir tarihi ironiyi de burada zikretmek gerekir. Saf kuvvetler ayrılığını tesise etme yönündeki çabaların yer aldığı 1791 ve 1848 tarihli Fransız anayasal düzeninden ilki Direktuar ve Napolyon Bonapart saltanatı, ikincisi ise Louis Napolyon ve İkinci İmparatorlukla neticelenmiştir. Badie/Berg Schlosser/Morlino, 2011, s. 2403.

parlamentodur. Parlamentoların egemenliğin kullanılmasında söz sahibi olmaya başlamasıyla bir yandan monarklardan yetki kopartmak suretiyle özgürlüklerin sağlanması hedeflenirken[15] bir yandan da siyasal aktörlerin sınırlarının belirlenmesinde halk iradesinin ön planda olduğuna vurgu yapılmaktadır.[16]

Demokrasi pratiği paydasında egemenliğin sahibinin belirlenmesi kurumsal olarak da ilk planda parlamentoların ön planda olmasını beraberinde getirmiştir. Devlet işleyişinin karmaşık hale gelişi ise bu bağlamda yukarıda zikredilen iş bölümünün sonucu olarak yürütme organının da temsil ilişkisi bağlamında belirli bazı yetkileri kullanmasını zorunlu kılmıştır. Devlet yönetiminde daha teknik nitelikte, uzmanlık gerektiren faaliyetlerin icrası, genel siyasetin daha hızlı ve etkin bir biçimde gerçekleştirilebilmesi, kurumsal açıdan yürütme organının meşruiyetinin temel dayanağı olmaktadır. Devlet fonksiyonlarını icra edecek organların kurumsallaşması ise devlet nazarında sorulacak sorular bağlamında farklılaşmayı beraberinde getirmiştir. Uzun sayılabilecek süre teorik düzeyde devletin varlığı, devletin rolü, devletin yetkileri ve bu yetkilerin sınırlarını ilgilendiren sorular artık bu yetkiyi kullanan organlar ön planda olmak suretiyle değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.[17]

Teorik zeminini kuvvetler ayrılığı ilkesinin oluşturduğu devletin hukuki fonksiyonlarının birbirinden farklı ve bağımsız organlara verilmesi fikri, devlet pratiğinde yerini kuvvetlendirdikçe, bu duruma paralel bir biçimde yasayı yapan ve bunun icrasını gerçekleştirecek olan organlar arasındaki görev ve yetki dağılımının nasıl olması gerektiği hususu da uzunca bir süredir zihinleri meşgul etmektedir. Esas itibarıyla bu soruya verilecek cevapların farklılaşması nispetinde de yasama ve yürütme organlarının birbirlerine göre nasıl konumlandığı ortaya çıkmakta ve işte burada hükümet sistemleri kavramı ile verilen cevapların yolu kesişmektedir.

B- KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ VE HÜKÛMET SİSTEMLERİ

Devletin hukukî fonksiyonlarının tasnifi ve bu fonksiyonların icrasının farklı organlara verilmesi, bir yanıyla yönetim sürecindeki iş bölümüne işaret ederken, aynı zamanda devlet yönetiminin dengeli ve hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi hedefini de içerisinde

---

15 Gül, Cengiz, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 7.

16 Bu hedefler doğrultusunda parlamentoların faaliyet gösterirken elindeki en önemli araç ise kanun olmuştur.

17 *"..yönetenlerin takdir yetkisini sınırlamak yoluyla -iyi hükümet-i sağlamanın en iyi yolunun ne olduğu"* şeklindeki soru bu değişim ile ilgili zikredilebilir. Uluşahin, Nur, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 15.

barındırmaktadır. Bu şekildeki bir tasarımın pratik bir neticesi de özellikle siyasal iktidarı kullanan organların birbiriyle ilişkisini yakından ilgilendirmektedir.

Siyasal iktidarı kullanan organlar olarak yasama ve yürütmenin birbirinden ayrı olması ya da bir olması zikredilen hedeflerin sağlanmasının yanında hükûmet sistemlerinin tasnifinde de işlev görmektedir.[18] Yasama ve yürütmenin ayrılığı ile kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemleri, tersinde ise kuvvetler birliğine dayalı sistemler söz konusu olmaktadır. Ayrımda dikkat edilmesi gereken nokta yasama ve yürütmenin birbirine göre konumudur.

Yasama ve yürütme organlarının birbiri ile olan konumu ve ilişkisine verilecek cevapların farklılaşması, sistemin genel ayrımının ortaya konulmasında önem taşımaktadır. Bu noktada kuvvetlerin ayrı ya da bir olması açısından verilecek cevapların genel ayrım noktasında tartışmalardan uzak olduğu ortadadır. Siyasal iktidarı kullanan organlar ya birbirinden ayrıdır ya da birdir ve bu durumda kuvvetlerin ayrılığına ya da birliğine dayalı hükûmet sistemleri söz konusu olur.

Kuvvetlerin birliğine dayalı hükümet sistemlerinde yasama ve yürütme, ya ilk kuvvette ya da ikincisinde birleşir. Kuvvetlerin yasama organında birleşmesi ile meclis hükûmeti sistemi, yürütmede birleşmesi ile diktatörlükler ve mutlak monarşiler ortaya çıkar.[19] Esasen kuvvetlerin birliğine dayalı sistemlerin, özellikle yürütmede birleşme söz konusu olduğunda, niteliklerine ilişkin yapılacak tespitin teorik açıdan fazlaca bir zorluğu bulunmaz. Çünkü genellikle anti demokratik uygulamalar ile karakterize edilen bu sistemlerin teorik olarak niteliklerinin tespitinden çok yönetim sürecindeki işleyişin taşıdığı özellikler önem arz etmektedir. Meclis hükûmeti sisteminin ise işleyişteki neticeleri dolayısıyla teorik özelliklerinin gerçekliği ciddi manada tartışmalıdır.

Kuvvetlerin ayrılığı söz konusu olduğunda, hangi sistemin mevcut olduğu noktasında ise yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin niteliği ön plana çıkar.[20] Yasama ve yürütmenin birbirine göre nasıl konumlandığına verilecek cevaplar, kuvvetlerin sert ayrılığına ya da yumuşak ayrılığına dayalı hükûmet sistemi modellerini ortaya

---

[18] Gözler, 2011, (C. 2), s. 553. Tasnifin yasama yürütme ilişkilerine göre yapılması söz konusudur. Bu bağlamda devletin temel kuruluşunda bulunan yargı organı ve yargılama faaliyeti dışlanır. Yargılamanın amacı hukukun tesis edilmesidir ve bu süreçte siyasal iktidarın kullanılması söz konusu değildir. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku,* Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2016, 20. Bası, s. 494.

[19] Gözler, 2011, (C. 2), s. 553 vd.

[20] Esas itibarıyla bu ilişkinin ne şekilde kurulduğu noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Yazıcıoğlu, İsmail, "Yarı Parlamenter Sistem Ayrı Bir Hükümet Sistemi Modeli Olabilir mi?", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 2, 2021, s. 840.

çıkarmaktadır.[21] Bu noktada kuvvetlerin sert ayrılığı başkanlık sistemleriyle, yumuşak ayrılığı ise parlamenter sistemlerle karakterize edilerek değerlendirilir. Her iki sistem açısından yapılacak tasnifte yürütme organının yapısı, göreve nasıl geldiği ve görevine hangi şartlarda devam ettiğine dikkat etmek gerekir. Çünkü bu üç noktadaki değerlendirmelerin farklılığı esas itibarıyla tasnifin hareket noktasını oluşturmakta ve başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin ayırıcı unsurlarını ortaya çıkarmaktadır.

Parlamenter sistem ve başkanlık sistemleri haricinde ayırıcı unsurları üzerinde hâlâ bir netliğin sağlanamadığı yarı-başkanlık sistemleri de kuvvetlerin ayrılığı sistemleri içerisinde mütalaa edilir. Yarı-başkanlık sistemi, yürütmenin yapısı siyasal sorumluluk açısından parlamenter sisteme devlet başkanının göreve gelişi usulünde ise başkanlık sistemine benzer bir yapıdadır. Sistemin diğer iki sistemden bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi ya da her iki sistem arasında bir melez yapıda olması noktasında da tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmada yarı-başkanlığın diğer iki sistemden ayrı ve bağımsız bir kategori olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilecek ve bu hususlaki tartışmalara ileride değinilecektir.

II- TÜRK ANAYASALARINDA HÜKÛMET SİSTEMLERİ

A- KANUN-U ESASÎ DÖNEMİ

Türk Anayasacılığının başlangıcı sayılan Sened-i İttifak 19. yüzyılın başlarında imza edilmiş bir metindir. Aynı yüzyılda Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'nın kabulü ile devam eden süreç II. Abdulhamid'in 23 Aralık 1876 tarihinde ısdar ettiği ferman ile yazılı bir anayasa ile neticelenmiştir. Hukuki biçimi itibarıyla bir ferman olan anayasada modern anayasalarda olduğu gibi devletin temel kuruluşu yasama, yürütme ve yargı şeklinde örgütlenmiştir.[22] Hükûmet sistemine ilişkin yapılacak bir değerlendirme ise yasama ve yürütmenin anayasada nasıl düzenlendiğine bakılması neticesinde ortaya çıkacaktır.

1. Yasama-Yürütme İlişkisi ve Hükûmet Sistemi

1876 Anayasasına göre yasama organı iki meclisten oluşan bir yapıdadır. Meclis-i Umumi, Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan'dan oluşan bir yapılanmadır. [23] Yürütme organı için öngörülen yapılanma da iki kanatlıdır. Yürütme organının başı olarak Padişah ve yanında Heyet-i Vükela birlikte yürütmeyi oluşturmaktadırlar.

---

[21] Gözler, 2011, (C. 2), s. 553.

[22] Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, 3. Baskı, s. 49.

[23] Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku,* Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 17.

Anayasanın ilan edilmesiyle birlikte şeklen yürütme organında ikili bir yapılanmanın bulunması, hükûmet sisteminin parlamenter bir işleyişe sahip olması neticesini ortaya çıkarmamaktadır. Yürütmenin yapısı itibarıyla parlamenter sistemle örtüşen yapılanmanın, yürütmenin göreve gelişi ve siyasal sorumluluk noktasından yapılacak değerlendirmede parlamenter sistemle ilgisinin bulunmadığı anlaşılır.

Yürütme organına ilişkin anayasada kayıt altına alınmış bir düzenleme olarak evvela zikredilmesi gereken husus, yürütmenin başı konumundaki padişahın veraset yoluyla göreve gelmesidir. Dolayısıyla devlet başkanı kabul edebileceğimiz padişahın göreve gelişinde herhangi bir şekilde yasama organının inisiyatifi bulunmamaktadır. Bu durum devletin monarşik niteliğinin devam ettiği anlamına gelir.[24] Yürütmenin diğer kanadı olan Heyet-i Vükela'nın göreve gelişine bakıldığında da yasama organının herhangi bir şekilde söz sahibi olmadığı görülür. Bütün vekiller Padişah tarafından atanırlar ve görevden alınırlar. Vekillerin anayasa hükümleri ışığında sorumlulukları da padişaha karşıdır. Bu noktada yasama organına karşı herhangi bir sorumluluk taşımazlar.[25]

Kanun-u Esasî'nin yasama ve yürütme ilişkileri bağlamında öngördüğü yapıda siyasal iktidarı kullanan organlar olarak yasama ve yürütme açısından bir kuvvetler birliğinin mevcut olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yürütme yetkisinin kullanımına tam anlamıyla hâkim olan padişahın yasama sürecinde de çok önemli yetkileri bulunmaktadır.[26] Siyasal iktidarın sınırlarının belirlenmesinde ağırlık merkezinin padişahta bulunması neticesinde ise son sözün padişahta olduğu rahatlıkla söylenebilir.[27] Yargı organını ilgilendiren hükümleri dışarıda bırakacak olursak, siyasal iktidarın kullanılmasında kuvvetler birliğine dayalı bir mutlak monarşiden anayasal hükümler bağlamında bahsetmek mümkündür.

2. 1909 Anayasa Değişikliği ve Dönüşüm

1876 yılının sonlarında ilan edilen Kanun-u Esasî, uzun süreli bir uygulamadan yoksun kalarak bir yılı geçkin bir zaman diliminin ardından etkisiz hâle gelmiştir. Anayasanın ilanında önemli bir rolü olan

---

[24] Gözler, 2019, s. 45, Tunç, 2018, s. 16, Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, 2. Baskı, s. 169.

[25] Tunç, 2018, s. 17, Gözler, 2019, s. 55, Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri,* Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020, 34. Baskı, s. 138.

[26] Yürütmenin tam hâkimi konumundaki Padişah, anayasa hükümlerine göre meclisin çalışma sürelerinin belirlenmesinde de yetki sahibidir. Meclis başkan ve başkan adaylarının önerilenler içerisinden padişah tarafından atanması, kanun tekliflerinin padişahın iznine tâbi olması ve padişahın mutlak veto yetkisine sahip olması bu bağlamda zikredilebilecek önemli yetkilerdir. Tunç, 2018, s. 18, Tanör, 2020, s. 139-140.

[27] Tunç, 2018, s. 17, Tanör, 2020, s. 143.

Mithat Paşa'nın sürgüne gönderilmesi, seçimler neticesinde işlemeye başlayan yeni yapıda Padişah ve Meclis-i Mebusan arasındaki gerginlikler ve kısa süre sonra patlak veren 93 Harbinin ağır bir mağlubiyet ile sona ermesinin etkisiyle, Padişah II. Abdulhamid 14 Şubat 1878 tarihinde Meclis-i Umumi'yi tatil etmiş ve toplantıya çağırmamıştır.[28]

Anayasanın fiilen uygulanmaması neticesini doğuran Meclis'in süresiz tatil edilmesi, sonraki dönem uygulamaları ile birlikte meşrutiyet taraftarlarını harekete geçirmiş ve gizli cemiyetlerin faaliyetleri ile bu yönde bir mücadele başlamıştır. Bu mücadelenin neticesinde Padişah 23 Temmuz 1908'de Meclis'i tekrar toplantıya çağırma kararı almış ve fiilen uygulanmayan Anayasa için bu durum son bulmuştur.[29]

Meclis'in tekrar açılması ile birlikte uygulanmaya başlayan Anayasa'da 1909 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin birçok farklı konuyu ilgilendiren yönü bulunmakla birlikte hükûmet sistemi bağlamında söylenecekler konumuz açısından önem taşımaktadır. Kanun-u Esasî'nin ilk hâlinde siyasal iktidarın kullanılmasında Padişahın merkezde yer aldığı ifade edilmişti. Yürütme yapılanmasında parlamenter sisteme benzerlik bulunmakla birlikte sistemin bir kuvvetler birliği görüntüsü oluşturduğu da bu tespite eklenmişti. Anayasa değişikliği ile birlikte yasama ve yürütmenin konumundaki önemli farklılaşma hükûmet sistemi bağlamında da dikkat çekmektedir.

Yapılan anayasa değişikliği ile ilgili öncelikli söylenmesi gereken; yürütme yapılanmasının muhafaza edildiğidir. Yürütmenin göreve gelişi açısından ise özellikle Heyet-i Vükela'yı ilgilendiren önemli değişiklikler söz konusudur. Yürütmenin bir kanadını oluşturan Padişah monarşinin muhafazası ile birlikte hâlâ ırsî yollarla göreve gelmektedir. Heyet-i Vükela'nın göreve gelişi ve sorumluluğu noktasındaki değişikliklerde ise dikkat çeken nokta kuvvetler ayrılığı izlerinin bulunmasıdır.[30] Bu durumda hükûmet sisteminin işleyişi de parlamenter sisteme benzemektedir.

Heyet-i Vükela'nın göreve geliş biçimdeki değişiklik parlamenter sistemin varlığının bu bağlamdaki ilk dayanak noktası olmaktadır. Artık sistem içindeki başbakan sayılan sadrazam Padişah tarafından atanmakta ve diğer vekiller ise sadrazam tarafından seçilmektedir. Değişiklik ile birlikte heyet artık padişaha karşı değil Meclis-i Mebusan'a karşı

---

28 Eren, 2020, s. 174-175, Gözler, 2019, s. 57.

29 Gözler, 2019, s. 58, Eren, 2020, s. 176.

30 Koçak'a göre 1909 değişikliklerinin önemi, egemenliğin padişah ve millet arasında paylaştırılmasında yatmaktadır. Koçak, Mustafa, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik: Eski Kavramlar-Yeni Kavramlar,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 178.

sorumludur ve kolektif ve bireysel sorumluluk esasları da benimsenmiştir.[31]

1909 değişiklikleri ile birlikte yürütmenin konumundaki değişiklik ile birlikte ağırlık merkezinin padişahtan Heyet-i Vükelaya kaydığı söylenmelidir. Bu durumda siyasal iktidarın kullanılmasındaki baskın konumun padişah açısından kaybolduğu noktada kuvvetler ayrılığının izleri bulunabilir. Anayasanın ilk hâlinde mutlak sayılabilecek nitelikteki monarşi de değişikliğin ardından meşruti bir hâle gelmiştir.[32]

B- 1921 ANAYASASI DÖNEMİ

I. Dünya Savaşı'nın ardından imza edilen Mondros Mütarekesi, Osmanlı İmparatorluğu açısından bir bakıma sonun yaklaştığının habercisidir. Yıkılmakta olan devletin yerine bu coğrafyada var olma iradesinin somutlaşması açısından da önem taşıyan Mütareke bir yönüyle bu uğurdaki mücadeleyi de hızlandıran bir etki göstermiştir. Tarihi tecrübe itibarıyla Anadolu coğrafyasında devletsiz var olunamayacağı kabulünden hareketle bağımsızlık amacının aynı zamanda yeni bir devlet kurulması ile bir tutulduğunu da ifade etmek gerekir.

Yeni bir devletin temellerinin de atıldığı Kurtuluş Mücadelesi döneminde devletin kurulacağı temel ilkenin egemenlik hakkı ile yakından ilgisi bulunmaktadır. Bu yönüyle Osmanlı Devleti'nin yıkılması, esas itibarıyla savaş neticesinde tasfiye edilen eski düzenin temel noktalarından ayrılmayı da ifade etmektedir. Bu bağlamda savaş sonrası mağlup devletlere teşmil edilebilecek biçimde gerçekleşen egemenliğin kullanımındaki değişim, savaşın önemli siyasal neticelerinden bir tanesidir.[33]

Milli hâkimiyet ilkesinin dönem açısından ortaya konulan çabanın temel hareket noktasını oluşturması aynı zamanda ilkenin meşruiyetini kuvvetlendirmesi neticesini de içerisinde barındırmaktadır. Kurtuluş Mücadelesi'nin önemli sayılabilecek iki temel noktasını oluşturan Meclis'in açılması ve 1921 Anayasasının kabulü de bu bağlamda değişen siyasal meşruiyet anlayışının ortaya konulması bakımından önem arz eder. Kongreler dönemiyle başlayan değişimin yönü Meclis'in açılması ile birlikte kurumsal bir işleyiş zeminine de kavuşmuştur. Siyasal işleyişin merkezindeki Meclis, kullandığı yetkiler itibarıyla ve Kurtuluş Mücadelesi'ndeki konumu ile bir nevi yeni kurulan devlet ile

---

[31] Gözler, 2019, s. 61.

[32] Döner, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 39, Eren, 2020, s. 179, Gözler, 2019, s. 61.

[33] Hacıfettahoğlu, Murat, *Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi Dönemi Siyasal Rejimi ve Anayasal Düzeni,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 45-46.

özdeşleşmiş gibidir.[34] Yeni devleti kuran Meclis'in ise dayandığı temel ilke milli hâkimiyet ilkesidir. Milli hâkimiyetin tek temsilcisi olan meclisin bu özelliği dolayısıyla siyasal iktidarı tümüyle kullanan bir yapıyı benimsemiş olması da dikkati çeker. Siyasal iktidar tümüyle meclis tarafından kullanıldığından hem yasama hem de yürütme kuvvetleri de mecliste birleşmiş olmaktadır. Meclis açıldıktan sonra bir yıl dolmadan önemli bir mesai neticesinde kabul edilen 1921 Anayasası da, bu süreci yönlendiren temel ilkeyi anayasal zeminine kavuşturmuştur.

1. Anayasal Esasların Hükûmet Sistemi ile İlgisi

Birinci Meclis açıldıktan sonra meclisin üstünlüğü kabul edilmiş olmakla birlikte alınan önemli kararlardan ikisi yürütmeyi ilgilendirmektedir.[35] Meclis tarafından alınan kararların nasıl icra edileceğine cevap veren bu tasarruflarla icra organına kalıcı bir statü kazandırılıyor ve meclis üstünlüğü ilkesi kabul edilmiştir.[36] Bu yönüyle Meclis üstünlüğü ilkesi 1921 Anayasasının kabulü ile birlikte kuruculuk vasfının da bir özelliği hâlini almaktadır.

a. Teorik Yasama Üstünlüğü ve Meclis Hükûmeti Sistemi

Meclis hükûmeti geniş anlamda parlamenter sistemde meclisin bakanlar kurulu karşısındaki hâkimiyetinin ifadesi olurken dar anlamıyla kuvvetler birliğine dayanan bir hükûmet sistemi modeline işaret eder.[37] Çalışma bağlamında dar anlamıyla meclis hükümeti sitemine yakından bakmak gerekir.

Kuvvetlerin yasama organında birleştiği meclis hükûmeti sisteminde, meclis sürekli toplantı halindedir; çünkü yürütme işleri de meclis tarafından gerçekleştirilmektedir ve yürütme faaliyeti doğası gereği süreklilik gösterir.[38] Yürütmenin yasama tarafından istenilen vakitte görevden alınabilmesi, yürütme kararlarının yasama tarafından iptal edilebilmesi ya da değiştirilebilmesi, bunun karşısında yürütmenin yasama faaliyetlerine etki edememesi meclis hükûmeti sisteminin yürütme ve yasama ilişkileri bağlamında dikkate alınacak özellikleridir.[39] Bu özellikle dikkate alındığında yasama organı karşısında bağımlı bir

---

[34] Hacıfettahoğlu, 2016, s. 124.

[35] Kuvve-i İcraiye Teşkiline Dair Heyet-i Umumiye Kararı, Karar No 5, 25.04.1920, Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun, 02.05.1920.

[36] Tanör, 2020, s. 237.

[37] Turhan, Mehmet, "Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, 1991, s. 456. Teziç, 2016, s. 473

[38] Başgil, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku (Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri), Baha Matbaası, İstanbul, 1960, s. 299-300.

[39] Özbudun, 1992, s. 51-55, Turhan, 1991, s. 456.

yürütmenin varlığı dikkati çekmektedir. Teorik olarak yürütme şeklinde isimlendirilen aslında yürütme işlerini icra etmekle görevli meclise bağımlı bir yapının varlığı söz konusudur. Esasen yürütme işlerinin icrası da aşırı güçlenmenin önlenmesi amacıyla tek bir kişiden ziyade bir heyete verilmiştir.[40] Meclis kendi kendisini toplantıya çağırabilir ve öz fesih hakkına sahiptir. Bu noktada da yürütmenin herhangi bir yetkisi bulunmaz.

Meclis hükûmeti sisteminin yürütmenin yasama karşısındaki bağımlı konumunu ilgilendirmeyen bir özelliği daha bulunmaktadır. Bu özellik de sistem içerisinde bir devlet başkanının bulunmamasıdır.[41] Meclis bu sistemde siyasal iktidarın kullanılması bağlamında devlet yönetimini elinde bulunur ve aynı zamanda devletin temsili de meclis tarafından gerçekleştirilir. Bu durumda da ayrıca bir temsil makamına ihtiyaç bulunmaz.[42]

1921 Anayasası'nın yasama ve yürütme ilişkilerini ilgilendiren hükümlerine bakıldığında, teorik olarak meclis hükûmeti sistemi ile kuvvetli bir ilginin var olduğu görülür. Anayasanın 2. maddesinde kuvvetler birliğinin varlığı ve kuvvetlerin yasama organında birleştiği kabul edilmektedir: *"İcra kudreti ve teşri salahiyeti milleti yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisi'nde tecelli ve temerküz eder".* Anayasanın 3. maddesinde ise "Büyük Millet Meclisi Hükûmeti" nin devleti idare edeceği, kanunları da meclisin icra edeceğinin kayıt altına alınması ile yürütme işlerinde de yasama organının üstün konumda olduğu ifade edilmektedir.[43]

Anayasanın 8. madde düzenlemesi de yasama yürütme ilişkilerinde meclisin açık üstünlüğünü ortaya koyar: *"Büyük Millet Meclisi, hükûmetinin inkısam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihap kerdesi olan vekiller vasıtası ile idare eder. Meclis icrai hususat için vekillere veçhe tayin ve ledelhace bunları tebdil eyler".* Meclisin açılmasıyla birlikte yürütme işlerini görecek bir heyetin oluşturulması düzenleme ile anayasal nitelik kazanmakta, meclisin vekiller marifetiyle yürütme işlerini gördüreceği hüküm altına alınmaktadır. Meclisin vekillere çalışmalarında yön tayin edebileceği ve gerektiğinde vekilleri değiştirebilmesi meclis hükûmeti sistemi ile uyuşan diğer noktalardır.[44] 1921 Anayasasında devlet başkanlığı makamının düzenlenmemiş

---

40 Turhan,1991, s. 456.

41 İstisna değerlendirmesi için bkz. Özbudun, 1992, s. 53.

42 Başgil, 1960, s. 299.

43 Arsel, İlhan, *Türk Anayasa Hukuku,* Mars Ticaret ve Sanayi A. Ş. Matbaası, Ankara, 1959, s. 59.

44 Özbudun, 1960, s. 60,

olması[45], meclisin amacın temin edilmesine kadar sürekli çalışacak olması da meclis hükûmeti sisteminin anayasa ile öngörüldüğünün diğer işaretleridir.

b. Siyasal İşleyişin Yönü: Yürütmenin Üstünlüğü

1921 Anayasasında yasamanın bariz üstünlüğünün söz konusu olduğu bir kuvvetler birliği tasarımı mevcuttur. Anayasa hükümleri göz önüne alındığında bu üstünlüğün meclis hükûmeti sistemini ortaya çıkardığı ifade edilmektedir. Bu özellikler ışığında siyasal işleyişte de yasama organının üstünlüğünün somutlaşması gerekmektedir. Değişen siyasal meşruiyet anlayışı ile birlikte millî hâkimiyet ilkesinin somutlaştığı yer olarak meclisin bu dönemdeki faaliyetlerine bakıldığında ise zıt bir durumun mevcut olduğu söylenmelidir.

Anayasa ile öngörülen hükümlerin uygulamada zıt bir şekle bürünmesindeki temel sebep, kuvvetler birliğinin yasama üstünlüğü ön planda olmak suretiyle sağlanamamış olmasında yatmaktadır.[46] Teorik özelliklerine bakıldığında siyasal iktidarı bütünüyle ve tek başına kullanması tasarlanmış olan yasama organı, uygulamada yürütme organının genişleyen inisiyatifi ile karşılaşmıştır. İcra Vekilleri Heyeti'nin yürütme işlerini icra ederken daha pasif bir konumda bulunması ya da diğer ifadesiyle yürütme işlerinde de olması beklenen yasama hâkimiyeti, uygulamada heyetin yürütme işlerini bizzat icra etmesi şeklinde gerçekleşmiştir.[47] Yürütme işlerinin vekiller tarafından bu şekilde üstlenilmesi de doğal olarak yasama üstünlüğünün kaybolması neticesini ortaya çıkarmaktadır. Yasama ve yürütme arasında uygulamada aslında birlikten ziyade ayrılığın sezildiği ve sistemin de parlamenter sistem benzeri bir şekilde işlediği görülmektedir.[48]

Bir devlet başkanlığı makamının anayasada düzenlenmemiş olması uygulamada Meclis Başkanının sivrilmesi şeklinde tezahür etmiştir. Hem Meclis adına imza yetkisine sahip olan hem de vekiller heyetinin başkanı olan Meclis Başkanı bu konumuyla bir nevi parlamenter sistemdeki devlet başkanına benzemektedir.[49] Anayasa hükümlerine bakıldığında yasama karşısında bağımlı bir kurul konumundaki vekiller heyetinin siyasal sorumluluk noktasındaki pozisyonu da yürütmenin inisiyatif aldığının başka bir işareti olarak

[45] Bu durum 29 Ekim 1923 tarihli anayasa değişikliğine kadar sürmüştür. Değişiklik ile birlikte cumhuriyet ilan edilmiş ve cumhurbaşkanlığı makamı da oluşturulmuştur. Hacıfettahoğlu, 2016, s. 144.

[46] Özbudun, 1992, s. 63, Tanör, 2020, s. 270.

[47] Özbudun, 1992, s. 63, Tanör, 2020, s. 270.

[48] Turhan, 1991, s. 459.

[49] Özbudun, 1992, s. 66, Tanör, 2020, s. 272.

değerlendirilebilir. Bireysel ve kolektif sorumluluğun net bir biçimde uygulamada görülmesi vekillerin dayanışması açısından da dikkate değerdir.[50]

İcra Vekiller Heyeti'nin yasama gündemini belirleme noktasındaki faaliyetleri[51] ve Meclis'te siyasal grupların kurulmasıyla başlayan sürecin[52] ortaya çıkardığı durum, siyasal işleyişte yürütmenin sivrilmesidir. Tek başına inisiyatif alabilen, sayıca üstün bir grubun varlığıyla yasama faaliyetlerini yönlendiren[53] icra vekilleri heyeti, esasen meclis üstünlüğünün uygulamada mevcut bulunmadığını ortaya koymaktadır. Meclis başkanının konumu da göz önüne alındığında kuvvetler birliğine dayalı meclis hükûmeti sisteminden ziyade parlamenter sisteme yakın bir uygulamanın varlığı da dillendirilmelidir.

2. Meclis Hükûmeti Sisteminin Açmazı ve 1921 Anayasası

Kuvvetlerin yasama organında birleşmesiyle söz konusu olan meclis hükûmeti sistemini ilgilendiren değerlendirmelerde dikkat çeken nokta, sistemin az sayıda incelemeye konu olmasıdır. Hükûmet sistemleri gibi hatırı sayılır bir literatür zenginliğine sahip bir başlıkta bu sistemin az sayıda incelemeye konu olmasının altında bazı sebepler yatmaktadır. Esas itibarıyla bu sebeplere ilişkin değerlendirmeler, sistemin hem ayırıcı unsurlarının belirlenmesinde hem de teorisi ile pratiği arasındaki taban tabana zıtlığı ortaya koyması noktasında önemli ipuçlarını içerisinde barındırmaktadır. Sistemin teorisi ile uygulaması arasındaki zıtlık 1921 Anayasası açısından da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Turhan ve Özbudun'a göre meclis hükûmeti sisteminin literatürde fazlaca yer bulmamasının sebepleri şu şekildedir: - Siyaset biliminde kurumsal yaklaşıma olan ilginin azalması, - Sistemin uygulama örneklerinin az olması ve örneklerin kısa süreli oluşu, - Fransa'daki

---

[50] Meclisin açılması ile söz konusu olan bireysel ve kolektif sorumluluk bahsi uygulamada anayasa kabul edildikten sonra da gözlenmektedir. Özbudun, 1992, s. 70.

[51] Birinci Meclis Dönemi (23 Nisan 1920-11 Ağustos 1923) faaliyetlerine bakıldığında çıkarılan kanunların üçte ikisinden fazlasının vekiller heyeti tasarılarından oluştuğu görülür. Çoker, Fahri, *Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve T.B.M.M. I. Dönem,* C. I, TBMM Yayınları, Ankara, 1994, s. 780.

[52] Meclis çalışmalarında verimin artması ve karar alımında yeknesaklığın sağlanabilmesi açısından Mustafa Kemal Paşa tarafından kurulan Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu marifetiyle meclis çalışmaları önemli ölçüde yönlendirilmiştir. Özbudun, 1992, s. 73-74, Tanör, 2020, s. 272.

[53] Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu'nun kurulmasının ardından kurulan ve İkinci Grup olarak bilinen mebusların sayıca azlığı İcra Vekilleri Heyeti'nin Meclis'teki otoritesini kuvvetlendirmiştir. Özbudun, 1992, s. 74.

uygulamanın olumsuz etkileri[54], - Meclis hükûmeti sistemi ile parlamenter sistem arasındaki ayrım noktalarının net olmaması.[55]

Meclis hükûmeti sisteminin az sayıda örneğinin bulunması,[56] sistemin uzun süreli uygulamadan yoksun kalması ile birlikte değerlendirildiğinde sistemin ayrıcı unsurlarının netleşmesini engellemiştir. Bu durumda ise teorik özellikleri noktasında uygulama ile tamamen farklılaşan bir uygulama, sistemin ayrıcı unsuru gibi değerlendirilmektedir. İşleyişin aldığı bu hâl meclis hükûmeti sistemi ile parlamenter sistemin farklarının ortaya konulmasını da zorlaştırmaktadır.

Yasama yürütme arasındaki ilişki dikkate alındığında siyasal iktidarın kullanımında ortaya çıkan yürütme üstünlüğü de yukarıda ifade edilenlerin bir sonucudur. Sistemin hem az incelenmesinin gerekçeleri hem de teorisi ve uygulaması arasındaki zıtlıklar birbiri ile eş zamanlı bir neden sonuç ilişkisine sahip gibidir. Az incelenmiştir çünkü örneği azdır. Örneği azdır çünkü örneklerin tamamında öngörülen yasama üstünlüğü yürütmenin üstünlüğüne evrilmiş ve ayrıcı unsurlar doğrulanma imkânından yoksun kalmıştır.

1921 Anayasası dönemi açısından da yasama yürütme ilişkileri bağlamında söylenecekler yukarıdakilerle paralellik arz eder. Sistemin teorik özellikleri anayasa hükümlerinden de net bir biçimde çıkarılmaktadır. Lâkin uygulamadaki görünüm anayasa hükümlerine zıtlık göstermiştir. Siyasal iktidarın kullanımına Vekiller Heyeti hâkim olmuş, öngörülen yasama üstünlüğü gerçekleşmemiştir. Yasama yürütme ilişkileri dikkate alındığında Meclis Başkanının konumu, siyasal grupların oluşmaya başlaması, Vekiller Heyeti'nin sorumluluğu gibi hususlar, sistemin aynı zamanda parlamenter sistem benzeri bir uygulamaya sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumu ise meclis hükûmeti sisteminin doğrulanamayan ayrıcı unsurları bağlamında doğal bir netice olarak kabul etmek gerekir.[57]

---

[54] Turhan, 1991, s. 453, Fransa'da konvansiyon döneminde meclis üstünlüğünü sağlayabilmek için birçok tedbirin öngörülmesine rağmen kısa sürede Kamu Selameti Komitesi'nin yetkileri eline alması ve bir terör ortamının doğuşu meclis hükûmeti sisteminin olumsuz çağrışımını ortaya koyar. Göze, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler,* Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2011, 13. Baskı, s. 588.

[55] Özbudun, 1992, s. 56.

[56] Meclis hükûmeti sisteminin az sayıdaki örnekleri şu şekilde sayılabilir: İngiliz Uzun Parlamentosu, Fransız Ulusal Konvansiyonu, 1848 ve 1871 Fransız Kurucu Meclisleri, Büyük Millet Meclisi, I. Dünya Savaşı sonrasında kısa süreli olarak Baltık devletleri ile Polonya ve Avusturya. Başgil, 1960, s. 305, Turhan, 1991, s. 460, Özbudun, 1992, s. 57.

[57] Bu noktada akla ister istemez meclis hükûmeti sisteminin ayrı ve bağımsız bir kategoride değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu gelmektedir.

C- 1924 ANAYASASI DÖNEMİ

1921 Anayasası'nın öngördüğü hükûmet sisteminin teorik açıdan meclis hükûmeti sistemi ile açıklanması işleyişte ise yürütmenin üstün olduğu bir parlamenter sistem performansının ortaya konulduğuna değinilmişti. Bu iddianın ileri sürülmesindeki önemli gelişmelerden bir tanesini anayasadaki 1923 yılı değişiklikleri oluşturmaktadır. Değişiklik ile bir Cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulması ve bakanların Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek olması ile parlamenter bir cumhuriyete dönüşün başlaması söz konusudur.[58] Esasen Kanun-u Esasî dönemindeki 1909 değişiklikleri ile başlamış parlamenter tecrübeye tekrardan dönüldüğünü bu bağlamda ifade etmek gerekir. Aradaki fark ise ilkinin monarşik ikincisinin cumhurî nitelikte olmasıdır.

1924 Anayasasının yasama ve yürütme organını ilgilendiren düzenlemelerine bakıldığında bir karma hükûmet modelinin mevcut olduğu ifade edilir.[59] Meclis hükûmeti sistemi ile parlamenter sistem arasında bir sistemin var olduğu ifade edilen dönemde, anayasa hükümlerine bakıldığında her iki sistemin teorik özelliklerinin mevcut olduğu görülmektedir. Dolayısıyla hem meclis hükûmeti sistemine hem de parlamenter sisteme benzeyen özellikler anayasa açısından söz konusudur.

Anayasada meclis hükûmeti sisteminin var olduğu şeklinde yapılabilecek yorumlara şu hükümler kaynaklık eder:[60] Anayasanın 4. maddesinde Türk Milletinin ancak TBMM tarafından temsil edilebileceği ve egemenliğin yalnızca TBMM tarafından kullanılabileceği ifade edilmektedir. 5. maddede ise aynı 1921 Anayasasında olduğu gibi yasama ve yürütmenin mecliste toplandığı kayıt altına alınmıştır. Bu durumda zikredilen iki maddeye bakıldığında bir kuvvetler birliğinin kabul edildiği sonucuna ulaşabiliriz. Ayrıca kuvvetlerin yasamada birleşmesi söz konusu olduğundan bir meclis hükûmeti sisteminin varlığı teorik olarak ileri sürülebilir. Bu iddiayı kuvvetlendirecek bir diğer nokta da anayasanın 7. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Maddede meclisin hükûmeti her zaman denetleyebileceği ve düşürebileceği düzenlenmiştir. Hükûmete meclisi feshetme yetkisinin tanınmaması ile birlikte[61] bir başka meclis hükûmeti özelliğinin var olduğu ifade edilebilir.

---

58 Eren, 2020, s. 206.

59 Gözler, 2019, s. 87, Eren, 2020, s. 206.

60 Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, 18. Basım, s. 29, Gözler, 2019, s. 87.

61 Hükûmete bu yetkinin verilip verilmemesi anayasa görüşmelerinde tartışmaya konu olduktan sonra reddedilmiştir. Özbudun, 2018, s. 29.

Anayasanın meclis hükûmeti yanında parlamenter sisteme benzer özellikleri de mevcuttur.[62] Anayasada yürütme organının bir tarafta Cumhurbaşkanı diğer tarafta da Bakanlar Kurulu olacak şekilde ikili bir yapıda oluşu parlamenter sistem mantığına uygundur. Anayasanın 6. maddesine bakıldığındaysa, Meclis yasama yetkisini kendi kullanabildiği hâlde yürütme yetkisini yalnızca Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu marifetiyle kullanabilir. Yürütmenin göreve gelişi ile ilgili hükümlere bakıldığında da parlamenter sistem tasarımına uygun bir tercihin var olduğu görülür. Anayasanın 31. maddesinde; Cumhurbaşkanının Meclis Genel Kurulu tarafından seçilecek olması,[63] 44. maddeye göre de Başbakanın Cumhurbaşkanı tarafından, diğer bakanların da Başbakan tarafından seçilmesi ve Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı onayının ardından Meclisin güvenini alması gerekliliği bu duruma örnek verilebilir. İkili bir yapılanmaya sahip yürütme organının her iki tarafı da yasamadan kaynaklanmakta ve bakanlar kurulu siyasal açıdan sorumluluğu yine meclise karşı taşımaktadır. Ayrıca 46. maddeye bakıldığında hükûmetin kolektif sorumluluğunun net bir biçimde ifadesi de parlamenter sistem ile uyum içerisindedir.

Hem meclis hükûmeti sistemine hem de parlamenter sisteme benzeyen yukarıdaki özellikler dolayısıyla 1924 Anayasası ile bir "kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı"[64] tesis edildiği ve karma bir modelin mevcut olduğu ifade edilmiştir.[65] Özellikle meclis hükûmeti sistemine has özelliklerin varlığı bu yönde bir değerlendirmeye kaynaklık eder. Lâkin yürütme organının yapısı, göreve gelişi ve yasama organı karşısındaki sorumluluk durumuna göre yapılacak değerlendirmede esasında bir parlamenter sistemin mevcut olduğu ifade edilmelidir.[66] Teorik açıdan parlamenter sistemin ayırıcı unsurlarının varlığı yanında meclis hükûmeti sisteminin teorisi ve pratiği arasındaki farklılık da işleyiş açısından parlamenter sistemin varlığına delalet eder. Yukarıda da izah edildiği gibi 1921 Anayasasının hem ilk hâlinde hem de 1923 değişikliğinden sonraki hâlinde sistem fiilen bir yürütme üstünlüğü ortaya çıkarmıştır. Yürütme üstünlüğünün varlığındaki siyasal işleyişte siyasal iktidarın kullanımı da teorik açıdan gerçekleşmeyen meclis hükûmeti sisteminden ziyade parlamenter sisteme daha yakın bir şekilde olmuştur. Dolayısıyla hükûmetin meclisi feshedememesi ya da kuvvetlerin yasama organında birleşmesinin yanında egemenliğin yalnızca meclis tarafından kullanılacak olması yani meclisin mutlak

62 Özbudun, 2018, s. 29, Gözler, 2019, s. 87.

63 İlerleyen sayfalarda iddia edileceği üzere parlamenter sistemin varlığında devlet başkanının parlamento tarafından değil de halk tarafından seçilmesi, sistemi yarı-başkanlığa dönüştürmektedir.

64 Özbudun, 2018, s. 29, Eren, 2020, s. 206, Gözler, 2019, s. 87,

65 Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, 5. Baskı, s. 193.

66 Özbudun, Ergun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.22.

hâkimiyetinin öngörüldüğü bir tasarım, daha kuvvetli bir meşruiyet zeminine sahip olmasına rağmen 1921 Anayasası döneminde bile gerçekleşmemiştir. Bu yüzden 1924 Anayasası açısından yapılacak değerlendirmede de meclis hükûmeti sistemi özelliklerini bu pencereden değerlendirmek ve bir parlamenter sistemin mevcut olduğunu ifade etmek yanlış olmaz.[67]

D- 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

27 Mayıs 1960 tarihindeki askeri müdahalenin ardından 1 Sayılı Kanunla 1924 Anayasasının bazı hükümleri yürürlükten kaldırılmış Millî Birlik Komitesi kurulmuş ve ardından 157 sayılı Kanun ile bir Kurucu Meclis oluşturularak yeni anayasa hazırlıklarına başlanmıştır.[68] Kurucu Meclis tarafından kabul edilen tasarı 9 Temmuz 1961'de halkoylamasına sunulmuş ve kabul edilen metin 20 Temmuz 1961 tarihli Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.[69]

Yasama ve yürütmenin nasıl tasarlandığına ilişkin anayasa hükümlerine bakıldığında anayasa ile parlamenter sistemin kabul edildiği sonucuna varılır.[70] Hükûmet sisteminin tayini bağlamında yürütmenin yapısı, göreve geliş biçimi ve yasama organı karşısındaki sorumluluk durumuna bakıldığında parlamenter sistemin ayrıcı unsurlarının net bir içimde anayasada düzenlendiği görülmektedir.

1961 Anayasasının 6. maddesine bakıldığında yürütme görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği kayıt altına alınmıştır. Düzenlemede yürütmeden "görev" olarak bahsedilmesi dikkat çekmekle birlikte[71] konumuzu ilgilendiren nokta yürütmenin ikili bir yapıda düzenlenmiş olmasıdır. Yürütme organı bir tarafta Cumhurbaşkanı diğer tarafta Bakanlar Kurulu olacak biçimde yapılandırılmıştır.

Anayasanın 95. maddesinde, Cumhurbaşkanının maddede belirtilen şartları sağlayan adaylar arasından TBMM tarafından seçileceği belirtilmiştir. Bakanlar Kurulunun nasıl göreve başladığı da 102. maddede düzenlenmiştir. Başbakan TBMM üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır, bakanlar ise TBMM üyeleri ya da milletvekili seçilme yeterliğine sahip olan kişiler arasından Başbakan tarafından seçilir ve Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Bakanlar

---

67 Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 13. Baskı, s. 45.

68 Gözler, 2019, s. 103-104.

69 Gözler, 2019, s. 106.

70 Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı,* Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1977, 4. Baskı, s. 230.

71 Gözler, 2019, s, 109, Soysal, 1977, s. 231.

Kurulunun Millet Meclisi'nden[72] güvenoyu alması zorunluluğu da bulunmaktadır.

95. ve 102. Maddelere bakıldığında yürütmenin her iki kanadının da yasama organı tarafından seçildiği ve bakanlar kurulunun siyasal sorumluluğunun bulunduğu görülmektedir. Bu durumda yürütme yasamadan kaynaklanmakta ve bu yüzden hükûmet siyasal sorumluluğu da taşımaktadır. Hem yürütmenin yapısı hem teşkili hem de sorumluluğu noktasında yapılacak değerlendirme yolumuzu parlamenter sistemle kesiştirmektedir.

1961 Anayasası'nda yasama ve yürütme arasındaki ilişkide, yürütmenin yasamaya nazaran kullanabileceği yetkiler bağlamında zayıf bir konumda bulunması, parlamenter sistemin tam olmayan bir uygulaması şeklinde yorumlanmasına neden olmuştur.[73] Bir tepki anayasası niteliği ağır basan metinde yürütmeye ilişkin yetkilerin değerlendirmesiyle varılacak kanaatin sistemin parlamenter niteliğine bir etkisi olmadığının altını çizmek gerekir. Genel bir kabul olarak zaten siyasal iktidarı kullanan organların yetkilerinden ziyade birbirleri ile konumlarına bakmak suretiyle yapılacak değerlendirme sistemlerin niteliklerinin belirlenmesinde önem taşır. Buradan hareket edildiğinde eksik sıfatıyla nitelenebilecek olsa bile bir parlamenter sistemin varlığı 1961 Anayasası açısından söz konusudur.

E- 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 Anayasasının yürürlüğe girme sürecine benzer bir şekilde yürürlüğe girmiş olan 1982 Anayasasını selefinde olduğu gibi bir tepki anayasası şeklinde nitelendirmek mümkündür. 1961 Anayasasının kurmuş olduğu siyasal yapı içerisinde yürütme organı her ne kadar 1971 ve 1973 anayasa değişiklikleri[74] ile etkin hâle getirilmeye çalışılmışsa da uygulamada tecrübe edilen ciddi istikrarsızlık, 1982 Anayasası dönemindeki kurucu iktidar tarafından 1961 Anayasası ile ilişkilendirilmiştir.[75] 1961 Anayasası uygulamasında tecrübe edilmiş ciddi siyasal istikrarsızlığın tek başına sebebi olarak bizatihi anayasa hükümlerinin görülmesi dönem açısından eksik bir değerlendirme

---

[72] 1961 Anayasası yasama organını iki meclisli bir şekilde yapılandırmıştır. Anayasanın 63. Maddesine göre; "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu'ndan kuruludur*".

[73] Örneğin Akgül, yürütmenin yetki olarak değil de görev olarak nitelendirilmesini ve yürütmenin sadece kanunların uygulanması ile sorumlu bulunmasını eksik bir parlamenter sistem uygulaması olarak görmektedir. Akgül, M. Emin, *Hükümet Sistemleri Tartışması ve Türkiye Örneği,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 198-199.

[74] 1971 ve 1973 yıllarında yapılan anayasa değişikliklerinin önemli bir amacı da yürütmenin güçlendirilmesini temin etmektir. Gözler, 2019, s. 112.

[75] Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku,* Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019, 18. Bası, s. 10.

sayılmakla birlikte[76] anayasanın yürütmeye biçmiş olduğu rolün sınırlılığı da dikkatten kaçmamalıdır. Neticede siyasal tıkanıklık ihtimalinin ve istikrarsızlığın söz konusu olduğu durumlarda yürütme organının etkinliğinin azaldığı gözlemlenir. Girişte bahsedilen ve etkin bir yürütmenin anayasal yollarının aranması hususu da bu konuyla ilişkilidir.

1982 Anayasasının kurucu iktidarı, bir önceki dönem uygulamasını göz önüne almak suretiyle yürütmenin hem etkin hale getirilmesi hem de istikrarının sağlanması yönünde bir irade göstererek anayasayı bu yönde tasarlamışlardır.

1. Anayasada Yasama ve Yürütmenin Konumu

1982 Anayasasının hükûmet sistemi değişikliği neticesini doğuran değişikliklere kadar yasama yürütme ilişkileri bağlamında nasıl bir tercihte bulunduğu ve yürütme içerisindeki yetki dağılımlarını nasıl belirlediğinin ortaya konulması sistem tartışmalarına ışık tutacak niteliktedir. Sistem içerisinde özellikle devlet başkanına tanınan yetkilerin fazlalığı tartışmaların odak noktasını oluşturuyor olmakla birlikte, yürütmenin yapısı, göreve gelişi ve sorumluluğu bağlamında yapılacak değerlendirme, parlamenter geleneğin sürdürüldüğü şeklinde yorumlanmalıdır. Doktrinde sistemin parlamenter niteliğine ilişkin kabulün temel gerekçeleri, sistemin ayrıcı unsurlarının anayasada açıkça bulunabilmesinden kaynaklanmaktadır. Anayasada yürütmenin düzenlendiği 8. maddede yetkinin Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu arasında paylaştırılmış olması, 101. maddede TBMM'nin cumhurbaşkanını seçeceğinin kayıt altına alınması, bu bağlamda değerlendirilebilir.[77] Bakanlar kurulunun nasıl kurulacağını belirlendiği 109. madde ile hükûmetin göreve başlarken ve görevi devam ederken TBMM'nin güvenini taşıması gerekliliğinin söz konusu olduğu 110 ve 111. maddeler de bu bağlamda dikkate alınması gereken diğer hükümlerdir.[78]

a. Güçlü Yürütme Güçlü Devlet Başkanı

1982 Anayasası ile kabul edilen yasama yürütme tasarımına bakıldığında dikkat çeken husus yürütmenin önceki dönem anayasasına nazaran etkin ve istikrarlı kılınma çabasının varlığıdır. Anayasada öngörülen hükümlere bakıldığında yürütmeyi etkin ve istikrarlı kılmak ile esasında siyasal sürecin tıkanmasının önüne geçilmesi de

[76] Siyasi partilerin ideolojik kutuplaşmalarının yüksekliği, seçim sisteminin etkisiyle zayıf koalisyonların varlığıyla birleşince hem hükûmet hem de devlet otoritesi bu durumdan olumsuz etkilenmiştir ve bu sebepler hukukî olmaktan daha çok siyasal niteliktedir. Özbudun, 2018, s. 46.

[77] Yazıcı, Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri (Türkiye İçin Bir Değerlendirme),* İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, 4. Baskı, s. 125.

[78] Yazıcı, 2017, s. 125.

hedeflenmektedir.[79] Bu yöndeki hükümlere Özbudun'u takip ederek bakacak olursak bu yetkinin ilki, 1961 Anayasası döneminde kullanılması imkânsız bir yetki konumundaki[80] TBMM seçimlerinin yenilenmesi yetkisinin anayasada Cumhurbaşkanına tanınmasıdır.[81] Benzer nitelikteki bir diğer hüküm Cumhurbaşkanı seçimindeki tıkanıklıkları ortadan kaldıracak nitelikteki 102. madde düzenlemesidir.[82] Artık dört turdaki oylamalar neticesinde Cumhurbaşkanı seçilemezse TBMM seçimlerinin yenilenmesi söz konusudur. Benzeri bir düzenleme Meclis Başkanının seçimi açısından da söz konusudur. 1961 Anayasası dönemindeki üye tam sayısının salt çoğunluğu şartından vazgeçilerek dört turda seçimin tamamlanması hedeflenmiştir. Dördüncü turda adaylardan en fazla oy olan Meclis Başkanı seçilmiş olur. Genel olarak rasyonelleştirilmiş parlamentarizm araçları olarak ifade edebileceğimiz düzenlemelerin varlığı[83] yürütmeyi ilgilendiren diğer noktalar açısından da söz konusudur.

1982 Anayasasında çağdaş eğilimlere uygun düşecek bir tarzda yürütmenin güçlendirilmesi eğilimi benimsenmekle birlikte bu noktada parlamenter sistemin mantığı ile uyuşmayan bir tercih de anayasa hükümleri incelendiğinde dikkat çeker. Bu tercih devlet başkanına tanınan yetkilerin etkisi ve genişliği ile ilgilidir. Parlamenter sistemin klasik tasarımında yürütme organı içerisinde siyasal sorumluluğu taşıyan bakanlar kurulunun bu bağlamda yetki sahibi olması normaldir.

---

79 Özbudun, 2018, s. 62 vd.

80 Anayasanın 108. maddesinde düzenlenmiş olan şartların gerçekleşmesinin zorluğu yetkiyi de fiilen kullanılamaz hâle getirmiştir. Maddeye göre; *"Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü maddeleri uyarınca verilen güvensizlik oyu sebebiyle, onsekiz aylık bir süre içinde Bakanlar Kurulu iki defa düşmüş ve üçüncü defa güvensizlik oyu verilmiş olursa, Başbakan, Cumhurbaşkanından, Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesini istiyebilir. Bu istek üzerine, Cumhurbaşkanı, Meclislerin Başkanlarına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir...."*

81 1982 Anayasasının 116. Maddesine göre Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme yetkisi 1961 Anayasasına göre daha kolay şartlara bağlamıştır: *"Bakanlar Kurulunun, 100 uncu maddede belirtilen güvenoyunu alamaması ve 99 uncu veya 11 inci maddeler uyarınca güvensizlik oyuyla düşürülmesi hallerinde; kırkbeş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulamadığı veya kurulduğu halde güvenoyu alamadığı takdirde Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi üzerine kırkbeş gün içinde veya yeni seçilen Türkiye Büyük Millet Meclisinde Başkanlık Divanı seçiminden sonra yine kırkbeş gün içinde Bakanlar Kurulunun kurulamaması hallerinde de Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilir..."*

82 1961 Anayasasına göre Cumhurbaşkanı seçiminde ilk iki oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu çoğunluk sağlanamazsa sonra yapılacak oylamaların tamamında üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Özbudun, 2018, s. 63. 7. Cumhurbaşkanını seçmek üzere 22 Mart 1980 tarihinde toplanan TBMM, partiler arasında uzlaşma zeminin sağlanamaması dolayısıyla salt çoğunluğa ulaşılamadığından Cumhurbaşkanını seçmeyi başaramamıştır. Arslan, Esat, *Türk Parlamento Tarihi TBMM XVI. Dönem (1977-1980),* TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 12.

83 Bu bağlamdaki düzenlemelerin ayrıntısı için bkz. Özbudun, 2018, s. 63 vd.

Bu tasarım dolayısıyla devlet başkanının işlemleri onun siyaseten yetkisiz ve sorumsuz pozisyonu dolayısıyla bakanlar kurulunun kurucu tasarrufu ile etki kazanır ve yapılan işlemlerden bakanlar kurulu sorumlu olur. Dolayısıyla böylesi bir işleyişte bakanlar kurulunun güçlendirilmesi olağan kabul edilmelidir. [84]

Parlamenter sistemin ayrıcı unsurları ile birlikte var olduğu anayasada devlet başkanının yetkilerine bakıldığında[85] ise klasik parlamenter sistemden bir sapmanın olduğu ifade edilmelidir. Anayasada devlet başkanına niçin bu kadar geniş yetkiler verildiğini ise kurucu iradenin tavrında aramak gerekir. 1961 Anayasası dönemine karşı mevcut tepkinin yansımalarından biri de devlet başkanına tanınan yetkileri ilgilendirmektedir. Özellikle koalisyon dönemlerinin istikrarsızlığına ve ideolojik kutuplaşmaya işaret edilerek yürütme içerisinde güçlendirilecek taraf olarak devlet başkanının seçilmesi ve bunun açık ifadesi kurucu iktidarın tercihidir.[86] Bu noktada siyasal istikrarsızlık ve çekişmelerin önüne geçilmesinin çaresi devlet başkanının olması gerekenden fazla yetkilerle donatılması olarak

---

[84] Parlamenter sistemin genel tasarımında devlet başkanının güçlendirilmesine rağbet edilmez. Bu durumun sebebi ise yürütme içinde siyaseten sorumlu kanadı oluşturan başbakan ve bakanlar kurulunun esas güçlendirilmesi gereken taraf olduğuna kanaat getirilmesidir. Gül, 2017, s. 340-341.

[85] 1982 Anayasasının 104. maddesine bakıldığında, Cumhurbaşkanı'nın çok geniş yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Anayasa düzenlemesine bakıldığında Cumhurbaşkanının yetkilerinin yasama, yürütme ve yargıyı ilgilendiren bir şekilde tasnif edildiği görülür. Cumhurbaşkanının yasama ile ilgili görev ve yetkileri; 1. Yasama yılının ilk günü TBMM açılış konuşmasını yapmak, 2. TBMM'yi toplantıya çağırmak, 3. Kanunları yayımlamak, 4. Kanunları tekrar görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermek, 5. Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları halkoyuna sunmak, 6. Anayasa mahkemesinde iptal davası açmak, 7. TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek. Cumhurbaşkanının yürütme ile ilgili görev ve yetkileri: 1. Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, 2. Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, 3. Gerekli gördüğü hâllerde bakanlar kuruluna başkanlık etmek veya bakanlar kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak, 4. Yabancı devletlere Türk devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek 5. Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, 6. TBMM adına TSK'nın başkomutanlığını temsil etmek, 7. TSK'nın kullanılmasına karar vermek, 8. Genelkurmay başkanını atamak, 9. MGK'yı toplantıya çağırmak ve MGK'ya başkanlık etmek, 10. Başkanlığında toplanan bakanlar kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hâl ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, 11. Kararnameleri imzalamak, 12. Sürekli hastalık, sakatlık veya kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, 13. DDK üyeleri ile başkanını atamak ve bu kurula inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak, 14. YÖK üyelerini seçmek, 15. Üniversite rektörlerini seçmek, Cumhurbaşkanının yargı ile ilgili görev ve yetkileri: 1. Anayasa mahkemesi üyelerini seçmek, 2. Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek, 3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve vekilini seçmek, 4. Askeri Yargıtay üyelerini seçmek, 5. AYİM üyelerini seçmek, 6. HSYK üyelerini seçmek. Bu yetki ve görevlere ek olarak ayrıca anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.

[86] Özbudun, 2018, s. 61-62.

görülmüştür. Böylesi bir durumda devlet başkanına tanınan yetkilerin siyasal istikrara sağlayacağı katkı dönem itibarıyla doğrulanabilir nitelikte olmamakla birlikte, parlamenter sistem işleyişinin de farklılaşması söz konusudur.

b. Devlet Başkanının Yetkileri ve Parlamenter Sistem Tartışmaları

1982 Anayasası'nın, ilk hâliyle bir parlamenter sistem tesis ettiği değerlendirmesinin literatür açısından da geçerli olduğu ifade edilebilir.[87] Fakat Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler bağlamında anayasa ile kurulan sistemin niteliğine ilişkin tartışmaların mevcut olduğu da bir gerçektir. Esas itibarıyla bu noktadaki tartışmaların Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler bağlamında sistemin niteliğinin değişip değişmemesi açısından bir değeri bulunmaktadır.

1982 Anayasası ile 1961 Anayasasından farklı olarak daha güçlü bir yürütme öngörüldüğüne[88] ve yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanının güçlendirildiğine[89] yukarıda değinilmişti. Peki Cumhurbaşkanının sorumsuz ve yetkisiz konumda olması gerekirken, kendisine tanınan yetkiler sistemin niteliği bağlamında nasıl yorumlanmalıdır? Yürütmenin yapısı, göreve gelişi ve siyasal sorumluluk noktasından yapılan tespit, parlamenter sistemin varlığını net bir biçimde ortaya koyarken, Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin parlamenter sistemin niteliğini değiştirdiği şeklinde değerlendirmeler de mevcuttur.[90]

Anayasada Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin parlamenter sistem açısından bir sapmayı ya da anormalliği veyahut bir kendine özgülüğü ifade ettiği izahtan varestedir. Lâkin bu sıfatların hangi noktayı nitelediğine dikkat etmek gerekmektedir. Hükûmet sistemlerinin tasnifinde kullanılan kriterlerin mi yoksa bu kriterlere dayanılarak yapılan tespitin ardından sistem içi işleyişin mi nitelendiği esasında düğümün çözüldüğü yerle kesişmektedir. 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin fazlalığının yürütme organının

---

87 Eroğul, Cem, *Anatüzeye Giriş,* İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, 13. Bası, s. 329, Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 19. Bası, s. 235, Dal, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku,* Bilim Yayınları, Ankara, 1986, s. 145, Erdoğan, Mustafa, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset,* Liberte Yayınları, Ankara, 1999, 2. Baskı, s. 149, Hekimoğlu, Mehmet Merdan, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye,* Detay Yayıncılık, Ankara, 2009, s.189.

88 Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, 5. Baskı, s. 104.

89 Gül, 2017, s. 340.

90 Örneğin Tanör, Cumhurbaşkanının statüsünde yapılan değişiklik ile sistemin adeta bir yarı-başkanlık rejimi hâline getirildiğini belirtmektedir. Tanör, 2013, s. 112. Kuzu ise sistemin klasik parlamenter rejim ile yarı-başkanlık rejimi arasında kendine özgü "sui generis" bir nitelik arz ettiğini ileri sürmektedir. Kuzu, Burhan, "Türkiye İçin Başkanlık Sistemi -I-", Liberal Düşünce, C. 1, S. 2, 1996, s. 41.

yapısını değiştiren bir etkisi bulunmamaktadır. Benzer şekilde yetkilerin fazlalığına rağmen hem Cumhurbaşkanı hem de bakanlar kurulu, yani bir bütün olarak yürütme yasamadan kaynaklanmaktadır ve bakanlar kurulu hâlâ yasama organına karşı siyaseten sorumludur. Bu bağlamda Cumhurbaşkanının yetkileri parlamenter sistemin niteliğine bir etki etmemektedir. Buradan hareketle Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin sistemin niteliğinden ziyade sistemin işleyişini etkileyen bir yönü olduğunu da ifade etmek gerekir. Parlamenter sistemin işleyişinin farklılaşması ile sistemin farklılığı arasındaki ayrıma bu noktada dikkat edilmelidir. Esas itibarıyla hükûmet sistemlerinin tasnifinde atıf yaptığımız özellikler hareket noktası kabul edildiğinde, siyasal iktidarı kullanan organların yetkilerini sistemin niteliğinden ziyade işleyişi ile ilişkilendirmek daha sağlıklı bir tutum olur.

2. Yarı-Başkanlık Sistemine Geçiş

a. 2007 Anayasa Değişikliği ve Hükûmet Sistemindeki Değişim

1982 Anayasası uygulamasında 2007 yılında hükûmet sisteminin değişmesi neticesini içerisinde barındıran gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmelere yakından bakıldığında mevcut hükûmet sisteminin değişip değişmediği noktasında tartışmalar da söz konusudur. Tartışmalarda değişiklik ile birlikte parlamenter sistemin uygulamada olduğu ya da yarı-başkanlık sistemine geçiş yapılıp yapılmadığı değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmelere bakıldığında da esas itibarıyla Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin hareket noktasını oluşturduğu görülür. 2007 sonrası tartışmalarda Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin parlamenter sistemin niteliğine etki edip etmediği farklı bir şekilde yine gündem edilmekte, bu sefer farklı bir hükûmet sistemine geçilip geçilmediği değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır.

2007 yılında hükûmet sistemine ilişkin yapılacak değerlendirmeler 5678 sayılı Kanun'la 1982 Anayasası'nın 77, 79, 96, 101 ve 102. maddelerinin değiştirilmesiyle ilişkilidir. [91] Bu noktada hükûmet sisteminin değişip değişmediğine ilişkin tartışmalar Cumhurbaşkanının seçilmesi usulündeki değişiklik ile birlikte geniş yetkilere sahip konumunun varlığı oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanının seçilme usulünü değiştiren Anayasa md. 101'e göre: *"Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya*

[91] 11. Cumhurbaşkanının seçiminin Anayasa Mahkemesi'ne taşınması, Mahkeme'nin vermiş olduğu kararla birlikte anayasa değişikliğine giden süreci başlatmıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu iptal kararıyla Cumhurbaşkanının seçiminde toplantı yeter sayısı ile karar yeter sayısının bir anlaşılması gerektiğine hükmetmiş ve böylelikle Meclisin Cumhurbaşkanını seçmesini bir hayli zorlaştırmıştır. E. 2007/45 K. 2007/54 K.T. 01.05.2007.

bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir".

Parlamenter sistemin öngördüğü devlet başkanından daha fazla yetkilere sahip olan cumhurbaşkanının anayasa değişikliği ile birlikte artık halk tarafından seçilecek olması, hükûmet sisteminin niteliğine etki edip etmediği noktasında literatürde değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Değerlendirmelerde anayasanın ilk hâlinde yapılan tartışmalara benzer biçimde Cumhurbaşkanının yetkilerine fazla anlam yüklendiği görülür. Anayasa değişikliği sonrasında sistemin parlamenter niteliğini koruduğunu belirten yazarlarla birlikte, sistemin yarı-başkanlığa dönüştüğünü iddia eden yazarlar da değerlendirmelerinde Cumhurbaşkanının yetkilerini ön plana çıkarmaktadırlar.[92] Dolayısıyla yürütmenin esas itibarıyla göreve gelişi usulünde yapılan değişiklik fazlaca zikredilmeden Cumhurbaşkanının yetkileri, sistemin niteliğine etki etme noktasında değerlendirilmektedir. Bu noktada yürütmenin bir kanadının göreve gelişi yasama organı ile bağlantılı olmadığından bu değişimin sistemin niteliğine etkisinin öne çıkarılması gerekir.

2007 yılındaki anayasa değişikliğinin hükûmet sisteminin niteliğine etki edip etmediği hususunda yapılan değerlendirmelerde yetki bahsine yapılan vurgunun esasında yarı-başkanlık sisteminin ayırıcı unsurlarındaki netliğinin sağlanamaması ile de yakından ilgisi vardır. Sistemin teorik açıdan izahını yapan Duverger'in bu noktada belirlediği özelliklerin esas itibarıyla daha sonraki değerlendirmelere yaptığı etki de bu noktada önem taşır. Duverger yarı-başkanlık sisteminin nihai özelliklerini 1980 yılında yayımlanan makalesinde şöyle belirtmektedir: Genel oy marifetiyle seçilmiş bir devlet başkanı, devlet başkanına tanınmış önemli yetkilerin varlığı ve yasamanın güvenine dayanan bir bakanlar kurulu.[93] Tanımda devlet başkanının sahip olması gereken önemli yetkilerin içeriğine verilecek cevapların farklılığı böylesi bir uygulamada ayrı ayrı değerlendirmeyi gerektirirken, bir yanıyla da sistemin ayırıcı unsurlarının netleştirilmesini zorlaştırmaktadır.

Devlet başkanının ne içerikte yetkiye sahip olduğu ya da sahip olduğu yetkilerin hangi kritere dayanılarak önemli sayılacağı siyasal etkilerle önemli ölçüde şekillendiğinden, böylesi bir değerlendirme sübjektif kalmaktadır.[94] Bu durumda ise tanımlayıcı özelliklerin ortaya çıkması zorlaşmaktadır. Bu zorluğu dışlayacak şekilde halkoyuyla belirli süreliğine seçilen bir devlet başkanı ile yasama organına karşı sorumlu başbakan ve kabinenin varlığında yarı-başkanlık sistemin söz konusu

---

92 Her iki görüşü ilgilendiren değerlendirmelerin ayrıntısı için bkz. Saka, Abdulkadir, *Bölünmüş Hükûmet Olgusu ve Türkiye Örneği,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 187-192.

93 Duverger, Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", European Journal of Political Research, C. 8, S. 2, 1980, s. 166.

94 Elgie, Robert, "Semi-Presidentialism: Concepts, Consequences and Contesting Explanations", Political Studies Review, C. 2, 2004, s. 317.

olduğunu ifade etmek gerekir.[95] Bu tanımın tercih edilmesiyle devlet başkanına tanımlanan yetkilere ilişkin değerlendirmelerin sübjektifliği ve değişkenliği dışarıda bırakılır. Buradan hareketle yarı-başkanlığın parlamenter sistemden ayrı değerlendirilmesini gerektiren devlet başkanının halk tarafından seçilmesi noktasına da vurgu yapılmış olmaktadır. Çünkü yarı-başkanlıkta ne önemde yetkiye sahip olursa olsun yürütmenin bir kanadını oluşturan devlet başkanı parlamenter sistemdeki gibi yasama organı tarafından seçilmez. Halk tarafından seçilen devlet başkanının yetkilerine ise yarı-başkanlık sisteminin işleyişi bağlamında anlam yüklemek doğru olur.

Yarı-başkanlık sisteminin ayırıcı unsurlarının ortaya konulmasından hareket edildiğinde 2007 yılındaki anayasa değişikliği neticesinde hükûmet sisteminde farklılaşmanın söz konusu olduğu ifade edilmelidir. Farklılaşmanın Cumhurbaşkanının yetkilerinden ziyade seçilmesi usulüne dayanılarak ifade edildiğine dikkat çekilmelidir.

b. Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçilmesi ve Yarı-Başkanlık Sistemi

2007 yılında gerçekleşen anayasa değişikliği Cumhurbaşkanının seçilmesi usulünün değiştirilmesi dolayısıyla hükûmet sisteminde de teorik olarak farklılaşmayı beraberinde getirmektedir. Anayasa değişikliğinin teorik olarak sistem değişikliğini gerçekleştirdiği uygulamada ise hâlâ parlamenter sistemin mevcut olduğu bu noktada ifade edilmelidir. Aradaki bu farkın ise Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ile ilgisi bulunmaktadır.

2007 yılındaki anayasa değişikliğine ilişkin teorik özelliklere yukarıda değinilmiş olmakla birlikte değişikliğin yürürlüğü bahsi esas itibarıyla sistem değişikliğine ışık tutacak noktaları içerisinde barındırır. 2007 yılındaki anayasa değişikliği 21 Ekim 2007 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilmiş bir metindir. Bu tarihe kadar geçen sürede ise milletvekili genel seçimleri gerçekleştirilmiş ve yeni Meclisin önemli gündemi Cumhurbaşkanının seçimi olmuştur. 22 Temmuz 2007 tarihinde gerçekleşen seçimler neticesinde oluşan meclisin çalışmaya başlaması ile anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi arasındaki süreçte Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin yapılacak tercih, sonucu itibarıyla sistem değişikliği ihtimalini içerisinde barındırmaktadır.

TBMM'nin 23. Döneminin başlamasıyla birlikte Meclisin önemli bir mesaisini oluşturan yeni cumhurbaşkanının seçimi 28 Ağustos 2007 tarihinde gerçekleşmiş, anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden Cumhurbaşkanını TBMM seçmiştir.[96] Buradan hareketle Meclisin

[95] Elgie, Robert, "The Politics of Semi-Presidentialism", içinde Elgie, Robert (ed), *Semi-Presidentialism in Europe,* Oxford University Press, New York, 1999, s. 13.

[96] https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar898.html, Erişim Tarihi: 16.09.2021.

cumhurbaşkanını seçmesi ile yeni Cumhurbaşkanının görev süresi bitene kadar parlamenter sistem söz konusu olmaktadır. Çünkü yürütmenin her iki kanadı da yasama organından kaynaklanmaktadır.

Anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden Meclis tarafından seçilen 11. Cumhurbaşkanının görev süresinin dolması ve yeni Cumhurbaşkanının seçim sürecinin başlaması, yarı-başkanlığa geçiş anının tespiti bağlamında önem taşır. 11. Cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin tartışmaların[97] Anayasa Mahkemesi kararı ile yedi yıl olarak belirlenmesinin[98] ardından Cumhurbaşkanlığı seçim takviminin başlaması beklenmiştir. Dolayısıyla 2007 yılında 11. Cumhurbaşkanının seçiminin anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden tamamlanması halk tarafından seçim gerçekleştirilene kadar parlamenter sistemin mevcut olduğu şeklinde yorumlanmalıdır.

12. Cumhurbaşkanı için 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan seçim 1982 Anayasası uygulamasında bir ilkin de ifadesidir. İlk kez Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmiş, bu durum aynı zamanda parlamenter sistemin yarı-başkanlığa dönüşümünü de tamamlamıştır. Seçim neticesinde 12. Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan'ın 28 Ağustos 2014 tarihinde Meclis Genel Kurulu'nda yemin edip göreve başlamasıyla birlikte yarı-başkanlık sistemine geçiş tamamlanmıştır. Çünkü artık yasama organı karşısında sorumlu bir bakanlar kurulunun yanında yürütmenin diğer kanadı, halk tarafından seçilmiş ve göreve başlamıştır.

3. Hükûmet Sisteminin Yeniden Değişimi: Başkanlık Sistemi

a. 2017 Anayasa Değişikliği ve Hükûmet Sistemi

1982 Anayasasında ikinci kez hükûmet sistemi değişikliği 6771 sayılı Kanun marifetiyle başlamış bir sürece işaret eder. Kanun'un hükûmet sistemini ilk kez değiştiren 5678 sayılı Kanun gibi halkoylaması neticesinde kabul edilmesi de usul açısından bir benzerliği içerisinde taşır. Halkoylamasında kabul edilen değişiklikle hükûmet sistemi de değiştirilmiş olmaktadır. Yasama ve yürütme organlarının tamamen farklı bir şekilde yapılandırılmasıyla da bir bakıma Türk Anayasacılığı açısından da parlamenter gelenek terk edilmiş sayılabilir.

Yukarıda ayrıntısına değinilmiş olmakla birlikte 1982 Anayasası döneminde uygulama alanı bulan üç farklı hükûmet sistemi modelinden

[97] Tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Erdil, Kürşat/Keskinsoy, Ömer, "Cumhurbaşkanı'nın Görev Süresi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1, 2010, Aliefendioğlu, Yılmaz, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 94, 2011.

[98] E. 2012/30 K. 2012/96 K.T. 15.06.2012.

üçüncüsü 2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilmiş yeni hükümlerle ilişkilidir. Anayasada sırasıyla parlamenter sistemden yarı-başkanlık sistemine geçilmiş bu değişiklik ile de başkanlık sistemi tercihinde bulunulmuştur. 2014'te Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle yarı-başkanlık sistemine geçiş tamamlanmış devlet başkanının aşırı yetkili olduğu bir sistem uygulaması söz konusu olmuştur. Bu durum ise yarı-başkanlık sistemi açısından önemli gerilim noktalarını içerisinde barındırmıştır. Siyaseten sorumlu olan bakanlar kurulunun yanında ilk elden demokratik meşruiyeti haiz devlet başkanın varlığı güç bir birlikteliğe kapı aralamıştır. Kısa süreli yarı-başkanlık tecrübesinde Cumhurbaşkanı ve Başbakan arasında tecrübe edilmiş siyasal gerilimin[99] olumsuz yansımaları, yürütme içindeki çifte meşruiyetin zor yönetimi dolayısıyla 2017 anayasa değişikliği sürecini hızlandırmıştır.

Kapsamlı bir anayasa değişikliğini içeren 6771 sayılı Kanun'un maddelerine yasama yürütme ilişkileri bağlamında genel bir bakış atıldığında; yürütmenin yapısının değiştirildiği, yasama ve yürütme organlarının ikisinin birden seçimle göreve geleceği, gensorunun kaldırıldığı, kanun tasarısının kaldırıldığı, Cumhurbaşkanına düzenleyici işlem yapma yetkisini verildiği, yasama ve yürütmenin karşılıklı olarak seçimleri yenileme yetkisine sahip olduğu görülür.[100]

Kanunun hükûmet sistemini değiştiren noktaları da şu şekilde belirtilebilir: Öncelikle yürütme organının yapısının değiştirilmesi ile birlikte monist bir yapılanmanın öngörülmesi aynı zamanda başkanlık sisteminin ayrıcı unsurlarından da bir tanesidir.[101] Yürütmenin göreve geliş biçimi bağlamında da değişiklik başkanlık sisteminin ayırıcı unsurları ile uyum içerisindedir. Değişikliğin ardından tek kişiden oluşan yürütme organı halk tarafından seçilmektedir. Dolayısıyla yürütmenin yasamadan kaynaklanması durumu ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum aynı zamanda başkanlık sisteminde yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılığına işaret eder.[102] Yasama ve yürütme arasındaki ayrılık dolayısıyla yasamadan kaynaklanmayan bir yürütmenin varlığı aynı zamanda siyasal sorumluluk bahsinde de önemli bir değişimi içerisinde barındırmaktadır. Yasama ve yürütmenin ayrılığının bir başka boyutunu oluşturan bu durumda[103] yürütmenin kaynaklandığı yere karşı siyasal sorumluluğunun mevcut oluşu dolayısıyla yürütmenin yasama karşısında sorumlu olmaması söz

---

[99] Cumhurbaşkanı ve başbakan arasında yaşanmış siyasal gerilimin ayrıntısı ve değerlendirmesi için bkz. Saka, 2021, s. 202-211.

[100] Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Küçük, Adnan, *Türkiye'de Başkanlık Sistemi,* Adres Yayınları, Ankara, 2020, s. 172 vd.

[101] Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi,* Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 41.

[102] Gül, Cengiz, *Demokrasi Teorisi Açısından Başkanlık/Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratiklik Değeri,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 132.

[103] Uluşahin, 1999, s. 37.

konusudur. Parlamenter sistemde hükûmetin yasamadan kaynaklanması sebebiyle siyasal sorumluluğu ilk elden ona karşı taşıması karşısında başkanlık sisteminde bu sorumluluk halka karşı bulunmaktadır. Bu noktada seçimlerin yenilenmesi müessesinin değişiklik bağlamında bir istisna oluşturduğu izlenimi mevcutsa da bu ilk elden ve doğrudan bir sorumluluk sayılmaz. Seçimlerin yenilenmesi bağlamında ilerleyen sayfalarda ayrıca değerlendirme yapılacaktır.

b. Sisteme İlişkin Tartışmalar

Anayasa değişikliğinin gündem edilmesi ile birlikte genel olarak değişikliğin özel olarak da yeni hükûmet sisteminin tartışmalara ve eleştirilere konu olduğu görülür. Çalışmada özellikle yasama ve yürütme ilişkileri bağlamında hükûmet sistemlerine odaklanıldığından, anayasa değişikliği neticesinde hükûmet sisteminin niteliğine etki eden tartışmalara bu başlıkta değinilecektir.

2017 Anayasa değişikliğine ilişkin tartışmaları ve sisteme getirilen eleştirel iddiaları Gül ve Küçük'ü takip ederek şu şekilde ifade edebiliriz:[104] - Otoriter başkanlık itirazları, - TBMM'nin etkisiz denetim araçlarına sahip olduğu itirazı, - Partili Cumhurbaşkanlığı ve tarafsızlık noktasında getirilen itirazlar, - Kuvvetler ayrılığının sağlanamayacağına ilişkin itirazlar, - Ülkenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yönetileceği itirazı, - TBMM'nin bütçe yetkisinin etkisiz hâle getirildiği itirazı, - Seçimlerin yenilenmesi yetkisine getirilen itirazlar, - Cumhurbaşkanı'nın yapacağı atamalara TBMM onayının aranmamasına getirilen itirazlar.

Yukarıdaki genel başlıklar itibarıyla tasnif edilen eleştiri ve itirazların biri haricinde detaylı bir biçimde incelemesi bu noktada yapılmayacaktır. Seçimlerin yenilenmesi başlığının sistemin niteliğinin belirlenmesi noktasındaki ayırıcı unsurlar dolayısıyla değerlendirmesi yapılacaktır. Diğer eleştiri ve itirazların hepsinin bağlamı ve içerikleri ile bir mana taşımakla birlikte, bu eleştiri ve itirazların sistemin niteliğinin belirlenmesinde bir etkisinin bulunmadığı düşünülmektedir. Örneğin Cumhurbaşkanının yapacağı atamalarda TBMM onayının bulunup bulunmaması sistemi başkanlık sistemi olmaktan çıkartmaz ya da Meclis'in bütçe sürecinde etkisizleştirilmesinin yürütmenin yapısıyla, göreve gelişi ile ya da sorumluluğu ile ilgisi net bir biçimde kurulamaz. Geri kalan eleştirilerin tamamını başkanlık sisteminin işleyişi açısından değerlendirmek gerekir. Çeşitli parametreler ışığında ideal bir başkanlık yönetiminin tesis edilmesi gerekliliği şüphesiz istenen ve hedeflenen bir noktadır. İlgili eleştirileri bu bağlamda değerlendirmek ve sistem içi dengeyi sağlamak noktasında eleştirilerden faydalanmak daha doğru bir yaklaşım olur.

[104] Gül, 2019, s. 391 vd., Küçük, 2020, s. 328 vd.

Sistem içi tartışmalar açısından değerlendirilecek olan seçimlerin yenilenmesi[105] yetkisi esas itibarıyla yasama karşısında sorumlu bulunmayan ve bu yüzden siyaseten görevine son verilemeyecek sabit süreli yürütme ile benzer şekilde sabit süreli yasama organının varlığına etki edip etmediği yönünden değerlendirilmelidir. Yasama ve yürütmenin birbirinden ayrı olması gerekliliğinden hareketle karşılıklı olarak seçimleri yenileyebilme yetkisine sahip olması ve bu haliyle mevcut sistemin başkanlık sistemi sayılmayacağı yönündeki eleştiri,[106] yetkinin yasama ve yürütmenin birbirlerinin görevlerine son verememelerini ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır.

Seçimlerin yenilenmesi yetkisinin mevcut sistemi başkanlık olmaktan çıkaracağı iddiasına, yetkinin sistemi kendine özgü hâle getirdiği yaklaşımıyla mukabele edilmesi kanaatini taşımaktayız. Elbette başkanlık sisteminde yasama ve yürütmenin ayrılığı iki kuvvetin birbirinin görevine son verememesi anlamına gelmektedir. Lâkin bu noktadaki düzenleme ile gerçekten iki organdan birinin diğerinin görevini sona erdirmesine imkân tanınmadığını düşünmekteyiz. Cumhurbaşkanı ve Meclis'in seçimleri yenileme kararı alması durumunda, her ikisinin de seçimlerinin birlikte yapılması söz konusudur. Yani ister Cumhurbaşkanı ister Meclis seçimleri yenileme kararı alsın her halükârda ikisinin de görev süresi sonlanmış olmaktadır. Düzenleme neticesinde taraflardan biri, sadece diğerinin görevini sonlandıracak şekilde bir yenileme yetkisine sahip olsaydı, bu durumda sistemin niteliğinin değişip değişmediğine ilişkin bir değerlendirme yapılabilirdi. Kaldı ki yürütmeye tanınacak bu nitelikteki tek taraflı bir yetkinin diğer özelliklerin varlığında sistemi başkanlık olmaktan çıkarmaması da söz konusudur.[107]

Seçimlerin yasama ve yürütme tarafından karşılıklı olarak yenilenmesini, zikredilenler ışığında başkanlık sisteminin niteliğini değiştirmekten ziyade sistemden sapma olarak kabul etmek gerekir.[108] Diğer eleştiriler ile birlikte yapılan açıklamalar ışığında seçimlerin yenilenmesi düzenlemesi de sistemi başkanlık sistemi olmaktan çıkartmaktan ziyade sistemin işleyişine etki eden bir özellik olarak görülmelidir. Dolayısıyla 2017 Anayasa değişikliğinin hukuken ve fiilen yürürlüğe girmesi ile birlikte kendine özgü bir başkanlık sisteminin

---

[105] Yetkinin kullanımına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tunç, Hasan, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2, 2019, s. 583 vd.

[106] Gözler, 2019, s. 765, Okşar, Mustafa, *2017 Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 33-34.

[107] Uluşahin, 1999, s. 39.

[108] Benzer değerlendirme için bkz. Özbudun, 2018, s. 321, Coşkun, Vahap, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S.36, 2017, s. 24.

Türkiye açısından söz konusu olduğunu bu bağlamda ifade etmek gerekir.[109]

Sonuç

Hükûmet sistemleri konusu anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründe yeterince inceleme konusu yapılmış olmakla birlikte güncelliğini hâlâ muhafaza eden bir konumdadır. Hükümet sistemi modellerinin kuvvetler birliğine ve kuvvetler ayrılığına dayalı tasnifleri esas itibarıyla 20. Yüzyılın yarısına kadar teorik açıdan netlik kazanmış gibi görünmektedir. Bu noktada kuvvetler ayrılığına dayalı incelemelerin parlamenter sitem ve başkanlık sistemi ekseninde yoğunlaştığını da ifade etmek gerekir. Lijphart tarafından *deli gömleği*[110] nitelemesi yapılan bu durum karşılaştırmalı olarak sadece iki sisteme odaklanmak suretiyle yapılan incelemelere bir gönderme şeklinde de kabul edilebilir. Parlamenter sistem ve başkanlık sistemi haricinde kuvvetler ayrılığına dayalı başka bir modelin var olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler 20. Yüzyılın ikinci yarısında gündem edilmiştir. Bu noktada Duverger'in çabaları dikkat çekmekte ve yeni bir model olarak yarı-başkanlık sistemi ayırıcı özellikleri ortaya konulmak suretiyle ifade edilmeye çalışılmaktadır.

Hükûmet sistemlerinin etkili bir yönetim sürecinin teminine bakan yönüyle güncelliğini muhafaza etmesinin bir sebebi daha bulunmaktadır. İlgili sürecin özellikle yürütme organının işlevi ile ilgili olması da doğal bir biçimde hükûmet sistemler ile konuyu kesiştirmektedir. Konu özellikle yürütme organındaki istikrar ve etkinlik ile yakından bağlantılı olduğundan, bu yönde yapılan anayasal ve yasal düzeydeki değişiklikler hükûmet sistemi değişikliği ya da var olan sistemin kendine özgü bir biçimde işlemesi şeklinde somutlaşmaktadır. Bu bağlamda en yakın ve somut örnek olarak Türkiye bulunmaktadır. Kırk yaşına yaklaşan 1982 Anayasasında toplamda üç farklı hükûmet sistemi uygulama alanı bulmuştur.

Türk anayasalarına hükûmet sistemleri bağlamında bakıldığında genel bir değerlendirme olarak parlamenter sistem geleneğinin var olduğu ifade edilmelidir. Bu geleneğin başlangıcını ise Kanun-u Esasî'deki 1909 değişikliklerine kadar götürebiliriz. Kanun-u Esasî ilk halinde her ne kadar ikili bir yürütme yapılanması öngörse de siyasal iktidarın kullanımını Padişaha verdiği için kuvvetler birliğini anayasal hâle getirmiş bir metin görünümündedir. Yürütme yetkisini bütüncül bir şekilde kullanabilen ve yasama faaliyetlerini de tek başına yönlendirebilen Padişahın anayasal konumu 1909 değişiklikleri ile zayıflatılmıştır. Padişahın yasama sürecindeki aktifliği azaltılmakla

[109] Küçük, 2020, s. 179.

[110] Lijphart, Arend, "Trichotomy or Dichotomy", European Journal of Political Research, C. 31, S.1, 1997, s. 126.

birlikte, Heyet-i Vükelanın oluşumu ve sorumluluğu noktasındaki değişimlerde kuvvetler ayrılığı izleri ve parlamenter sistem işleyişi gözlenebilir.

1921 Anayasasında teorik olarak mevcut yasama üstünlüğüne dayalı bir kuvvetler birliğinin bulunması meclis hükûmeti sistemi ile ilişkilendirilir. Meclis hükûmeti sisteminin varlığı şeklinde yorumlanabilecek özelliklerin kendi içerisinde kolay anlaşılabilir ve tutarlı bir mantığa sahip olduğu dikkat çekmekle birlikte, sistemi parlamenter sistemden ayıran özelliklerin net olmaması gibi bir durum da söz konusudur. Sistemin az sayıdaki uygulama örneklerine bakıldığında öngörülen yasama üstünlüğünden ziyade siyasal sürecin işleyişine yürütmenin hâkim olması da sistemin tamamen farklı görünümü olduğunu ortaya koymaktadır. 1921 Anayasası döneminde de gözlenen bu durum aslında meclis hükûmeti sisteminin ayrı bir kategoride değerlendirilmesi gerekip gerekmediği sorusunu akla getirmektedir. İşleyişte parlamenter sisteme benzerliğin söz konusu olduğu 1921 Anayasası dönemine benzer bir durum 1924 Anayasası açısından da söz konusudur. Anayasal hükümlere bakıldığında hem meclis hükûmeti sistemine hem de parlamenter sisteme benzer özelliklerin var olduğu 1924 Anayasası döneminde bu durum için bir kuvvetler birliği görevler ayrılığı nitelendirmesi yapılmaktadır. Yürütmenin yapısı, göreve gelişi ve sorumluluğu cihetinden yapılacak değerlendirmede ise esasında bir parlamenter sistemden bahsedilmelidir. Yasama üstünlüğünün daha net bir biçimde ifade edildiği 1921 Anayasası döneminde bile işlememiş meclis hükûmeti sistemine ilişkin özelliklerin 1924 Anayasası açısından da cari olduğu bu şartlarda ileri sürülemez.

1961 Anayasasında yasama yürütme arasındaki ilişki göz önüne alındığında net bir biçimde var olduğu görülen parlamenter sistem, Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler nazarında tartışılmış olmakla birlikte, 1982 Anayasasının ilk hâli açısından da söz konusudur. Bu iki dönem açısından yürütmenin her iki kanadı yasama organından kaynaklanarak göreve gelmekte ve bakanlar kurulu siyasal sorumluluğu yasama karşısında taşımak zorundadır. Dolayısıyla hem yapı, hem göreve geliş hem de sorumluluk noktasında parlamenter sistemin ayırıcı unsurları anayasada mevcuttur. 1961 Anayasası döneminde yürütmeye biçilen rolün zayıflığı ya da 1982 Anayasasında cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin fazlalığı bu bağlamda sistemin niteliğine etki etmemektedir.

Yazılı Türk anayasaları içerisinde hükûmet sistemleri bağlamında yapılacak değerlendirmelerde dikkatin büyük ölçüde 1982 Anayasasında toplandığı ifade edilmelidir. Çünkü bu dönemde başlangıçta parlamenter sistem daha sonra yarı-başkanlık sistemi ve başkanlık sistemi olmak üzere üç farklı model uygulama alanı bulmuştur. 2007 yılındaki anayasa değişikliğinin ardından yürütmenin bir kanadını oluşturan cumhurbaşkanının halk tarafından seçilecek olması sistemin

yarı-başkanlığa dönüşmesinin esas sebebini oluşturmaktadır. Bu noktada da cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin dışarıda bırakılması suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Bu durum hem yarı-başkanlığın ayrıcı unsurlarında netliğinin sağlanabilmesi açısından bir tercihin ifadesi olurken aynı zamanda tanımlayıcı kriterlere uygunluk noktasında da bir uyum hedeflenmektedir. Yürütmenin göreve gelişi iki kanat açısından farklılık taşıdığından yetkilerden ziyade cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine odaklanmak yarı-başkanlığın tespiti açısından önem taşımaktadır.

2017 yılındaki anayasa değişikliği neticesinde yasama ve yürütme tamamen farklı bir şekilde tasarlanarak talî kurucu iktidar tarafından başkanlık sistemi yönünde bir tercihte bulunulmuştur. İkili yürütme yapılanması değişiklik ile terkedilmiş ve yürütme organı tek kişiden oluşacak şekilde oluşturulmuştur. Cumhurbaşkanı değişiklik neticesinde tek başına yürütmeyi oluşturmaktadır. Yeni sistemde yürütmenin göreve gelişi de artık yasamadan kaynaklanmamaktadır. Yasama organı gibi yürütme organı da halk tarafından seçilmek suretiyle görevine başlamaktadır. Yürütme organına göreve başlama vizesini halk verdiğinden sistem içerisinde yürütmenin siyasal sorumluluğu da meclise karşı olmamaktadır. Anayasa değişikliği ile birlikte sistem yeniden tasarlanırken yasama yürütme arasında öngörülmüş olan bazı özelliklerin bu bağlamda sistemi başkanlık sistemi olmaktan çıkarmadığına dikkat etmek gerekir. Bu hususiyetler sistemi başkanlık sistemi olmaktan çıkartmayan, sistemin kendine özgülüğünü ortaya koyan özellikler olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Akgül, M. Emin, *Hükümet Sistemleri Tartışması ve Türkiye Örneği,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Aliefendioğlu, Yılmaz, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 94, 2011, ss. 329-358.

Aristoteles, *Politika,* Çev: Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1993, 4. Basım.

Arsel, İlhan, Türk Anayasa Hukuku, Mars Ticaret ve Sanayi A. Ş. Matbaası, Ankara, 1959.

Arslan, Esat, *Türk Parlamento Tarihi TBMM XVI. Dönem (1977-1980),* TBMM Yayınları, Ankara, 2012.

Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 13. Baskı.

Badie, Bertrand (ed)/Berg Schlosser, Dirk (ed)/Morlino, Leonardo (ed), *International Encyclopedia of Political Science,* Sage Publications, California-London, 2011.

Başgil, Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku (Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri), Baha Matbaası, İstanbul, 1960.

Bealey, Frank, *The Blackwell Dictionary of Political Science: A User's Guide to Its Terms,* Blackwell Publishers, Oxford, 1999.

Coşkun, Vahap, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S.36, 2017, ss. 3-30.

Çoker, Fahri, *Türk Parlamento Tarihi Milli Mücadele ve T.B.M.M. I. Dönem,* C. I, TBMM Yayınları, Ankara, 1994.

Dal, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku,* Bilim Yayınları, Ankara, 1986.

Döner, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Duverger, Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", European Journal of Political Research, C. 8, S. 2, 1980, ss. 165-187.

Elgie, Robert, "Semi-Presidentialism: Concepts, Consequences and Contesting Explanations", Political Studies Review, C. 2, 2004, s. 317.

Elgie, Robert, "The Politics of Semi-Presidentialism", içinde Elgie, Robert (ed), *Semi-Presidentialism in Europe,* Oxford University Press, New York, 1999, ss. 1-21.

Elgie, Robert, "Tüm Yönleriyle Hükümet Sistemleri, Parti Siyasası ve Kurumsal Mühendislik", Çev: Abdulkadir SAKA, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, S. 25, 2018, ss. 21-34.

Erdil, Kürşat/Keskinsoy, Ömer, "Cumhurbaşkanı'nın Görev Süresi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1, 2010, ss. 253-258.

Erdoğan, Mustafa, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset,* Liberte Yayınları, Ankara, 1999, 2. Baskı.

Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, 2. Baskı.

Eroğul, Cem, *Anatüzeye Giriş,* İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, 13. Bası.

Goethe, Johann Wolfang, *Goetz of Berlichingen, with the Iron Hand: A Tragedy*, Çev: Sir Walter SCOTT, A. ve W. Galignani Yayını, Paris, 1826.

Gören, Zafer, *Anayasa Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, 5. Baskı.

Göze, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler,* Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2011, 13. Baskı.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukun Genel Teorisi,* C. 1, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukun Genel Teorisi,* C. 2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, 3. Baskı.

Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 19. Bası.

Gül, Cengiz, *Demokrasi Teorisi Açısından Başkanlık/Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Demokratiklik Değeri,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Gül, Cengiz, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Gül, Cengiz, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Hacıfettahoğlu, Murat, *Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi Dönemi Siyasal Rejimi ve Anayasal Düzeni,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay John, *The Federalist Papers*, Genovese, Michael A., (der), Palgrave Macmillan, New York, 2009.

Hekimoğlu, Mehmet Merdan, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye,* Detay Yayıncılık, Ankara, 2009.

Heywood, Andrew, *Politics*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2013, 4. Baskı.

https://www5.tbmm.gov.tr/tbmm_kararlari/karar898.html, Erişim Tarihi: 16.09.2021.

Koçak, Mustafa, *Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik: Eski Kavramlar-Yeni Kavramlar,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Kuzu, Burhan, "Türkiye İçin Başkanlık Sistemi -I-", Liberal Düşünce, C. 1, S. 2, 1996, ss. 13-43.

Küçük, Adnan, *Türkiye'de Başkanlık Sistemi,* Adres Yayınları, Ankara, 2020.

Lijphart, Arend, "Trichotomy or Dichotomy", European Journal of Political Research, C. 31, S.1, 1997, ss. 125-128.

Miş, Nebi, "Avrupa'nın Parlamenter Sistemleri Sorunsuz mu?", (https://www.setav.org/avrupanin-parlamenter-sistemleri-sorunsuz-mu/), Erişim Tarihi: 15.09.2021.

Okşar, Mustafa, *2017 Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özbudun, Ergun, *1921 Anayasası,* Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1992.

Özbudun, Ergun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, 18. Basım.

Özkazanç, Alev, "Devletin Örgütlenmesi", içinde *Siyaset (Kavramlar, Kurumlar, Süreçler),* Taşkın, Yüksel, (ed), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, 2. Baskı, ss. 139-170.

Roskin, Michael/Cord, Robert L./Medeiros, James A.- vd., *Political Science (An Introduction),* Pearson, Boston, 2016, 14. Baskı.

Saka, Abdulkadir, *Bölünmüş Hükûmet Olgusu ve Türkiye Örneği,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Sheldon, Garrett Ward, *Encyclopedia of Political Thought*, Facts on File Inc., New York, 2001.

Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı,* Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1977, 4. Baskı.

Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, 5. Baskı.

Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri,* Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020, 34. Baskı.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku,* Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019, 18. Bası.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku,* Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2016, 20. Bası.

Tunç, Hasan, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi

Ve Türkiye", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2, 2019, ss. 555-602.

Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku,* Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.

Turhan, Mehmet, "Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1, 1991, ss. 453-463.

Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi,* Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

Uluşahin, Nur, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları,* Çev: Taha Parla, İletişim Yayınları, İstanbul, 1998, 2. Baskı.

Yazıcı, Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri (Türkiye İçin Bir Değerlendirme),* İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, 4. Baskı.

Yazıcıoğlu, İsmail, "Yarı Parlamenter Sistem Ayrı Bir Hükümet Sistemi Modeli Olabilir mi?", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 2, 2021, ss. 839-868.

Zabcı, Filiz, "Aristoteles: Yüce Bir Amaç Olarak Siyaset", içinde *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler,* Ağaoğulları, Mehmet Ali, (ed), İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, 6. Baskı, ss. 125-152.

ŞÜPHELİ VE SANIĞIN DIŞ BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUDUNDAN ÖRNEK ALINMASI TEDBİRLERİNİN UYGULANMASI KONUSUNDA TARTIŞMALI HUSUSLAR

Controversial Issues Regarding The Implementation Of The Measures Of External Body Examination And Taking Body Sample For Suspects And Defendants

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR*

Özet: Çalışmada şüpheli ve sanığa dış beden muayenesi ve bedenden örnek alınması tedbirlerinin uygulanması hakkında literatürde tartışmalı olan hususlara değinilmiştir.
Bu bağlamda şüpheli ve sanığa dış beden muayenesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak öncelikle bu konuda mevzuatta öngörülen hususlara değinimiş, sonrasında ise bu tedbirin ilgili yönetmeliğin verdiği yetkiye dayanılarak uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığı sorunu bu tedbirin Türk ceza hukukunda kanuni bir temelinin olup olmadığı hususu üzerinden, tedbirin orantılılığı incelemesi bağlamında Alman hukukundaki esaslar dikkate alınarak detaylı şekilde tartışılmıştır.
Şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması tedbirine ilişkin olarak ise yine öncelikle bu tedbir için mevzuatta öngörülen hususlara değinilmiş, sonrasında ise bu tedbirin orantılılığı incelemesi yine Alman hukukundaki esaslar doğrultusunda detaylı şekilde yapılmıştır. Çalışmada bu konuyla ilgili olarak ayrıca, sanığın ve şüphelinin vücudundan sadece kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine izin veren bu tedbirin hukuki dayanak olarak gösterilerek, şüpheli ve sanığın vücutlarından mermi gibi biyolojik olmayan örneklere ulaşılmasının hukuka uygun olup olmayacağı hususu bu unsurlara hangi hukuki kurum üzerinden ulaşılabileceği sorunu üzerinden tartışılmıştır.
Anahtar Kelimeler: şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi, şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alma, iç beden muayenesi, CMK m. 75.

Abstract: In the study, the issues that are controversial in the literature about the measures of taking samples from the suspect's and the defendant's body and the measures of external physical examination of the suspect and the accused are mentioned.
In this context, it was discussed in detail through the proportionality examination of the measure, whether the implementation of external physical examination measure based on the authority granted by the relevant regulation is legal or not, and whether this measure has a legal basis, after mentioning the issues stipulated in the legislation regarding the implementation of this measure.
About the measure of taking samples from the suspect's and the defendant's body were discussed trough which legal institution can be accessed the non-biological samples such as bullets from the suspects and defendants' bodies, after mentioning the issues stipulated in the legislation regarding the implementation of this measure and the reviewing of proportionality examination of this measure.
Key Words: taking samples from the suspect's and the defendant's body, external physical examination, Criminal Procedure Law §75

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, cilerdamla.bayraktar@asbu.edu.tr, ORCİD: /0000-0002-7611-5088
Makale Geliş Tarihi: 26.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 08.11.2021

I. GİRİŞ

İşlenen pek çok suç bu suçun kim tarafından nasıl ve ne zaman işlendiğine ilişkin geride iz ve emareler bırakır. Suçu araştıran savcılık ve kolluk kuvvetleri bu iz ve emareleri takip ederek suça, suçluya ve ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğe ulaşmaya çalışmaktadır.

Özellikle failin vücudundan alınacak kan, tükürük, doku gibi örneklerin ya da failin vücudunda bulunan mermi çekirdeği gibi unsurların suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılacak karşılaştırma açısından önem arz ettiği veya suç işlerken ateşlenen silahtan geriye kalan barut izinin failin kimliğinin tespitini kolaylaştıracağı olaylarda suçların aydınlatılması, faillerin tespiti ve maddi gerçeğin açığa çıkarılması failde suça ilişkin bulunan iz ve emarelerin toplanmasına ve bunların delil olarak değerlendirilmesine bağlıdır. Yani bu tarz olaylarda bizzat failin kendi vücudundaki delillerin toplanması maddi gerçeğin açığa çıkarılması için gereklidir.

Fakat delillerin toplanmasının sırf maddi gerçeğin açığa çıkarılmasına hizmet ediyor olmasından hareketle bu delillerin toplanmasını sağlayacak tedbirlerin faile uygulanmasını peşinen hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu delillerin toplanması sırasında failin vücut bütünlüğü hakkına zorunlu olarak müdahale edilmesi gerekeceği açıktır. Anayasanın 13. maddesine göre ise bir temel hak olan vücut bütünlüğü hakkına ancak kanunla müdahale edilebilmektedir. Öyleyse Anayasada yer alan bu hüküm gereğince suça ilişkin delillerin bizzat failin üzerinde bulunduğu ya da failin vücudundan alınacak örneklerin suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılacak karşılaştırma açısından önem arz ettiği bir olayda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla da olsa failin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden tedbirlerin hukuka uygun şekilde uygulanabilmesi için yargılama makamlarının bu işlemin yapılması konusunda kanunla yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

Hukukumuz açısından bu gereklilik beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin CMK'da özel olarak düzenlenmesi ile karşılanmıştır. Nitekim CMK beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirini 75 vd. maddelerinde düzenleyerek şüpheli ve sanığın vücut bütünlüğüne belli şartlar altında müdahale edilebileceği konusunda yargılama makamlarına yetki vermiştir. Söz konusu hükümlerde kanun koyucu beden muayenesini öncelikle iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayırmış sonrasında şüpheli veya sanık dışındaki kişiler için 76. maddede hem iç beden hem de dış beden muayenesi birlikte düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini ise 75.

maddede düzenlemiş, bununla birlikte bu kişilerin dış beden muayenesini sükûtla geçmiştir[1].

CMK 75'in madde gerekçesinde dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının gerekçesi '*Dış beden muayenesi için herhangi bir karar alınmasına gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir.*' şeklinde ifade edilmiştir[2]. Gerekçedeki bu ifadelerden hareketle dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının amacının, kanun koyucunun dış beden muayenesini üst aramasına ilişkin hükümlere tabi tutmak isteği ve gerektiğinde kolluk amiri tarafından bu tedbire karar verilebilmesini ve kolluk görevlilerinin bu işlemi icra edebilmelerini sağlamak olduğu ileri sürülmüştür[3].

Konuya ilişkin olarak çıkarılan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte[4] ise şüpheli ve sanığa dış beden muayenesinin yapılabileceği hususu -yukarıda ifade edildiği üzere kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen- iç beden muayenesinden (Yön. m. 4) ayrı ve açık şekilde 5. maddede düzenlenmiştir.

Kanun koyucu şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması tedbirini ise yine CMK m. 75 ve Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlemiş ve bu kişilerin bedeninden belli koşullar altında biyolojik örnekler alınmasını kabul etmiştir.

Çalışmada şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması ve şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirleri[5] hakkında literatürde tartışmalı olan hususlara değinilmiş, bu noktada dış beden muayenesinin

---

1 Turhan, ilgili makalesinde Kanunun ifade şeklinden şüpheli ve sanık için de dış beden muayenesinin kabul edildiğinin anlaşıldığını ileri sürmüşse de buna dayanak olarak gösterdiği kanun ifadesinin hangisi olduğuna çalışmasında açıklık getirmemiştir. Bkz, Turhan, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku, Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Beden Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi", (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi), in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, V. Türkisch - Deutsches Symposium zum Medizinrecht, 28 Şubat - 1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 142, 2008, s. 1028.

2 https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1554, (Erişim Tarihi: 29.12.2020).

3 Bkz. Doğan, Recep, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", TBB Dergisi, 2019, ss. 98, s. 115; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 531; Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara, 2020, 8. Baskı, s. 642.

4 Çalışmada Yönetmelik olarak ifade edilecektir.

5 Bu işlemlerin tedbir niteliği yanında bilirkişi ve keşif incelemesi niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. Öztürk/Erdem, s. 530; Dursun, Gizem, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, 19 (Özel Sayı), ss. 2955, s. 2959; Doğan, s. 98; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 451.

uygulanmasına ilişkin olarak, mevzuatta öngörülen hususlara değinildikten sonra, bu tedbirin ilgili Yönetmeliğin verdiği yetkiye dayanılarak uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığı ve bu tedbirin kanuni temelinin olup olmadığı hususu, tedbirin orantılılığı incelemesi üzerinden detaylı şekilde tartışılmıştır. İkinci olarak çalışmada şüpheli ve sanığın bedeninden örnek alınması tedbirine ilişkin olarak, mevzuatta öngörülen hususlara değinilmiş, tedbirin orantılılığı incelemesi detaylı şekilde yapılmış ve bu tedbirle bağlantılı olarak, şüpheli ve sanığın vücutlarından mermi gibi biyolojik olmayan örneklere hangi hukuki kurum üzerinden ulaşılacağı sorunu tartışılmıştır.

II. DIŞ BEDEN MUAYENESİ TEDBİRİ

A. Dış Beden Muayenesinin İçeriği

Dış beden muayenesinin ne olduğu ilgili Yönetmeliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre "*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*" dış beden muayenesidir. Buna göre cildin ve kulak-burun-boğazın genel görüntüsü ve rengi itibariyle yapılacak değerlendirme ve yine varsa bu bölgelerde bulunan sıyrık ve çiziklerin konumu, yönü, derinliği, uzunluğu gibi hususların tabip tarafından gözlemlenerek edinilen bulgular dış beden muayenesi kapsamındadır[6]. Bununla birlikte Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında "*girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin de bedenin dış muayenesi olarak kabul edileceği*" belirtilmiştir. Buna göre röntgen çekimi, ultrasonografi gibi vücudun içine girilmeksizin vücudun dışından uygulanan işlemler, m. 5/4teki bu hüküm gereğince dış beden muayenesi olarak kabul edilecektir[7]. Dolayısıyla örneğin midede ve iç organlarda vücuda yabancı herhangi bir madde olup olmadığına ilişkin yapılacak röntgen, ultrason ve ilaçsız tomografi işlemleri dış beden muayenesi sayılacaktır[8].

Kanun koyucu "*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini*" ise iç beden muayenesi olarak saymış ve yerinde olarak dış beden muayenesinin konusu dışında tutmuştur (CMK m. 75/1 ve Yön. 3. madde). Buna göre endoskopi, retroskopi gibi vücudun içine girilerek yapılan tıbbi görüntüleme yöntemleri iç beden muayenesi teşkil edeceğinden dış beden muayenesinin konusunu oluşturmayacaktır. Yine MR (EMAR) çekiminde olduğu gibi tıbbi görüntüleme için vücuda çeşitli

---

6 Güngör, Devrim/Bakşi, Okan, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", Adli Bilimler Dergisi, 2009, 8(3), ss. 63, s. 64; Doğan, s. 99.

7 Turhan, s. 1030.

8 Aynı yönde bkz. Doğan, s. 99; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 449. Bu maddeleri dış beden muayenesine göre tespit ettikten sonra hangi hukuki kurum üzerinden çıkartılabilecekleri için aşağıya bkz.

maddelerin (ilaç) alınması gereken durumlarda da iç beden muayenesinin söz konusu olduğunu ve bu durumun da dış beden muayenesi dışında kaldığını kabul etmek gerekir[9].

Yine kanun koyucuya göre "*cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi*" olarak kabul edilmiş ve dış beden muayenesinin dışında tutulmuştur (CMK m. 75/4, Yön. m. 4/4). Dolayısıyla cinsel organlar ve anüs bölgesinde bir *muayene* yapıldığında bu, dış beden muayenesi olarak değerlendirilemeyecek ve iç beden muayenesi hükümlerine tabi olacaktır. Bu bölgelerde muayene aşamasına gelmeyen işlemlerin ise ayrıca incelenmesi gerekir. *Muayene aşamasına gelmeyen* işlemlerde kanun koyucu iç beden hükümlerine tabiyetten bahsetmemiştir. Muayene aşamasına gelmeyen işlemlerin dış beden muayenesine de tabi olmayacakları açıktır. Nitekim ortada bir *muayene* yoktur. Bununla birlikte muayene aşamasına gelmeyen, vücut üzerinde muayene olarak değerlendirilemeyecek, gözle yapılan aramalarda cinsel organlarda veya anüste delil oluşturabilecek şeylerin çekip alınması işlemleri, üst araması sırasında cinsel organa yapıştırılmış şekilde gözle görünen uyuşturucu maddenin çekip alınması işlemi örneğinde olduğu üzere, üst araması kurallarına göre yapılabilecektir[10]. Burada cinsel organların görülmesi söz konusuysa da Kanun bu organların görülmesinin ancak iç beden muayenesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm getirmediğinden bu işlem yine de üst araması kapsamında kalacaktır[11]. Yine saklanan bir şeyin aranması, üst araması tedbirinin amacını oluşturduğundan ve üst aramasında vücudun ve doğal vücut boşluklarının tıbbi araç ve yöntemler kullanılmaksızın elle *yoklanması* veya gözle incelenmesi söz konusu olduğundan[12] bu gibi örneklerde üst araması tedbirinin söz konusu olacağını kabul etmek gerekir[13]. Bununla birlikte eğer işlem muayene aşamasına varmış olsaydı bu tedbir

---

9 Turhan, s. 1030.

10 Turhan, s. 1036.

11 CMK 75. maddede tıbbi muayene deyimine yer verilmediğinden bahisle cinsel bölgelerin gözle incelenmesinin iç beden muayenesi sayılacağına ilişkin bkz. Öztürk/Erdem, s. 532. Öztürk/Erdem'e katılmak şu noktada mümkün gözükmemektedir: CMK 75. maddede her ne kadar 'tıbbi muayene' yerine sadece 'muayeneden' bahsediliyorsa da muayene terimi tek başına yoğun nitelikli ve detaylı bir incelemeyi içerdiğinden bu yoğunluğa ulaşmamış yani muayene olarak addedilemeyecek derecede tabiri caiz ise cinsel organda saklı olan bir delilin olup olmadığına ilişkin göz ucuyla yapılacak kontroller CMK 75. maddenin kapsamına değil üst araması tedbirini düzenleyen CMK 116. maddenin kapsamına girecektir. Nitekim CMK 75. madde cinsel organlarda muayene düzeyine ulaşmış işlemlerin iç beden muayenesi olarak görülmesi gerektiğini düzenlemiştir. Ayrıca cinsel organların tıbbi görüntüleme yöntemleriyle incelenmesi işleminin de iç beden muayenesi sayılacağı yönünde yine bkz. Öztürk/Erdem, s. 531.

12 Yenisey/Nuhoğlu, s. 642 ve s. 396.

13 Üst araması tedbirinin vücudun çıplak hale getirilerek cinsel organları kapsar şekilde yapılıp yapılamayacağı hususu bu çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

Kanundaki ifade gereği ancak iç beden muayenesi hükümleri gereğince icra edilebilecekti ve dış beden muayenesi gene söz konusu olmayacaktı.

Bununla birlikte "*kişinin vücut yüzeyinde bulunmakla birlikte atış artığı gibi, biyolojik örnek teşkil etmeyen hususlar ve yine vücut yüzeyinde bulunmakla birlikte başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler*" dış beden muayenesinin kapsamında olmayacaktır[14]. "*Kişinin elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler*" de yine dış beden muayenesine dâhil değildir. İlgili tüm bu hususlar kolluğa delil elde etme imkânı sağlamak çerçevesinde Yön. 23. madde gereğince olay yeri inceleme uzmanları tarafından beden muayenesine, vücuttan örnek alınmasına ilişkin koşullara tabi olmadan alınabilecektir[15].

B. Dış Beden Muayenesinin Uygulanması

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu ise dış beden muayenesinin nasıl uygulanacağı hususudur. Bu konuya ilişkin olarak Yönetmelik bu tedbirin "*Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adlî kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle ancak tabip tarafından*" yapılabileceği hükmünü getirmiştir (Yön. 5. madde 1. ve 2. fıkra). Yönetmeliğe göre "*girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri ise tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu[16] diğer bir kişi tarafından*" yapılabilecektir (Yön. 5. madde 4. fıkra). Dikkat edilirse Yönetmelik soruşturma ve kovuşturma makamlarına dış beden muayenesini talep hakkı vermiş, fakat bu tedbiri uygulama yetkisi vermemiştir. Nitekim Yönetmeliğe göre tedbiri bu makamlar değil tabip ya da sağlık memuru icra edebilecektir. Bu durum Yönetmelikteki dış beden muayenesine ilişkin hükümde, CMK m. 75'in değişiklik gerekçesinin dikkate alınmadığını ve Yönetmelikte amaca aykırı bir düzenleme yapıldığını göstermektedir[17]. Nitekim Kanunun değişiklik gerekçesinde, dış beden muayenesinin, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından bizzat yapılabileceği hususu belirtilmiş, Yönetmelik ise sanık hakları ve vücut dokunulmazlığı açısından daha güvenceli gördüğü için, "*muayenenin ancak bir hekim veya başka bir sağlık mesleği görevlisi tarafından*" yapılmasını kabul etmiştir[18].

---

[14] Hükümden anlaşılacağı üzere 23. madde alınacak biyolojik örnek 3. kişiye ait olduğunda uygulama alanı bulacaktır, şüphelinin vücut yüzeyinden kendisine ait biyolojik örnek alınmasında Yön. 23. madde hükmü uygulanamaz. Bu konuda bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 641.

[15] Bkz. Turhan, s. 1032.

[16] Sağlık mesleği mensubu kavramına kimlerin gireceği Yönetmeliğin 3. maddesinde ve TCK'nın 280/2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre bu kavram *"tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri"* ifade etmektedir.

[17] Bu yönde bkz. Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku II,* Ankara, 2020, 10. Bası, s. 61, 58. dipnot.

[18] Turhan, s. 1031; *Turhan* burada ayrıca Kanunun gerekçesiyle kolluğa uygulama yetkisi verilip Yönetmelikle bu yetkinin geri mi alındığı tartışmasına da yer vermiş,

C. Dış Beden Muayenesine Karar Verecek Merci

Dış beden muayenesi CMK'da açıkça düzenlenmemiş, Kanun'un gerekçesinde ise dış beden muayenesinin kim tarafından düzenleneceği hususunda *"bu konuda herhangi bir karar alınmasına gerek olmadan soruşturma makamlarının bunu kendilerinin yapabileceğine"* ilişkin bir açıklamaya yer verilmiştir.

Yön. 5. madde[19] dış beden muayenesinin "*Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adlî kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle"* yapılabileceğini düzenlemiştir. Buradaki *talep* ifadesi literatürde bazı yazarlar tarafından savcı ve kolluk görevlilerinin muayenenin yapılması konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ve burada herhangi bir karar alınmasına gerek olmadığı şeklinde yorumlanmış[20], bazı yazarlar ise Yönetmeliğin bu düzenlemesindeki *"talebiyle yapılabilir"* ifadesinin bu konuda karara yetkili makamı göstermediğini, dolayısıyla da dış beden muayenesine kimin tarafından karar verilebileceğinin belirsiz kaldığını iddia etmişlerdir[21].

Yönetmelikteki *'talep'* ifadesi, savcı ve kolluk görevlilerinin muayeneye karar verme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu şeklinde yorumlandığında, dış beden muayenesine hâkim kararına gerek olmadan, savcının veya kolluğun doğrudan karar verebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Yani kolluğun bu tedbire karar verebilmesi için Cumhuriyet savcısına ulaşılamamış olması ya da gecikmede sakınca bulunması gibi bir şartın varlığı gerekli değildir. Kolluk görevlileri kolluk amirinin ya da savcının yazılı emri olmadan da doğrudan dış beden muayenesine karar verebilecektir, nitekim Yönetmelik *"adli kolluk görevlileri"*ne bu konuda doğrudan talep yetkisi vermiştir[22].

Bu kabulden hareketle ayrıca, dış beden muayenesine kolluk görevlileri de doğrudan karar verebildiği için muayeneye karar verme açısından rızanın etkisi olmadığı sonucuna da varılacaktır[23]. Nitekim rıza bir tedbirin düzenlenmesi için hâkim kararı gibi daha üst bir merciin kararı gereken hallerde bu karar olmadan kolluğun bu işlemi yapmasına imkân sağladığı durumlarda bir önem arz etmektedir. Dış beden muayenesi tedbirinde ise kolluk kendisi de zaten bu tedbire karar

---

gerekçenin bağlayıcı olmadığından hareketle Kanunla verilmiş bir yetkinin geri alınmasının söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Turhan, s. 1054.

19 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesi '*Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adlî kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.*' şeklindedir.

20 Bkz. Şahin, s. 61; Öztürk/Erdem, s. 532; Turhan, s. 1046.

21 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 452; Kızılarslan, Hakan, *Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 322.

22 Turhan, s. 1047.

23 Turhan, s. 1036.

verebildiğinden şüphelinin rızası tedbire başvurulması noktasında etkisiz olacaktır.

III. VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA TEDBİRİ

A. Vücuttan Örnek Alma Tedbirinin İçeriği

Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbiri CMK 75. maddede düzenlidir. Buna göre 'bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde (...) vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.'

Literatürde hâkim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısına verilen bu karar verme yetkisinin, saç, tükürük, tırnak gibi *tıbbi bir müdahaleyi gerektirmeyen* örneklerin şüpheli veya sanıktan alınması açısından olayı soruşturan adli kolluğa da verilmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır[24]. Kanımızca burada karar verme yetkisinin kime verileceğini belirleyen ölçüt *'tıbbi müdahale gerektirmek'* değil, alınan materyalin kişilik hakkı açısından değeri olmalıdır. Kanun koyucu saç, tükürük, tırnak gibi alınması tıbbi müdahale gerektirmeyen unsurların kişilik hakkı üzerindeki etkisini dikkate almış ve kişinin DNA'sının çıkarılabilmesine imkan veren bu unsurların yerinde olarak ancak hâkim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan halde savcı tarafından alınmasına izin vermiştir.

B. Tedbire Karar Verecek Merciin Tayininde Rızanın Etkisi

Kanunda şüpheli veya sanığın rızası ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla Kanunda aranan hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunması halinde[25] savcı kararının varlığı zorunluluğu, şüpheli veya sanığın vücutlarından örnek alınmasına rıza gösterdikleri halde de aranmak zorundadır.

Fakat Yönetmelik 18/3. maddesinde *"Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir"* hükmünü içermektedir. Yani kanun metnine göre şüpheli ve sanığın rızası olsa dahi Cumhuriyet savcısı ancak gecikmesinde sakınca varsa vücuttan örnek alınmasına

[24] Turhan, s. 1048.

[25] Yönetmelikte *"derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli"* gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak tanımlanmıştır (Yön m. 3).

karar verebilirken, Yönetmeliğe göre savcı böyle bir rıza halinde gecikmede sakınca olmasa dahi karar vermeye yetkili kılınmıştır[26].

Literatürde bu konuya ilişkin olarak ağır tıbbi müdahaleyi gerektiren durumlarda Anayasa ile güvence altına alınmış vücut bütünlüğünün korunması açısından hâkim kararı üzerine muayene yapılması gerektiği, aksi takdirde, Yönetmeliğe dayanılarak verilecek bir karar CMK m. 75'e ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil edeceği iddia edilmiştir[27].

İlgilinin rızası hukukumuzda bir hukuka uygunluk sebebi sayılmakla birlikte pek çok mahkeme kararında birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği ve eşit olmayanlar arasında verilen rızanın baskı altında verilmiş sayılacağı ve geçersiz olacağı vurgulanmaktadır[28]. Kanımızca burada da verilen rızanın –her ne kadar burada rıza kolluğa karşı değil savcıya karşı veriliyorsa da- güç dengesizliği içinde verildiğini ve aynı şekilde baskı altında verildiğinden geçersiz olduğunu kabul etmemek için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Kanunda savcının hangi durumda yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir. Baskı altında verilen rıza, savcının karar vermede yetkili olduğu durumlara ilişkin sınırı kanımızca genişletemez. Dolayısıyla savcı şüpheli ve sanığın rızası olan durumlarda dahi -Yönetmelikteki 18/3. maddeye rağmen- ancak gecikmesinde sakınca olan durumlarda bu kişilerin vücutlarından örnek alınmasına karar verebilecektir[29].

C. Vücuttan Örnek Alma Tedbirini Uygulayacak Merci

Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbirinin kim tarafından uygulanacağı hususu CMK m. 75/2'de düzenlenmiştir. Buna göre bu kişilerin vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması ancak hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi

---

[26] Uygulamada kötüye kullanılabileceği ve hakim kararı zorunluluğunu ortadan kaldırmak için bu yola başvurulabileceği endişesiyle, kolluğa rıza olsa bile vücuttan örnek alınması tedbirine karar verme yetkisi tanınmadığı tespitine yönelik bkz. Turhan, s. 1057.

[27] Turhan, s. 1057.

[28] Örneğin bkz. Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2007 Tarihli karar, Esas Numarası: 2005/6392, Karar Numarası: 2007/948.

[29] Rıza bulunduğu gerekçesiyle karar alınmaksızın tedbire başvurulmasının kötüye kullanılabileceğinden hareketle aynı sonuca varan görüş için bkz. Dursun, s. 2966 ve 2972. Aksi görüş için bkz. Doğan, s. 107. Bu konu, ilgili tedbirin uygulanması suretiyle elde edilecek delilin hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediği hususunda belirleyici olduğundan önemlidir. Nitekim gecikmesinde sakınca olmayan halde savcının kararı ile uygulanan tedbirle elde edilen deliller değerlendirme yasağı engeline takılacak ve yargılamada kullanılamayacaktır. Bu konuda bkz. Sarsikoğlu, Şenel: "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, EÜHFD, 2013, 8(2), ss. 693, s. 716-717; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 454.

tarafından yapılabilecektir. Aynı konuya ilişkin olarak Yönetmelik ise 6/2. maddesinde sağlık mesleği mensubu kişinin bu işlemi ancak hekim gözetiminde yapabileceğini düzenlemiştir. Anayasanın 124. maddesi yönetmeliklerin *"kanunlara aykırı"* olamayacağını hüküm altına almaktadır. Öyleyse bu noktada Yönetmeliğin 6/2. maddesinin CMK m. 75/2 ile çelişen ifadelerine itibar etmemek gerekecektir. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbirini hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi yapabilecek, sağlık mesleği mensubu kişinin bu işlemi yaparken hekim gözetiminde olması işlemin ve elde edilen delillerin hukuka uygunluğu bakımından gerekmeyecektir.

IV. DELİL NİTELİĞİNİ HAİZ VÜCUDA YABANCI UNSURLARIN ŞÜPHELİ VE SANIĞIN VÜCUDUNDAN ÇIKARILMASI PROBLEMİ

Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması tedbiri yukarıda da ifade edildiği üzere CMK'nın 75/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "*bir suça ilişkin delil elde etmek için, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak, gibi örnekler alınabilmesine karar verilebilir*."

Kanun koyucunun kullandığı bu açık ifade karşısında şüpheli ya da sanığın midesinde veya deri altında bulunan suç delili oluşturabilecek yabancı cisimlerin, örneğin şüphelinin yutmuş olduğu uyuşturucu maddenin, delil niteliğinde olan bir kağıdın veya silahlı çatışma sırasında vücuda giren mermi veya saçma taneciklerinin bu maddeye dayanılarak alınması mümkün olmayacaktır. Nitekim bu unsurların maddede sayılan saç, tükürük ve tırnak gibi bedene ait örneklere benzemediği açıkça ortadadır[30].

Bu noktada tartışılması gereken bir diğer konu ise CMK 75/1 de düzenli şüphelinin iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin bu unsurların bedenden çıkarılması işleminde hukuki temel teşkil edip etmeyeceği hususudur. CMK 75/1e göre 'bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.' Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3.

[30] Her ne kadar Yön. 3. maddede örnek kavramının "*bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali"* ifade ettiği açıklanmışsa da buradaki 'biyolojik materyal' kavramına CMK 75/1 de ifade edilen "*kan veya benzeri biyolojik örneklerin"*, 'diğer materyal' kavramına ise CMK 75/1 de ifade edilen "saç, *tükürük, tırnak gibi örneklerin"* in gireceği açıktır. Nitekim yönetmelik hükümleri kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan hukuk kurallarıdır.

maddesine göre iç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi anlamına gelmektedir.

Literatürde bu hüküm kapsamında şüpheliye cerrahi müdahalenin de yapılabileceği, 'kanun koyucu tarafından mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve bedenlerinden örnek alınması tedbirine ilişkin hükümlerde cerrahi müdahale açıkça yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme kanunda yer verilmediği' gerekçesinden hareketle genel itibariyle kabul edilmekte[31]; tartışma ise bu madde kapsamında yapılacak cerrahi müdahale ile, şüphelinin vücuduna giren mermi ve yutulan uyuşturucu madde poşetinin de çıkarılıp çıkarılamayacağı noktasında şekillenmektedir. Yani literatürde CMK m.75'te düzenli iç beden muayenesi hükümlerinin şüpheliye cerrahi müdahale yapılmasına izin verdiği konusunda genel itibariyle görüş birliği bulunmakta, bununla birlikte şüphelinin vücudundan mermi ve uyuşturucu madde çıkarılmasının bu izin kapsamına girip girmediği, başka bir deyişle cerrahi müdahale kapsamında mermi ve uyuşturucu madde poşetinin çıkarılıp çıkarılamayacağı, tartışma konusu yapılmaktadır. Nitekim *Doğan* bu noktada cerrahi müdahalenin şüpheliye CMK m.75 kapsamında yapılacağını kabul ettikten sonra cerrahi müdahale ile vücuda yabancı fakat delil niteliğini haiz unsurların şüphelinin vücudundan hukuka uygun şekilde çıkartılabileceği fikrini savunmaktadır.[32]

Yenisey/Nuhoğlu ise bu görüşe cevap niteliğinde olarak, öncelikle yine şüpheliye cerrahi müdahale yapılmasının hukuka uygun olduğunu kabul etmekte, sonrasında ise Yön. 3. maddesinde yapılan cerrahi müdahale tanımına[33] vurgu yaparak, midedeki kağıdın alınması veya uyuşturucu maddenin çıkarılması işleminde tanı veya tedavi amacı bulunmadığından hareketle bu işlemlerin cerrahi müdahale sayılamayacağı sonucuna varmıaktadır.[34] Bu görüş takip edildiğinde, vücuda giren şeyin bir mermi olması halinde, burada mermiyi çıkarmak için yapılacak işlemin *tedavi* işlemi olduğundan bahisle ortada cerrahi bir müdahalenin bulunduğu sonucuna varılacak ve bu cerrahi müdahalenin CMK 75 hükmü temelinde hukuka uygun olarak yapılabileceği ve merminin de bu kapsamda şüphelinin vücudundan hukuka uygun şekilde çıkarılabileceği sonucuna kanımızca varılacaktır.

---

31 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 449; Şahin, s. 63; Yenisey/Nuhoğlu, s. 646; Turhan, s. 1050.

32 Bkz. Doğan, s. 112-113.

33 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde cerrahî müdahale 'tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar' olarak tanımlanmıştır.

34 Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 646.

Bu duruma itiraz teşkil edecek husus ise cerrahi müdahale sırasında narkoz kullanılması yasağıdır. Nitekim yapılacak cerrahi müdahalede narkozun[35], şüphelinin sağlığı açısından tehlikeli olmasından[36] bahisle kullanılamayacağı literatürde[37] haklı olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar vücuda giren mermi örneğinde yapılan mermi çıkarma işleminin yönetmelikteki cerrahi müdahale tanımından hareketle cerrahi müdahale kavramına girdiği; ve bu kapsamda literatürde hakim olan 'CMK 75'te düzenli iç beden muayenesi hükümlerinin cerrahi müdahaleye izin verdiği' görüşü takip edildiğinde, mermi çıkarma işleminin CMK m.75 kapsamında yapılabileceği sonucuna varılıyorsa da, narkoz uygulanması yasağı dolayısıyla vücuda giren mermi yine CMK 75'te düzenli iç beden muayenesi hükümleri temelinde hukuka uygun şekilde çıkarılamayacaktır.

Özetle literatürdeki görüşler takip edildiğinde, öncelikle şüpheliye CMK m.75 hükmü kapsamında cerrahi müdahalenin de yapılabileceği , ancak yutulmuş uyuşturucu madde poşetinin çıkarılması işleminin tedavi işlemi olmadığından hareketle bu işlemin yöntmelikteki cerrahi müdahale kavramına girmediği, dolayısıyla da bu unsurların CMK'nın 75. maddesi temel alınarak şüphelinin vücudundan çıkarılamayacağı; mermi çıkarma işleminin ise, her ne kadar bu işlemin tedavi işlemi olarak yönetmelikteki cerrahi müdahale kavramına girdiği ve dolayısıyla da ilk bakışta mermi çıkarma işleminin CMK 75 kapsamında hukuka uygun şekilde yapılabileceği ön neticesine varılabilse de, narkoz yasağı dolayısıyla CMK 75 kapsamında yine uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir.

Ancak kanımızca literatürdeki tüm bu tartışma dayanaktan yoksundur. Nitekim tüm bu tartışmaların temelinde yatan ve üzerinde genel itibariyle görüş birliği bulunan 'şüpheliye CMK m.75'te düzenli iç beden muayenesi hükümleri çerçevesinde cerrahi müdahalenin de yapılabileceği' şeklindeki tespit hatalıdır. Çünkü bu tespite esas teşkil eden gerekçe CMK'nın 75. ve 76. maddelerinin eksik yorumlanması suretiyle bulunmuştur. Nitekim CMK'nın bu maddeleri sadece 'düzenleme şekillerine ilişkin yorum ilkeleri' esas alınarak yorumlandığında *'kanun koyucu tarafından mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve bedenlerinden örnek alınması tedbirine ilişkin hükümlerde cerrahi müdahale açıkça yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme kanunda yer verilmediği, buradan hareketle de şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahalenin serbest olduğu*'

---

35 Bu noktada ayrıca şüpheliye hipnoz uygulanmasının da hukuka aykırı olacağı yönünde bkz. Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung Kommentar, 52. Baskı, 2009, § 81a, kn. 16, Turhan, s. 1051.

36 Nitekim CMK 75/2. maddede "*vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği*" açıkça ifade edilmiştir.

37 Meyer-Goßner, § 81a, kn. 16; Turhan, s. 1050.

sonucuna varılmaktadır. Ancak CMK'nın 75. ve 76. maddelerinin yorumunda sadece bu ilke etkili değildir. Nitekim 'temel haklar dar yorumlanır' ilkesi de CMK'nın 75. ve 76. maddelerinin yorumunda dikkate alındığında bu maddelere göre şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahalenin yapılamayacağı sonucuna ulaşılacaktır.

Bu konudaki görüşümüzü net şekilde ortaya koyabilmek için öncelikle 'düzenleme şekillerine ilişkin yorum ilkelerine' esas teşkil eden genel prensiplerin açıkça ortaya koyulması gerekmektedir.

Düzenleme şekillerine ilişkin yorum ilkelerine temel itibariyle bakıldığında ilk olarak vurgulanması gereken husus, kanun koyucu bir şeyi sınırlandırarak saymış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlemiş ise '*bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır*'[38] ilkesinin geçerli olduğu, dolayısıyla da böylesi bir durumda kanun metninde zikredilmeyen şeylerin zikredilen şeyle aynı hükme tâbi olduğunun varsayılamayacağıdır. Bu yorum ilkeleri kapsamında değinilmesi gereken ikinci husus ise, aksi bir durumda, yani kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırarak saymamış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlememiş ise burada artık '*bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir*'[39] ilkesinin geçerli olduğu, ve böyle bir durumda, kanun koyucunun zikrettiği şey hakkında koyduğu hükümün, zikretmediği şey hakkında da uygulanması gereğidir.[40]

Bu yorum kuralı mağdur ve diğerlerinin iç beden muayenesini düzenleyen CMK hükmüne uygulandığında 'Mağdur ve diğerlerinin İç beden muayenesinde cerrahi müdahale yapılamayacağına" ilişkin istisnai belirlemede (CMK 76/1) kanun koyucunun bu kişilerin kim olduklarını dikkate alarak düzenleme yaptığının, öyleyse burada '*bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır*' ilkesinin geçerli olduğunun, dolayısıyla da CMK'daki bu hükmün sadece mağdur ve diğerleri için uygulanacağının, şüpheli ve sanık için uygulanmayacağının, yani şüpheli ve sanık için cerrahi müdahale yasağının geçerli olmadığının, kabulü gerekecektir. Görüldüğü üzere varılan bu netice literatürde hali hazırda hakim olan 'kanun koyucu tarafından mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve bedenlerinden örnek alınması tedbirine ilişkin hükümlerde cerrahi müdahale açıkça yasaklanırken (CMK m. 76/1), şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahaleyi yasaklayan bir hükme kanunda yer verilmediği'nden hareketle CMK 75 kapsamında şüpheliye cerrahi müdahalede bulunulabileceği sonucuna varan görüşünü destekler niteliktedir.

Peki cerrahi müdahale yasağının şüpheli için geçerli olmaması ona cerrahi müdahale yapılabileceği anlamına gelecek midir?

---

38 Expressio unius est exclusio alterius

39 Expressio unius non est exclusio alterius

40 Gözler, s. 67 vd.

Cerrahi müdahale kişinin vücut bütünlüğü hakkına müdahale teşkil eden tıbbı bir işlemdir. Anayasamızın 13. maddesinde temel hakların ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, yapılacak bir cerrahi müdahalenin şüphelinin vücut bütünlüğü hakkının sınırlanması anlamına geleceği dikkate alındığında cerrahi müdahaleye izin veren bir kanun hükmü olmadıkça şüpheliye cerrahi müdahale yapılamayacağı sonucuna ulaşılacaktır. Peki cerrahi müdahaleye izin veren bir kanun hükmü var mıdır? Bu noktada cerrahi müdahalenin şüpheli için sırf yasak olmaması, cerrahi müdahaleye izin veren açık bir kanun hükmü olmadıkça, bu kişiye cerrahi müdahale yapılabilmesi için yeterli değildir. Bu kapsamda yapılacak 'iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin 'cerrahi müdahaleye izin veren açık kanun hükmü' olarak değerlendirilebilmesi ihtimaline ise olumsuz yanıt vermek gerekir. Nitekim iç beden muayenesi hükümleri temel hakka müdahale eden hükümler olarak dar yorumlanmak zorundadır.[41] Dolayısıyla da *açıkça* cerrahi müdahaleye izin vermeyen iç beden muayenesi hükümleri sırf cerrahi müdahalenin kanun koyucu tarafından yasaklanmaması gerekçe gösterilerek cerrahi müdahaleye de izin verir şeklinde yorumlanamaz. Nitekim aksi bir yaklaşım temel hak müdahalesi içeren bu hükmün geniş yorumlanması olacaktır. Bu itibarla kanımızca şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen CMK'nın 75. maddesinde şüpheli ve sanığa cerrahi müdahale yapılmasına açıkça izin verilmediğinden bu hükme dayanılarak bu kişilere cerrahi müdahale yapılamayacak, dolayısıyla da şüpheli ve sanığın midesindeki ya da deri altındaki delil niteliği haiz unsurlara şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen bu hüküm temel alınarak uygulanacak cerrahi bir müdahale ile ulaşılmasının hukuka uygunluğu tartışması da dayanaksız kalacaktır. Nitekim cerrahi müdahaleye kanun koyucu tarafından izin verilmediği sonucuna ulaşılan bir durumda, cerrahi müdahale kapsamında merminin de çıkarılıp çıkarılamayacağı tartışması gereksiz hale gelmektedir.

Peki hukukumuza göre şüphelinin vücudundan mermi ya da uyuşturucu madde poşetinin çıkarılmasını sağlayacak başka hükümler yok mudur?

Literatürde[42] bu konuya ilişkin olarak tedavi amaçlı uygulamalar temelinde merminin çıkarılacağına işaret edilmişse de tedavi amaçlı bu uygulamanın şartları ve hangi durumda mermiyi çıkarmaya yetki verdiği, hangi durumda ise mermiyi çıkarmak konusunda yetersiz kaldığı, yine bu tedavi uygulamalarının mermiyi çıkarmak konusunda yetersiz kaldığı durumda başka bir hukuki kurumdan faydalanılarak mermi çıkarma işleminin yapılıp yapılamayacağı hususları açıklığa kavuşturulmamıştır. Çalışmamızda literatürdeki bu boşluğun giderilmesini amaçlamaktayız.

---

41 Gözler, Kemal, "Yorum İlkeleri", s. 79 vd., https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

42 Turhan, s. 1050.

Bu noktada merminin hukuka uygun şekilde çıkarılmasına dayanak sağlamak adına ilk incelenmesi gereken husus, literatürde[43] de işaret edildiği üzere, bu unsurların tedavi amaçlı çıkarılıp çıkarılamayacağı hususudur. Yutulmuş kağıt parçası ya da uyuşturucu madde poşeti bakımından ise bu unsurlar sağlık açısından tedaviyi gerektirecek bir durumu beraberinde getirmediğinden delil niteliğini haiz kağıdın ya da uyuşturucu kapsülün mideden çıkarılması tedavi amacı gerekçe gösterilerek dahi yapılamayacaktır.

Peki mermi hangi durumda tıbbi tedavi denilerek hukuka uygun şekilde vücuttan çıkarılabilecektir?

Kanımızca bu noktada yapılacak incelemede öncelikle kişinin rızasının varlığı belirleyicidir[44]. Nitekim tıbbi müdahalenin dolayısıyla da tıbbi müdahale kapsamında mermi çıkarma işleminin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin uygulanacak teşhis ve tedavi yönteminin mahiyeti, etki ve sonuçları konusunda aydınlatılmış olması ve rızasının bu şekilde alınmış olması gerekmektedir. Hatta büyük cerrahi ameliyatlarda *aydınlatılmış onam* denilen bu rıza verme şekli de yeterli gelmemekte, müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin yazılı muvafakatinin alınması da gerekmektedir (1219 sayılı, 11.04.1928 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70) [45]. Öyleyse mermi ancak kişinin açık rızası varsa tıbbi tedavi amaç gösterilerek çıkarılabilecektir.

Kanımızca şüpheli ve sanık rıza verecek durumda değilse *'varsayılan rıza'* kurumu da merminin şüphelinin vücudundan çıkarılması işlemini hukuka uygun hale getirecektir. Nitekim varsayılan rıza, ilgilinin rızasının zamanında alınamadığı, ancak ilgiliye sorulsaydı rıza göstereceğinin kabul edilebileceği, örneğin bilinci kapalı bir hastanın ameliyat edilmesi için rızasının alınamadığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Yani burada ilgilinin varsayılan iradesi esas alınmakta, bu varsayımın yanlış olduğu sonradan anlaşılsa bile fiil hukuka uygun kabul edilmektedir[46]. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın örneğin bilincinin kapalı olduğu durumda vücudundaki mermi, bu kişilerin varsayılan rızası üzerinden çıkarılabilecek ve mahkemedeki yargılamada delil amaçlı olarak kullanılabilecektir.

Fakat kanımızca şüpheli ve sanığın bilincinin açık olduğu ve bu şekilde bir işleme rızasının açıkça olumsuz olduğu durumda tedavi amaçlı tıbbi müdahale kurumundan yararlanılarak mermi vb. vücuda yabancı cisimlerin çıkarılması yoluna gidilemeyecektir.

Peki bu durumda mermi başka bir hukuki kurumdan faydalanılarak çıkarılamayacak mıdır? Literatürde bu konuda herhangi

---

43 Turhan, s. 1050.

44 Aynı yönde bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 645.

45 Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Ceza Genel Hukuku,* Ankara, 2020, 13. Baskı, s. 297.

46 Koca/Üzülmez, s. 297.

bir tespitte bulunulmamaktadır. Kanımızca böylesi bir durumda kişinin kendi vücudunda bulunan merminin çıkarılmasına ilişkin olumsuz yöndeki açık iradesine rağmen yapılacak mermi çıkarma işleminde yapılan bu müdahalenin 'zorunluluk hali' kapsamına sokularak ilgili mermi çıkarma işleminin hukuka uygun olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim literatürde başkasına yönelik tehlikeden bu kişiyi kurtarmak zorunluluğu ile suç işleyen kişinin zorunluluk halinden yararlanacağı, bu noktada bu kişinin tehlikeye maruz kalan hakkının korunması için rızasının bulunmasının da gerekmediği, yani tehlikeye maruz kalan hakkın korunması işleminin hak sahibinin rızası hilafına dahi yapılabileceği ve bu işlemin de zorunluluk hali kapsamında kalacağı ifade edilmiştir[47]. Öyleyse şüpheli ve sanığın bilincinin yerinde olduğu ve müdahaleye açıkça rıza vermediği durumlarda dahi zorunluluk hali kurumundan faydalanılarak bu kişilere ilgili müdahalenin yapılabilmesi ve merminin zorunluluk hali kapsamında kişinin açık rızası hilafına hukuka uygun olarak çıkarılabilmesi söz konusu olacaktır. Fakat burada ayrıca tehlikenin ağır ve muhakkak olması aranacak, basit yaralanma halinde şüpheli ve sanıktan mermi çıkarılması işleminde zorunluluk halinden yararlanılamayacaktır. Nitekim zorunluluk halinin şartları arasında tehlikenin ağır ve muhakkak olması da yer almaktadır[48].

Sonuç itibariyle kanımızca şüpheli ve sanığın rızasının olduğu durumlarda mermi vb. unsurlar tıbbi tedavi amaçlı uygulamalar kapsamına sokularak çıkarılabilecek, bilincinin kapalı olup da rıza verme imkânının olmadığı durumda varsayılan rıza üzerinden yine bu unsurlar çıkarılabilecek, bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz yönde olduğu durumlarda ise eğer ağır ve muhakkak bir tehlike varsa yine bu unsurlar kanımızca şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılabilecektir. Şüpheli ve sanığın bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz yönde olduğu durumlarda ise eğer ağır ve muhakkak bir tehlike yoksa bu unsurlar şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılamayacaktır. Yutulmuş uyuşturucu poşeti ve kağıt parçası ise tedavi gerektirecek bir durum oluşturmadığından tedavi amaçlı işlem kavramına sokularak ya da zorunluluk hali kapsamına sokularak dahi çıkarılamayacaktır. Nitekim ortada tedavi gerektirecek bir durum ya da ağır tehlikeli bir durum bulunmamaktadır.

Literatürde ise şüpheli ve sanığın vücudundan bu tarz unsurların çıkarılması noktasında yapılacak bir müdahalenin CMK m. 116 ve devamında yer alan arama ve el koymaya benzediği hususu üzerinde durulmuş, bununla birlikte arama ve el koymaya ilişkin bu hükümlerin sadece kişinin üzerinin aranmasına izin verdiğinden bahisle söz konusu

---

47 Literatürde durumun daha net anlaşılması için şu örnek verilmiştir: "*Gebelik ananın hayatı için tehlikeli bir nitelik gösterdiği takdirde, anne çocuğun doğmasını ve kendi hayatının feda edilmesini istese dahi bunu yapmayıp çocuğu düşürten ve anayı kurtaran doktor zorunluluk halinde bulunmuş sayılır".* Koca/Üzülmez, s. 351.

48 Koca/Üzülmez, s. 350.

unsurların CMKm. 116'da düzenli bu tedbir dolayısıyla elde edilemeyeceği sonucuna varılmıştır[49]. Gerçekten de üst araması tedbiri "*kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında delil olabilecek eşya ve iz hakkında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle veya elle yapılan araştırma*" olarak tanımlanmakta[50] ve ancak *'saklanmış bir şeyin aranması'*[51] amacını taşımaktadır. Dolayısıyla bu tedbirin şüpheli ve sanığın vücudundaki mermi vb. unsurların rızası hilafına çıkarılmasında kullanılamayacağı görüşüne katılmaktayız.

V. DIŞ BEDEN MUAYENESİNİN VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALMA TEDBİRLERİNİN ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE UYGUNLUĞU

Hukukumuzda tereddütlü olan bir diğer konu ise beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin yasal temeli olup olmadığı hususudur. Nitekim bu konuyu inceleyen çalışmalarda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirinin uygulanışına hukuki temel teşkil etmek üzere çeşitli görüşler ileri sürülmüşse de makul bir sonuca varılamamıştır.[52] Bu kapsamda şüphelinin dış beden muayenesine hukuki temel teşkil etmek üzere önerdiğimiz görüşü bu tedbirin ölçülülük incelemesi kapsamında yaptığımız 'meşru araç' kriterine ilişkin incelemede sunmayı uygun görüyoruz.

Nitekim gerek Türk gerek Alman hukukunda tedbirlerin ölçülülüğü meşru amaç-meşru araç, elverişlilik, gereklilik, orantılılık şeklinde dört basamaktan oluşur şekilde incelenmekteyse de Türk literatüründe tedbirlerin ölçülülük ilkesi ile uyumluluğu incelemesine genel itibariyle çalışmalarda açıkça yer verilmemekte, bunun yerine söz konusu tedbirin unsurları incelenirken karşılaşılan bir unsurun ölçülülük ilkesine hizmet ettiği yeri geldikçe parça parça ifade edilmekte[53], tedbirlerin ölçülülük ilkesine uygunluğu incelemesinin nasıl yapıldığını gösteren çalışmalar ise genel itibariyle literatürde bulunmamakta ancak tedbir Anayasa Mahkemesi kararlarına konu edilirse o takdirde ilgili kararın gerekçesinde tedbirin ölçülülüğü bu 4 basamaktan oluşur şekilde kapsamlı olarak incelenmektedir. Alman hukukunda ise ölçülülük ilkesi bir tedbirin hukuka uygunluk denetiminde genel olarak uygulanan temel bir ilke olarak fonksiyon icra etmektedir. Bu kapsamda tedbirlerin

---

49 Turhan, s. 1033.

50 Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 19. Baskı, Ankara, 2020, s. 337; Yenisey/Nuhoğlu, s. 642. Nitekim CMK'nın 116. maddesi şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceğini düzenlemiştir.

51 Meyer-Goßner, § 81a, kn. 9; Turhan, s. 1035 ve 1054.

52 Detaylı bilgi için aşağıya bakınız.

53 Örneğin 'Üst sınırı iki yıldan daha az hapsi gerektiren suçlarda iç beden muayenesinin yasaklanması, koruma tedbirlerinin temelinde yatan ölçiilülük ilkesinin gereklerinden birisinin kanunda açıkçaça gösterilmesidir'ifadesi için bkz. Turhan,s. 1043.

ölçülülük incelemesinin nasıl yapılacağına ilişkin hususları Türk hukukunda sadece Anayasa Mahkemesi kararlarında yer almaktan kurtararak literatüre kazandırmak adına çalışmamızda şüphelinin beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin ölçülülük incelemesini kapsamlı şekilde yapmayı, ve şüphelinin dış beden muayenesine hukuki temel teşkil etmek üzere önerdiğimiz görüşü de bu kapsamda ortaya koymayı tercih ediyoruz.

A. Meşru Amaç-Meşru Araç Ölçüsü

Bir tedbirlere karar verilirken ölçülülük ilkesine dikkat edilmesi gerekir, nitekim ölçülülük ilkesi temel hakların sınırlanmasında en önemli denetim ölçütü haline gelmiş ve böylelikle anayasaya uygunluğun evrensel kriteri olarak nitelendirilmiştir[54]. Ölçülülük *uygulanan araç* ile *bu aracın uygulanmasındaki amaç* arasında bir orantının bulunması olarak tanımlanmaktadır[55]. Dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri de kişinin vücut dokunulmazlığına ve özel hayatına müdahale[56] teşkil ettiğinden bu tedbirlerin bu ilkeye uyularak uygulanması gerekir.

Alman hukukunda ölçülülük incelemesinde ilk aranacak unsur, meşru amaç ve meşru araç unsurlarıdır. Kamu yararı barındıran tüm hususlar bu noktada meşru amaç olarak nitelendirilecektir. Kanun koyucunun düzenlediği bu tedbir ile tam olarak hangi amacı takip ettiği hususu, kanun hükmünün lafzi olarak, sistematik olarak, tarihsel olarak ve getiriliş maksadı itibariyle yorumlanması suretiyle tespit edilir[57].

Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirleri açısından kanun koyucunun amacı suça ilişkin delil elde etmektir[58]. Nitekim CMK m. 75 ve Yönetmeliğin 5-

---

54 Yüksel, Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?", SDÜHFD, 7 (1), 2017, s. 1vd.

55 Heintzen, Markus/Krieger, Heike, "Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung",
https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung.pdf, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

56 AİHM, 04.11.2008 tarihli karar- S. ve Marper v. Birleşik Krallık, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%2230562/04%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-90051%22]}, (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

57 Wienbracke, Mike, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", ZJS, (2), 2013, ss.149, s. 149.

58 Beden muayenesinde amaç delil elde edilmesi iken; vücuttan örnek alınmasındaki amacın daha önce elde edilmiş olan delillerin şüpheli, sanık ya da diğer kişilerden alınan örneklerle karşılaştırılması olduğuna ilişkin bkz. Centel/Zafer, s. 338; Dursun, s. 2959; Yenisey/Nuhoğlu, s. 643; Öztürk/Erdem, s. 530.

6. maddelerinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması tedbirinin ancak bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla uygulanabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hüküm dolayısıyla bu işlemin örneğin bilimsel araştırma veya ileride işlenmesi muhtemel suçlarda kullanılmak üzere veri bankası oluşturmak için ya da kişiden itiraf alınmasının sağlanması için yapılması söz konusu olamayacaktır[59]. Suça ilişkin delil elde etmek amacıyla kanun koyucunun dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirlerini uygulaması, suça ilişkin delil elde edilmesinde kamu yararı bulunduğu için meşru amaç bakımından ölçülülük ilkesine uygun kabul edilecektir.

Alman hukukuna göre Kanun koyucu tarafından takip edilen amaç meşru ise aynı inceleme bu sefer kullanılan aracın meşruluğu noktasında yapılacaktır. Meşru araç kriteri açısından inceleme konusu, tedbirin kendisidir. Burada uygulanan tedbirin meşru olması gerekir. Tedbirin meşruiyetinin sağlanması noktasında aranacak ilk unsur, tedbirin uygulanmasına izin veren hukuki temelin, yani tedbire izin veren hükmün, devlet tarafından düzenlenmiş olması gereğidir[60]. Bununla birlikte devlet tarafından yapılan bu düzenlemenin niteliği de tedbirin meşruiyetinin sağlanması noktasında belirleyicidir. Örneğin anayasa hükümlerinin, ancak yasayla öngörülen bir tedbirle sınırlanmasına izin verdiği bir hak, yürütme organınca çıkarılan bir tedbir ile sınırlanırsa, burada artık bu tedbirin uygulanmasının meşru bir araç olduğundan söz edilemeyecektir. Nitekim yasama, yürütme ve yargı organlarının, anayasa hükümleri ile bağlı olduğu Anayasanın 11. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır[61]. Öyleyse anayasanın kanunla sınırlanabileceğine hükmettiği bir hakka ilişkin anayasa hükümlerine aykırı şekilde yönetmelikle düzenlenen bir tedbir ile sınırlama getirilmesi halinde bu tedbir, yürütme ve yargı organlarınca anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırılık gerekçesiyle uygulanamayacaktır.

Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede meşru araç teşkil etme açısından şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması tedbiri incelendiğinde, bu tedbir CMK 75. maddede açıkça düzenli olduğundan ilgili tedbirin meşru bir araç olduğu sonucuna rahatlıkla varılmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır. Vücuttan örnek alınması tedbiri vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil etmekle birlikte yasal yetki temelini açıkça CMK'nın 75. maddesinde bulmaktadır.

---

59 Dursun, s. 2959; Turhan, s. 1041.

60 Wienbracke, s. 150.

61 Aynı değerlendirme Alman Anayasasının 20/3. maddesine dayanılarak Alman hukukunda da yapılmaktadır. Buna göre uygulanan tedbirin meşruluğu noktasında bu tedbirin devlet tarafından getirilmesi gereğine ilişkin olarak Alman Anayasasının 20/3. maddesinde düzenli *'yasama anayasa ile yürütme ve yargı ise kanun ve hukukla bağlıdır.'* ilkesi geçerlidir. Bkz. Wienbracke, s. 150.

Meşru araç teşkil etme noktasında dış beden muayenesi tedbirinin ise dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Nitekim dış beden muayenesi tedbiri CMK'da açıkça düzenlenmemiş, sadece iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı düzenleyen CMK 75. madde hükmünün gerekçesinde ve Yönetmeliğin 5. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Yönetmelikle getirilen düzenlemenin ise böyle bir tedbire ne kadar hukuki temel teşkil edeceği tartışmalıdır.

Literatürde bu durum *Turhan* tarafından '*Kanun koyucunun bu tutumunu, dış beden muayenesinin düzenlenmesini yönetmeliğe bıraktığı şeklinde anlamak gerekir. Konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil eder.'*[62] şeklinde yorumlanmıştır. Yazar, bu tespitinde beden muayenesinin CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığından bahisle Kanunun, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını kabul ettiği savına dayanmış, bu kabul dolayısıyla da kanunun kabul ettiği bu tedbirin çıkarılacak bir yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır[63]. Söz konusu yazarın bahsettiği CMK 75. ve 76. maddeleri incelendiğinde 75. maddede başlık itibariyle "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*" tedbirinin düzenlendiği ancak buradaki hükmün içinde dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı, sadece madde başlığının *beden muayenesi* olmasından hareketle bu başlığın dış beden muayenesini de kapsar şekilde yorumlanabileceği görülmektedir. 76. maddede ise "*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*" tedbiri düzenlenmekle birlikte burada da sanık ve şüphelinin dış beden muayenesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kanun maddelerinden hareketle *'Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve*

---

62 Turhan, s. 1031.

63 Yazarın ifadesi şu şekildedir: *"(…)**CMK'da düzenlenmeyen bir husus**, Yönetmelikte düzenlenmiş olmaktadır. Dış beden muayenesi de vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiği için aslında kanunda düzenlenmesi gerekirdi. (…)Kanun koyucunun bu tutumunu, dış beden muayenesinin düzenlenmesini yönetmeliğe bıraktığı şeklinde anlamak gerekir. Konunun yönetmelik ile düzenlenmiş olması da temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence teşkil eder. Yönetmeliğin düzenlemesinde temelde kanuna aykırı bir durum da söz konusu değildir. Çünkü m. 75 ve 76'da beden muayenesinin iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. **Kanun, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin yapılmasını kabul ettiği için**, bu konunun çıkarılacak bir yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmesine engel bir durum yoktur.'* Turhan s. 1031. Yazarın konuyla ilgili devam eden ifadesi ise şu şekildedir: *'Kanun koyucu (…) dış beden muayenesine karar verecek mercii kanunda değil de yönetmelikte göstermiş olması 75. madde hükmünün Anayasaya aykırılığını gündeme getirmektedir. (…) bu tedbirlere başvurulabilme koşullarının Anayasa gereğince kanunda gösterilmesi gereklidir. Bu koşulların kapsamına tedbire hangi merciin karar vereceği de girer."* Turhan, s. 1047. Bu ifadeler değerlendirildiğinde yazarın *'şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinin CMK da temel olarak kabul edildiği fakat detay düzenlemenin yönetmeliğe bırakıldığı, bunun ise hukuka aykırı bir tutum olduğu, bu düzenlemelerin de kanunda yapılması gerektiği'* fikrini savunduğu sonucuna varılmaktadır.

vücudundan örnek alınması' tedbirinin kanunda kabul edildiği sonucuna varılamamaktadır.

Oysa Anayasanın 13. maddesi "*Temel hak ve hürriyetlerin (…) ancak kanunla sınırlanabilir*" olduğuna ilişkin düzenleme içermektedir. Yine Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince de *" (…) kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacaktır."* Öyleyse dış beden muayenesi de vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiği için ancak kanunla düzenlenmesi halinde hukuka uygun kabul edilebilecektir[64]. Konunun yönetmelikle düzenlenmiş olması ise temel hak ve özgürlükler açısından kanımızca hiçbir güvence teşkil etmemektedir. Nitekim *kanun* kavramından parlamentonun yaptığı yasama faaliyetinin anlaşılması gerektiği açıktır.

Bununla birlikte yönetmeliğe dayanılarak temel hakların kısıtlanamayacağı, kanun kavramına yönetmelikle düzenlenen hükümlerin girmediği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutuklu kişilerin iletişim haklarının sınırlanmasına ilişkin *Silver v. İngiltere* kararında da açıkça belirtilmiştir. Mahkeme bu davada sadece iç hukukta hukuk kuralı olarak kabul edilen kuralların yasa olarak nitelendirileceğini *'(…) Sunday Times kararından çıkan ilk ilke müdahalenin içi hukukta temelinin bulunması zorunluluğudur. Somut olayda hükümet, komisyon ve başvurucu müdahale için gerekli temelin kanun gücünde olmayan yönetmelikte değil, hapishane kanunu ve hapishane yönergesi içinde bulunması gerektiği koşulundan hareket etmektedirler'* şeklinde ifade etmiştir[65]. Bu ifadelerden hareketle Alman literatüründe yasal temelin ya parlamento kanunu şeklinde olması gerektiği ya da parlamento kanunu gücünde olması gerektiği, yönetmeliklerin yasa kavramına girmediği sonucuna

---

64 Aynı yönde bkz. Doğan, s. 102; Öztürk/Erdem, s. 530; Apiş, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 18(1), ss. 267, s. 276; Aygün, Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (8), 2016, ss. 49, s. 53-54; Dursun, s. 2961; İpekçioğlu, Pervin Aksoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, 70(1), ss. 19, s. 23; Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması", s. 3,

http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf, (Erişim Tarihi: 07.11. 2018). Aynı şekilde AİHM de *Y.F. v. Türkiye* kararında bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. AİHM, 22.07.2003 tarihli karar- Y.F. v. Türkiye, Başvuru No. 24209/94, https://www.coe.

int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/Y.F.%20v.%20Turkey_en.asp., (Erişim Tarihi: 14.11.2020).

65 AİHM, 25.03.1983 tarihli karar- Silver v. İngiltere, kn. 86 vd., https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57577%22]}, (Erişim Tarihi: 17.02.2021).

varılmıştır[66]. Öyleyse tüm bu tespitlerden hareketle kabul edilmelidir ki kanuni bir düzenlemeden bağımsız sadece ilgili yönetmelik hükümleri temel alınarak şüpheli ve sanığa uygulanan dış beden muayenesi bir hukuk devletinde *meşru bir araç* olarak kabul edilemeyecektir. Hukuk açısından bağlayıcı bir nitelik arz etmeyen kanun gerekçelerinin de hakların sınırlanmasında hukuki bir temel olarak asla dikkate alınamayacağı açıktır.

Bu noktada Türk hukuku açısından tartışılması gereken bir diğer husus CMK'nın aramaya ilişkin hükümlerinin Anayasanın ve AİHM'in aradığı *'müdahalede kanuni temel'* şartını yerine getirip getirmediği ve bu noktada bu hükümlerin şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin hukuki temeli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur[67]. CMK 116. maddede düzenli üst araması tedbiri "*kişinin üzerindeki elbise içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında delil olabilecek eşya ve iz hakkında tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle veya elle yapılan araştırma*" olarak tanımlanmakla[68] birlikte bu tedbirin amacı *'saklanmış bir şeyin aranması'*dır[69]. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın vücudunda ekimoz, tırnak izi, enjektör izi gibi izlerin tespitini ifade eden[70] dış beden muayenesi için bu hükümlerin yasal temel oluşturmayacağı görüşüne biz de katılmaktayız.[71]

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbiri için yasal temel oluşturmak noktasında tartışılması gereken bir diğer konu ise şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin düzenlendiği CMK 75. maddenin, yorum veya kıyas tekniği vasıtasıyla şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirine de hukuki temel oluşturup oluşturmayacağı hususudur. Bu noktada literatürde kıyasa ilişkin yapılan incelemede, CMK 75. madde hükmü temel haklara ilişkin bir müdahale teşkil ettiği için bu hükümlerde kıyas yapılamayacağından bahisle, CMK m. 75'te düzenli iç beden muayenesi hükümlerinin kıyas yasağı dolayısıyla dış beden muayenesi tedbiri için uygulanamayacağı sonucuna haklı olarak varılmaktadır[72]. Bu görüşe biz de katılıyoruz. Nitekim CMK'da kıyas serbest ise de hakları sınırlandıran hükümlerde kıyas yasağı mevcuttur[73].

---

66 Frowein, Jochen Abr: "Vorbemerkung zu Art. 8-11", in Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang (ed.), EMRK Kommentar, 3. Baskı, 2009, s. 280, kn. 4.

67 Bkz. Doğan, s. 115; Öztürk/Erdem, s. 531; Yenisey/Nuhoğlu, s. 642.

68 Yenisey/Nuhoğlu, s. 642.

69 Meyer-Goßner, § 81a, kn. 9; Turhan, s. 1035.

70 Doğan, s. 115.

71 Üst araması ve beden muayenesi ayrımına ilişkin detaylı bilgi için Bkz. Akbulut, Berrin: "Dış Beden Muayenesi", TAAD, 2016, 7(27), ss. 83, s. 93 vd. *Yenisey/Nuhoğlu* ise kişinin enjeksiyon yapıp yapmadığı konusunda gömleğin kaldırılarak kola bakılması işlemini üst araması olarak değerlendirmektedir. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 642.

72 Aynı yönde bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 643. İç beden müdahalesi hükümlerinin dış beden muayenesi bakımından da kıyasen uygulanacağını ileri süren görüş için bkz.

Peki şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin düzenlendiği 75. maddede geniş yorum[74] yapılarak bu hükmün dış beden muayenesine de kanuni zemin oluşturduğu sonucuna varılabilmeli midir? Kanımızca bu noktada da karşımıza *'temel hak müdahalesi içeren hükümler dar yorumlanır ilkesi'* çıkmaktadır[75]. Dolayısıyla bu ilkeden hareketle kanımızca iç beden muayenesini düzenleyen hükümler dış beden muayenesini de içine alır şeklinde yorumlanamayacaktır.

Kanımızca son bir husus olarak değerlendirilmesi gereken ise çoğun içinde az da vardır ilkesidir. *Qui potest maius, potest etiam minus* olarak ifade edilen bu ilke çoğu yapmaya yetkili olanın azı yapmaya da yetkili olduğu kabulüne dayanır. Buna göre kanunla bir makama bir yetki verilmiş ise o makamın o yetkinin parçası niteliğinde olan yetkiye de sahip olduğu kabul edilir[76]. Bu noktada CMK 75. madde hükmü çoğun içinde az da vardır ilkesi gereğince bir yoruma tabi tutularak iç beden muayenesine hukuki yetki temeli oluşturan bu hükmün dış beden muayenesi için de kanuni yetki temeli oluşturduğu sonucuna kanımızca varılabilecek ve dış beden muayenesi 75. maddede düzenli iç beden muayenesi hükümlerine göre yapılabilecektir.

Dolayısıyla bu durumda, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirine, 75. maddede düzenli iç beden muayenesi hükümleri gereği "*bir suça ilişkin delil elde etmek için Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecek; Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulacak; hâkim veya mahkeme tarafından 24 saat içinde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır*". Yine bu tedbir ancak "*tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından uygulanabilecek, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde dış beden muayenesi*" de kanun hükmü gereği yapılamayacaktır (CMK m. 75) [77]. Bu hükümlerin dış beden muayenesini

---

Dursun, s. 2963-2964; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 452; Bayzit, Tuğba: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, (Dan, Özbek, Veli, Özer), DEÜ SBE, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2007, s. 88.

73 Centel/Zafer, s. 55.

74 Kıyas ve yorum farkı için bkz. Koca/Üzülmez, s. 61 vd.

75 Gözler, s. 79 vd.

76 Gözler, s. 93 vd.

77 Dış beden muayenesi tedbirine iç beden muayenesi tedbirlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini söyleyen *Dursun*, dış beden muayenesi tedbiri ile temel hak ve özgürlükler üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin ağırlığının çok daha az olması dolayısıyla bu tedbirin iki yıllık sınıra takılmaksızın her türlü suç için uygulanmasının yerinde olduğunu savunmaktadır. Her ne kadar bu görüş hukuk mantığı itibariyle doğruysa da iç beden muayenesi tedbirine ilişkin yasayı kıyas yoluyla dış beden muayenesi tedbiri için hukuki dayanak haline getirmek yasanın ilgili tüm hükümlerini dış beden

düzenleyen yönetmelik hükümleriyle çelişmesi halinde ise kanunla çelişen yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır.

Sonuç itibariyle şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi tedbiri için hukuki temel oluşturan CMK 75. madde hükmünün kıyas ya da geniş yorum tekniğiyle değil ama çoğun içinde az da vardır ilkesi bağlamında yapılan yorum dolayısıyla[78] şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbiri için de yasal temel teşkil ettiğinin ve bu noktada kanuni temeli olan şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirinin delil elde etmek amacı için *meşru araç* olduğunun kanımızca kabulü gerekecektir.

B. Elverişlilik Ölçüsü

Alman hukukuna göre ölçülülük incelenmesinde ikinci aranması gereken unsur *elverişliliktir*. Elverişlilik incelemesinde tedbirin amaca ulaşmayı sağlayan tedbirlerden biri olup olmadığı denetlenmektedir.[79] Bu noktada Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede şüpheli veya sanığın bedeninden elde edilecek deliller suçun aydınlatılması amacına ulaşılmasını sağlayacak nitelikteyse bu delillerin alınması için uygulanacak olan dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri suçun aydınlatılması amacına ulaşılmasını sağlayan tedbirlerden biri olarak *'elverişli'* kabul edilecektir. Örneğin şüphelinin topal olduğunun bilinmesi halinde bir bacağının öbüründen kısa olup olmadığı incelemesinde olduğu üzere ya da şüphelinin herhangi bir uzvunda yara izi ya da dövme bulunduğunun bilinmesi halinde dış beden muayenesine başvurulması kanımızca elverişli kabul edilerek sanığın ve şüphelinin vücut ve organlarının yapısı ve vücut yüzeyinde bulunan yabancı cisimler incelenebilecektir. Aynı şekilde burada şüphelinin ya da sanığın kan veya vücut sıvıları örneklerinin ya da saç ve

---

muayenesi tedbiri için de zorunlu olarak uygulamayı gerektireceğinden, bu görüşe katılmıyoruz. Bkz. Dursun, s. 2968.

78 Görüldüğü üzere aynı kanun maddesi bir yorum tekniği kullanıldığında dış beden muayenesini kapsar neticeye ulaştırmazken, aynı kanun maddesi üzerinde diğer bir yorum tekniği kullanıldığında hükmün dış beden muayenesi tedbirini de kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu konuda *Gözler'in* şu tespitlerine değinmekte fayda vardır. Yazara göre "B*elki yorum ilkeleri de bazı durumlarda kendi arasında çatışabilir. Aynı metnin anlamı konusunda bir yorum ilkesinden hareketle bir sonuca, bir başka yorum ilkesinden hareketle bir başka sonuca ulaşılabilir(…) Haliyle hâkim, kararın gerekçesinde hangi yorum ilkesine dayandığını ve bu ilkeye dayanarak metnin anlamını nasıl tespit ettiğini kararının gerekçesinde açıklayacaktır. Artık böyle bir durumda siyasal mülahazalar değil, metodolojik ilkeler çarpışacaktır."* Gözler, s. 95.

79 bkz. Kluckert, Sebastian, "Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung", JuS, 2015, ss. 116, s. 116 vd.; Klatt, Matthias/Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2014, ss. 193, s. 193 vd.; Lothar Michael/Morlok, Martin: Grundrechte, 4. Baskı, 2014, kn. 611 vd.; Reuter, Thomas, "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen", JURA, (7), 2009, ss. 511, s. 511 vd.; Voßkuhle, Andreas, "Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2007, ss. 429, s. 429 vd.

tükürük örneklerinin incelenmesinin suçun aydınlatılmasını sağlayacağı durumda bu kişilerin vücutlarından örnek alınması da elverişli bir tedbir olarak kanımızca kabul edilecektir.

Bununla birlikte Alman hukukuna göre beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine bu kişi ancak belli nitelikte bir suç şüphesini barındırıyorsa başvurulabilecektir. Yani bu tedbirler, ancak şüpheli ve sanığın ilgili suçun faili ya da şeriki olduğuna ilişkin somut tutamak noktaları varsa bu kişiler üzerinde uygulanabilecektir[80]. Suç şüphesi ilk kez bu tedbirler uygulandıktan sonra bu kişiler üzerinde ortaya çıkacaksa bu tedbir suçun aydınlatılmasında elverişli olduğu gerekçe gösterilerek uygulanamayacaktır. Nitekim Türk hukukunda kanunun *'Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması'* şeklindeki madde başlığı da buna işaret etmektedir.

C. Gereklilik Ölçüsü

Alman hukukuna göre ölçülülüğe dair incelemede bakılması gereken üçüncü unsur ise ilgili tedbirlere başvurulmasının *gerekli* olmasıdır. Gereklilik unsuru aynı hukuki yararı sağlayan tedbirler arasında temel hak ve hürriyetlere daha hafif müdahale oluşturan tedbirin, yani daha en az ağır tedbirin, seçilmesi halinde yerine gelmektedir.[81] Bu noktada Türk hukuku açısından yapılacak bir incelemede suçun aydınlatılmasında aynı etkiyi sağlayıp kişinin temel haklarına dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinden daha az zarar veren başka bir tedbir varsa ancak bu tedbir gerekli kabul edilecek ve uygulanacaktır[82]. Burada yapılan gereklilik incelemesi pek tabii dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin kendi arasında da uygulanacak ve aynı şekilde etkili delile hem dış beden muayenesi hem de vücuttan örnek alınması tedbiriyle ulaşılabiliyorsa daha basit bir müdahale teşkil eden dış beden muayenesi gereklilik ölçüsünü yerine getiren tedbir olarak uygulanacaktır[83].

---

[80] Meyer-Goßner, § 81a, kn. 6; Ebert, Christoph, "Die Anordnungskompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO- Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle oder materielle Verzögerung", ZIS, (3), 2010, ss. 249, s. 250; Öztürk/Erdem, s. 532; Centel/Zafer, s. 341.

[81] bkz. Kluckert, Sebastian, "Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung", JuS, 2015, ss. 116, s. 116 vd.; Klatt, Matthias/Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2014, ss. 193, s. 193 vd.; Lothar Michael/Morlok, Martin, Grundrechte, 4. Baskı, 2014, kn. 611 vd.; Reuter, Thomas, "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen", JURA, (7), 2009, ss. 511, s. 511 vd.; Voßkuhle, Andreas, "Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2007, ss. 429, s. 429 vd.

[82] Aynı yönde bkz. Doğan, s. 113; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 453.

[83] Aynı yönde bkz. Şahin, s. 63.

Ç. Orantılılık Ölçüsü

Alman hukukunda ölçülülük incelenmesinde aranması gereken dördüncü unsur ise orantılıktır. Burada öncelikle *amaç ve aracın soyut değeri* karşılaştırılacak, sonrasında ise *müdahalenin somut ağırlığı ve müdahalenin uygulanmasının amaca ulaşmada somut değeri* birbiriyle mukayese edilecek ve arada bir oranın bulunup bulunmadığı incelenecektir.[84] Bu değerlendirmeyi Türk hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirleri açısından uygulayacak olursak öncelikle *'amaç ve aracın soyut değeri'* karşılaştırmasında *amaç = suçun aydınlatılması* olurken *araç= tedbirin kendisi* olacak ve bu amaç ve araç arasındaki değer mukayesesinde tedbir kapsamında yapılacak müdahalenin ağırlığının (bu noktada tedbirin hangi hakka müdahale teşkil ettiğinin) faile isnat edilen ve soruşturması yapılan suçun ağırlığı ile orantılı olması gözetilecektir. *'Müdahalenin somut ağırlığı ve müdahalenin uygulanmasının amaca ulaşmada somut değeri'* karşılaştırmasında ise tedbire karar verecek merciin, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması *tedbirlerinin uygulanması ile elde edeceği yarar = müdahalenin uygulanmasının amaca ulaşmada somut değerini* oluştururken, bu *tedbirler uygulanırken şüpheli ve sanığa verilmesi muhtemel zarar = müdahalenin somut ağırlığını* oluşturacak ve bu unsurlar arasında bir oran bulunup bulunmadığı incelenerek ilgili tedbirin orantılı olup olmadığı sonucuna varılacaktır[85], bu noktada elde edilecek yararın fazla olması halinde ancak orantılılık sağlanacak ve tedbire karar verilebilecektir. Basit suçların soruşturulmasında ağır sonuçları olan müdahalelere izin verilmemesi de bu bağlamda yine ölçülülük ilkesine hizmet edecektir.

Basit suçların soruşturulmasında ağır sonuçları olan müdahalelere izin verilmemesi hususu CMK'da vücuttan örnek alma tedbiri için 75/5. maddede düzenlenmiş ve "*üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağına"* hükmedilmiştir[86]. Bununla birlikte iki yıldan daha az hapsi gerektiren bir suçta şüpheli veya sanığın aleyhine olan suç şüphelerinden kurtulmak amacı ile bizzat kendisinin hekim veya sağlık kuruluşuna başvurup örnek vererek sonuçlarını delil

[84] bkz. Kluckert, Sebastian, "Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung", JuS, 2015, ss. 116, s. 116 vd.; Klatt, Matthias/Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2014, ss. 193, s. 193 vd.; Lothar Michael/Morlok, Martin, Grundrechte, 4. Baskı, 2014, kn. 611 vd.; Reuter, Thomas: "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen", JURA, (7), 2009, ss. 511, s. 511 vd.; Voßkuhle, Andreas, "Grundwissen – Öffentliches Recht, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2007, ss. 429, s. 429 vd.

[85] Aynı yönde bkz. Kızılarslan, s. 231; Doğan, s. 103; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 453.

[86] CMK'nın 75. maddesinin 7. fıkrasında özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir.

olarak mahkemeye sunması ise pek tabii mümkün olacaktır[87]. Bu noktada üst sınırı iki yıldan daha az hapsi gerektiren suçlarda vücuttan örnek almanın yasaklanması, literatürde haklı olarak koruma tedbirlerinin temelinde yatan ölçülülük ilkesinin gereklerinden birisi olarak değerlendirilmiştir[88]. Dış beden muayenesi ise kanun koyucu tarafından hafif bir tedbir olarak değerlendirilmiş ve bu tedbir için Kanun veya Yönetmelikte iki yıllık ceza üst sınırı da dâhil olmak üzere herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla bütün suçlar için dış beden muayenesine başvurulabilecektir.

CMK'da ve Yönetmelikte dış beden muayenesinin ve vücuttan örnek alma tedbirinin yapılabilmesi için öngörülen, "*müdahalenin kişinin sağlığına açıkça[89] ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması*" gerektiğine ilişkin şart da yine bu noktada ölçülülük ilkesini destekler niteliktedir (CMK m. 75/2, Yön. m. 5/3, 6/3)[90]. Nitekim burada da kanun koyucu tedbirlerin uygulanması ile elde edilecek yarar ile bu tedbirler uygulanırken şüpheli ve sanığa verilmesi muhtemel zarar dengesini gözeterek bu tedbirlerin uygulanmasının sanığın ya da şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesi varsa artık tedbire başvurulamayacağını düzenlemiştir[91].

---

87 Bkz.Turhan, s. 1043, 40. dipnot. *Doğan* ise bu konuda "*üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda sanığın rızası ile iç beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınması ancak masumiyetin başka türlü ispatlanamadığı veya başka delil gösterilemediği hallerle sınırlı olmak üzere geçerli kabul edilmeli, başka türlü delil elde etme olanağı var ise bu yola başvurulmamalıdır.*" şeklinde görüş beyan etmiştir. Bkz. Doğan, s. 104 vd.

88 Bkz. Doğan, s. 103-104; Şahin, s. 63.

89 Kanunda *'kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.'* ifadesi yer almaktadır. Bu ifade tedbiri uygulayan sağlık mensubunun oluşabilecek zarardan sorumlu tutulmaması için taksir düzeyinde dahi kusurunun bulunmaması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksiz/Tepe, s. 450. Yönetmelik ise bu konuda 5 ve 6. maddelerinde bu tedbirler için '*kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.*' hükmünü içermektedir. Kanunda yer almayıp da Yönetmeliğe eklenen *'açıkça ve öngörülebilir zarar'* ifadesinin yapılan müdahaleden sorumlu tutulabilmek noktasında taksir düzeyinin ötesinde bilinçli taksir düzeyinde bir kusuru gerektirdiğine işaret ettiği ve bu bağlamda Yönetmelikteki bu ifadeler vasıtasıyla zarardan sorumluluğa ilişkin Kanunda öngörülen kapsamın daraltıldığı yönünde bkz. Doğan, s. 101; Korur Fincanci, Şebnem/Yorulmaz, A. Coşkun: "Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, 2006, Sempozyum Dizisi, No. 48, Şubat 2006, ss. 142, s. 145.

90 Aynı yönde bkz. Dursun, s. 2968.

91 Bununla birlikte dış beden muayenesinde zaten *"gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi inceleme"* söz konusu olduğundan bu tedbirin uygulanmasının kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi barındırması da söz konusu olmayacaktır (bkz. Yön. m. 3).

Bu noktada muayene bittikten sonra da uzun bir süre etkisini devam ettiren bedensel huzuru bozucu rahatsızlıklar, zarar tehlikesi olarak kabul edilecek[92]; muayeneden korkmak veya muayenenin meydana getirdiği ruhsal baskı ve aşırı heyecan ile muayenenin verdiği acılar ve diğer geçici rahatsızlıklar ise tek başlarına zarar verme tehlikesi olarak kabul edilmeyecektir[93]. Bu tedbirin uygulanmasıyla şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı incelemesinde somut olarak ilgili kişinin sağlık durumu belirleyici olacaktır[94].

SONUÇ

Türk hukukunda mermi ve yutulmuş uyuşturucu poşeti gibi delil niteliğini haiz unsurların şüpheli ve sanığın bedeninden hangi hukuki kurumdan faydalanılarak hangi şartlar altında çıkarılacağı konusu literatürde açıklığa kavuşturulmamış, bu unsurların tedavi amaçlı uygulamalar kapsamına sokularak çıkarılabileceği ifade edilmekle yetinilmiştir. Ancak bir işlemin tedavi amaçlı uygulamaya sokulabilmesinin kişinin rızasının varlığına bağlı olması karşısında, kişinin bu işleme rıza vermediği durumda vücuda yabancı bu unsurların çıkarılıp çıkarılamayacağı hususu literatürdeki bu ifadeye rağmen belirsiz kalmıştır. Kanımızca eğer ağır ve muhakkak bir tehlike varsa mermi gibi vücuda zarar veren unsurlar zorunluluk hali kapsamında sayılarak şüpheli ve sanığın bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz olduğu durumlarda bile şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılabilecektir. Bununla birlikte eğer somut olayda ağır ve muhakkak bir tehlike yoksa, şüpheli ve sanığın bilincinin açık ve rızasının açıkça olumsuz olduğu durumlarda mermi gibi unsurlar şüpheli ve sanığın bedeninden çıkarılamayacaktır. Yutulmuş uyuşturucu poşeti ve kağıt parçası ise tedavi amaçlı işlem kavramına sokularak ya da zorunluluk hali kapsamına sokularak dahi çıkarılamayacaktır. Nitekim ortada tedavi gerektirecek bir durum ya da ağır tehlikeli bir durum bulunmamaktadır.

---

92 Burada ölçü müdahalenin kendisi değil, şüpheli veya sanığın kişisel sağlık durumu, bu noktada örneğin bu kişilerin daha önce geçirmiş oldukları hastalıklar veya ameliyatlar gibi hususlar değerlendirildiğinde ortaya çıkan tablodur. Bununla birlikte genel olarak herkes için tehlike teşkil eden durumlar bu kriteri evleviyetle sağlamaktadır. Örneğin Alman hukukunda angiografi ve kateter ile idrar alınması sağlık açısından tehlikeli olduğu için kabul edilmemektedir. Bkz. Meyer-Goßner, § 81a, kn. 20, 21; Senge, Lothar: "§ 81a StPO", in: Hannich, Rolf (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Baskı, 2008, § 81a, kn. 7; Turhan, s. 1049. Yine sanığa kusturucu madde verilmesi ve apomorfin maddesi enjekte edilmesi olayında AİHM, uygulanan metodun Almanya'da daha önce iki kişinin ölümüne sebep olmasından bahisle sağlık açısından tehlikeli olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. AİHM, 11.07.2006 tarihli karar- Jalloh v. Almanya.

93 Meyer-Goßner, § 81a, kn. 17; Doğan, s. 108; Öztürk/Erdem, s. 535.

94 Meyer-Goßner, § 81a, kn. 17; Şahin, s. 63; Öztürk/Erdem s. 535.

Hukukumuzda açıklığa kavuşturulamamış bir diğer husus ise şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanuni temeli olup olmadığıdır. Genel itibariyle bu konuda yapılan çalışmalarda şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi tedbirinin Kanunun ilgili maddesinde açıkça düzenlenmeyerek bu konudaki düzenlemenin Yönetmelikte yapılmasının Anayasanın 13. maddesinde düzenli 'temel hakka ancak kanunla müdahale edilebileceğine' ilişkin hükme aykırılık teşkil edeceği vurgulanmış, bu tedbire yasal dayanak oluşturmak üzere ise CMK m. 116'da düzenli arama hükümlerinin dış beden muayenesi tedbirine hukuki temel teşkil etme ihtimali gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanımızca Türk literatüründe ortaya koyulan yaklaşımların hiçbiri bu tedbire yasal yetki temeli oluşturmaya yetmemektedir. Nitekim literatürde bu konudaki en makul yaklaşım şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerin 'kıyasen' şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine yasal yetki temeli oluşturmak üzere uygulanması yönünde olmakla birlikte temel hak müdahalesi içeren hükümlerde kıyas yapılamayacağından hareketle bu yaklaşım da şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine yasal yetki temeli oluşturmakta yetersiz kalmıştır. Bu noktada şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine hukuki temel teşkil etmek üzere ortaya koyduğumuz 'şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerinin çoğun içinde az da vardır ilkesi kapsamında yorumlanması' önerimiz kanun koyucu tarafından iç beden muayenesine izin verilmesinin, nitelik itibariyle kendisinden daha az olan dış beden muayenesine de kanun koyucu tarafından izin verildiği sonucunu beraberinde getirmekte ve iç beden muayenesi hükümlerinin şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine de hukuki temel oluşturulmasını sağlayarak dış beden muayenesi tedbirine ilişkin uygulamaları Anayasanın 13. maddesi anlamında hukuka uygun hale getirmektedir.

Burada önemle belirtilmelidir ki, önerimizin uygulanması halinde ortaya çıkan 'şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerin kıyas tekniğiyle ulaşamadığı sonuca yorum tekniğiyle ulaşması' durumu her ne kadar ilk bakışta hukuk mantığıyla çelişir gibi görünse de aslında önerdiğimiz fikirle 'kanunda olmayan bir yetkilendirmenin kıyas yoluyla oluşturulmadığı, zaten var olan bir yetkinin yorum yoluyla ortaya çıkarıldığı' dikkate alındığında şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerin çoğun içinde az da vardır ilkesi neticesi şüphelinin dış beden muayenesi tedbirine de sağlam bir hukuki temel oluşturduğu sonucuna rahatlıkla varılabilecektir.

Bu noktada son olarak ifade edilmelidir ki, temel hak müdahalesi içeren hükümlerin dar yorumlanacağı ilkesi de 'şüphelinin iç beden muayenesini düzenleyen hükümlerinin çoğun içinde az da vardır ilkesi kapsamında yorumlanması' önerimize aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim iç beden muayenesi hükümlerini ne kadar dar yorumlarsak yorumlayalım bu hükümler çerçevesinde yapılan iç beden muayenesi işlemleri şüphelinin bedeninin dıştan muayene edilmesini de kendiliğinden içerecektir. Nitekim iç beden muayenesinde muayene

sırası 1-gözlem, 2-paplasyon (dokunarak muayene), 3- perküsyon (vurarak muayene), 4- oskültasyon (steteskopla dinleyerek muayene) şeklindedir.[95] Yani gözlem yapmak ve dokunmak iç beden muayenesinin bir parçasını teşkil etmektedir. Öyleyse 'vücudun dış yüzeyinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi' anlamına gelen dış beden muayenesinin iç beden muayenesinin bir parçası olduğu, iç beden muayenesine izin vermenin öncelikle dış beden muayenesine de izin vermek anlamına geldiğinin kabulü gerekecektir.

[95] https://www.turkcerrahi.com/makaleler/anamnez/fizik-muayene/ (Erişim Tarihi: 31.08.2021)

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, "Dış Beden Muayenesi", TAAD, 2016, 7 (27), s. 83 vd.

Apiş, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 18(1), s.267 vd.

Aygün, Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (8), 2016, s.49 vd.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 19. Baskı, Ankara, 2020.

Doğan, Recep, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", TBB Dergisi, 2019, s. 98 vd.

Dursun, Gizem, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, 19 (Özel Sayı), s. 2955 vd.

Ebert, Christoph, "Die Anordnungskompetenz bei Blutentnahmen nach § 81a Abs. 2 StPO- Gefährdung des Untersuchungserfolges durch formelle oder materielle Verzögerung", ZIS, (3), 2010, s. 249 vd.

Frowein, Jochen Abr, "Vorbemerkung zu Art. 8-11", in: Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang (ed.), EMRK Kommentar, 3. Baskı, 2009.

Güngör, Devrim/Bakşi, Okan, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler", Adli Bilimler Dergisi, 2009, 8(3), s. 63 vd.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, 70(1), s. 19vd.

Kızılarslan, Hakan, *Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma,* 2007.

Klatt, Matthias/Meister, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2014, s. 193 vd.

Kluckert, Sebastian, "Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung", JuS, 2015, s. 116 vd.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Ceza Genel Hukuku,* Ankara, 2020, 13. Baskı.

Korur Fincancı, Şebnem/Yorulmaz, A. Coşkun, "Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, 2006, Sempozyum Dizisi, No. 48, Şubat 2006, s. 142 vd.

Lothar, Michael/Morlok, Martin, *Grundrechte,* 2014, 4. Baskı.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması", http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b49 77f6319d9cdf4656d7818071225.pdf, (Erişim Tarihi: 07.11.2018).

Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozessordnung Kommentar,* 52. Baskı, 2009.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara, 2018, 11. Baskı.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara, 2018, 12. Baskı.

Reuter, Thomas, "Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – das unbekannte Wesen", JURA, (7), 2009, s. 511 vd.

Sarsıkoğlu, Şenel, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı, EÜHFD, 2013, 8(2), s. 693 vd.

Senge, Lothar, "§ 81a StPO", in: Hannich, Rolf (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 2008, 6. Baskı.

Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku II,* Ankara, 2020, 10. Baskı.

Turhan, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku, Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Beden Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi", in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, V. Türkisch - Deutsches Symposium zum Medizinrecht, 28 Şubat - 1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 142, 2008.

VOßKUHLE, Andreas, "Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", JuS, 2007, s. 429 vd.

Wienbracke, Mike, "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", ZJS, (2), 2013, s. 149 vd.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Ankara, 2020, 8. Baskı.

Yüksel, Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?", SDÜHFD, 7(1), 2017.

İnt. Kaynağı:

Gözler, Kemal, "Yorum İlkeleri", https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

Heintzen, Markus/krieger, Heike: "Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung", https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung.pdf, (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

Kararlar:

AİHM, 04.11.2008 tarihli karar- S. ve Marper v. Birleşik Krallık, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%2230562/04%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-90051%22]}, (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

AİHM, 25.03.1983 tarihli karar- Silver v. İngiltere, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57577%22]}, (Erişim Tarihi: 17.02.2021)

AİHM, 11.07.2006 tarihli karar- Jalloh v. Almanya, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20JALLOH%20v.%20GERMANY\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-76307%22]}, (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

SOSYAL MEDYA PAYLAŞIMLARININ BOŞANMA DAVASINA ETKİSİ

The Effects Of Social Media Posts On The Divorce Case

Arş. Gör. Mehmet Zahid YENER*

Özet: Türk hukukunda boşanma sebepleri, TMK m. 161-166 arasında düzenlenmiştir. Bu sebepler, özel boşanma sebepleri olarak adlandırılan zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı ile genel boşanma sebebi olarak adlandırılan evlilik birliğinin sarsılmasıdır. Türk hukukunda boşanma sebepleri sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmıştır. Bunun bir sonucu olarak eşler, kanunda yazan boşanma sebeplerin dışında bir sebebe dayanarak boşanma davası açamaz.

Değişen ve gelişen teknolojik gelişmeler, özellikle son yüzyılda önemli bir mesafe kat etmiştir. Teknolojik hayatta yaşanan gelişmeler, şüphesiz insan hayatında da kendine yer bulmuştur. Bunun sonucunda şüphesiz hukuk alanı da etkilenmiştir.

Türk hukukunda boşanma sebepleri sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak teknolojik gelişmelerin etkisi ile oluşabilecek durumların kanunen sayılan hallere dahil edilmesi gerekir. Bu bağlamda uygulama, yargı içtihatları ile gelişmiştir. Yargı içtihatlarında sosyal medya paylaşımlarının genel ya da özel boşanma sebepleri içerisinde ne şekilde değerlendirildiğinin ortaya konması gerekmektedir.

Bu çalışmada, teknolojik gelişmelerin etkisi ile meydana gelen elektronik araçların kullanımı, internet ortamında ve özellikle sosyal medya paylaşımları ile gerçekleşen faaliyetler gibi konuların boşanma sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği, Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir. Bununla birlikte sosyal medya paylaşımlarının boşanma davasında delil teşkil edip etmediği, edecekse hangi nitelikleri barındırması gerektiği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma Sebepleri, Teknolojik Gelişmeler, Yargıtay Kararları, Sosyal Medya, Delil

Abstract: In the Turkish law, reason of divorce is regulated in Turkish Civil Law between articles 161-166. Specific reasons for divorce are adultery, attempt on life, bad or degrading behaviour, crime and dignity, abandonment, mental illness. general reason for divorce is the deterioration of the marital union. Reasons of divorce are counted in limited numbers (numerus clausus) in Turkish Law. As a result of this principle, spouses cannot open a divorce case for any reason other than the reasons of divorce written in the law.

Reasons of divorce were counted in limited numbers in Turkish Law. However, the reasons of divorce due to the effects of technological developments should be included in the legally reasons of divorce. In this context, the implementation has developed with judicial jurisprudence. It is necessary to bring to light how social media posts are evaluated in terms of the general or specific reasons for divorce in judicial decisions. In this study, it will be evaluated in the light of the Supreme Court's decisions whether the issues such as the use of electronic tools occurring with the effect of technological developments, the activities carried out in the internet and especially through social media sharing will be regarded as a reason for divorce. Furthermore, it will be evaluated whether social media posts can be proof in the divorce case and, if accepted as evidence, what qualifications it must contain.

Keywords: Reasons of Divorce, Technological Developments, Supreme Court's Decisions, Social Media, Evidence

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, mehmetzahidyener@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2458-9580.

Makale Geliş Tarihi: 10.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 02.11.2021

I. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA

A. GİRİŞ

Farklı cinsten iki kişinin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde açıklayarak kurdukları yasal birlikteliğe evlilik; tarafların bu birlikteliği oluşturmak için yaptıkları hukuki işlem evlenme olarak ifade edilir.[1] Evlilik, hayatın olağan akışı çerçevesinde her zaman için sürekli devam eden bir olgu olarak değerlendirilmez. Çeşitli sebeplerin varlığı halinde evlilik, sona erebilir.

Eşlerden birinin ölümü, cinsiyet değişikliği, evlilik hükümsüzlüğüne sebep olan hallerin varlığı, eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesinde mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi durumunda ya da boşanma ile evlilik sona erer.[2] Boşanma, kanunda sayılmış nedenlerin birinin varlığı halinde, eşlerden birinin açacağı dava ile veya evlilik birliğinin hâkim kararı ile son verilmesine yol açan, bozucu yenilik doğuran bir haktır.[3]

Türk hukukunda boşanma, çeşitli ilkelere dayanmaktadır. Bu ilkeler, temel olarak kusur ilkesi, irade ilkesi, temelden sarsılma ilkesi, elverişsizlik ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesi olarak karşımıza çıkar.[4]

B. BOŞANMA SEBEPLERİ

Boşanma sebepleri, TMK m. 161-166 arasında sayılmıştır. Türk hukukunda boşanma sebepleri, sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılmıştır.[5] Bunun bir sonucu olarak eşler, kanunda yazan boşanma

---

1 Akgün, Zerrin, *Evlilik Hukuku,* İstanbul 1946, Vakit Matbaası, s. 13; Erdem, Mehmet, *Aile Hukuku,* Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 49; Gençcan, Ömer Uğur, *Evliliğin Genel Hükümleri,* Yetkin Kitabevi (Evlilik), Ankara, 2019, s. 43.

2 Tekinay, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku,* İstanbul 1978, Sulhi Garan Matbaası, s. 165; Gençcan, Ömer Uğur, *Aile Hukuku,* Ankara, Yetkin Kitabevi (Aile), 2011, s. 515; dijital boşanma kavramı için ayrıca bknz. Güneş Peschke, Seldağ, "Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları", Kadın Araştırmaları Dergisi, Cilt IV, Sayı 1, Yıl 2018, ss. 121-146.

3 Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 102; Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Derya, *Aile Hukuku,* Vedat Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 111.

4 İlkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bknz. Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir, *Boşanma Hukuku Cilt I,* Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1987, s. 28 vd.; Zeytin, Zafer/Ergün, Ömer, *Türk Medeni Hukuku,* Seçkin Kitabevi, Ankara, 2017, s. 191 vd.; Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, *Aile Hukuku II. Cilt,* Beta Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 240 vd.; Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Hukuku,* Yetkin Kitabevi (Boşanma), Ankara, 2019, s. 111 vd.; Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches,* Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 146.

5 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Aile Hukuku,* Tan Matbaası, İstanbul, 1956, s. 162; Gençcan, Ömer Uğur, *Aile Mahkemesi Davaları,* Yetkin Kitabevi (Davalar), Ankara, 2019, s. 166;

sebeplerin dışında bir sebebe dayanarak boşanma davası açamaz. Aynı şekilde, hâkim de kanunda yazan boşanma sebeplerinin dışında bir sebebe dayanarak boşanmaya karar veremez.

Boşanma sebepleri, çeşitli açılardan sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Bu sınıflandırmalardan biri özel ve genel boşanma sebepleri olarak ayrılır.[6] TMK m. 161-165 arasında düzenlenen zina, hayata kast-pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme-haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı; boşanmanın özel sebepleri olarak değerlendirilir. Zira bu sebepler, özel olarak belirli olayları ya da durumları ifade etmektedir. TMK m. 166'da düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, özel bir nedeni ya da olayı karşılamaz. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması neden olan olay, her somut olaya göre değişiklik gösterir. Bu sebeple TMK m. 166'da düzenlenen boşanma sebepleri, niteliği itibariyle genel boşanma sebepleri olarak karşımıza çıkar.

Boşanma sebeplerindeki bir diğer ayrım ise mutlak ve nispi boşanma sebepleridir.[7] Mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenen bir boşanma sebebinde, boşanma sebebi teşkil eden olay ya da olgunun ispat edilmesi, hâkimin boşanmaya karar vermesi için yeterlidir. Nispi boşanma sebeplerinde ise ilgili boşanma sebebinin ispatlanması yeterli değildir. Hâkim, söz konusu olay ya da olgunun diğer eş için ortak hayatın devamının çekilmez kılıp kılmadığını değerlendirerek boşanmaya karar verir. Boşanma sebebi olay ya da olgu, ispatlanmış olsa bile ortak hayatın devamını çekilmez kılmıyorsa hâkim, takdir yetkisini kullanarak boşanmaya karar vermeyebilir.

Boşanma sebeplerindeki bir diğer ayrım ise kusura göre yapılır.[8] Bazı boşanma sebepleri açısından, hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için, davalı kusurlu olmalıdır. Bu sebeplere örnek olarak zina, hayata kast-pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış gösterilebilir. Ancak bazı boşanma sebepleri açısından ise, davalının kusurlu olması aranmaz. Örneğin akıl hastalığı ile anlaşmalı boşanmada durum böyledir.

I. Özel Nedenler

a. Zina (TMK m. 161)

Boşanma sebeplerinden biri olan zina, TMK m 161'de *"Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir"* olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, zinadan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. Zina,

---

6 Bknz. Kılıçoğlu, Ahmet, *Aile Hukuku,* Turhan Kitabevi (Aile), Ankara, 2015, s. 114; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 243.

7 Bknz. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 114; Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku,* Savaş Kitabevi, Ankara, 2014, s. 73.

8 Bknz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103; Erdem, s. 101.

eşlerden birinin, evlilik boyunca bir başka kişiyle kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi olarak ifade edilir.

Tanımdan da anlaşılabileceği üzere, zinanın söz konusu olabilmesi için eşin kendi rızası ile cinsel ilişkiye girmesi gerekmektedir. Saldırı, tecavüz ya da ciddi tehdit altında cinsel ilişkiye girilmesi, kendini bilmeyecek derecede sarhoşken cinsel ilişkiye girilmesi durumlarında rıza söz konusu olmadığından, cinsel ilişkiye girilmesi TMK m. 161 bağlamında zina sayılmaz. Boşanma sebebi olmasında zinanın bir kez ya da birden çok kez yapılması herhangi bir önemi haiz değildir. Zinanın iradi olarak bir kez gerçekleşmesi, boşanma konusu olabilmesi için şart ve yeterlidir.[9]

Boşanma sebebi olarak zinanın söz konusu olabilmesi için ilişkinin farklı cinsler arasında olup olmaması, öğretide tartışılmaktadır. Öğretideki bir grup yazara göre, zinanın söz konusu olabilmesi için eşlerden birinin, karşı cinsi ile cinsel ilişkiye girmesi gerekmektedir.[10] Bununla birlikte öğretideki bir diğer görüş ise, eşlerden birinin kendi cinsi ile cinsel ilişkiye girmesini boşanma sebeplerinden biri olan zinanın söz konusu olabilmesi için yeterli görür.[11]

Zina, her türlü kanıtla ispatlanabilir. Dolayısıyla zinanın ispatı, sadece cinsel ilişki sırasında suçüstü yapmakla ispat edilmez. Eşlerden birinin zina yaptığına dair kuvvetli emareler, zina olgusunun varlığına işaret eder. Örneğin eşlerden birinin bir başkası ile aynı evde yaşaması[12], ortak konutta bir başka üçüncü kişinin yarı çıplak bulunması[13], eşlerden birinin zührevî hastalığa yakalanması, eşin bir başka kişiyle aynı otel odasında kalması[14], eşlerden birinin geceyi herhangi bir sebep olmadan başkasının evinde geçirmesi[15] vb. olaylar, zinanın varlığı için yeterli sayılmıştır.

b. Hayata Kast-Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış (TMK m. 162)

---

9 Öztan, Bilge, *Aile Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 647; Ersöz, Oğuz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, s. 62.

10 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 104; Kılıçoğlu, Aile, s. 116; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 115; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 246; Zeytin/Ergün, s. 193; Baygın, Cem, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü", 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Cilt II, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2017, s. 737; Yazarlar, aynı cinsten kişiyle cinsel ilişkiye girilmesini haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirmektedirler.

11 Gençcan, Boşanma, s. 151; Erdem, s. 102; Sağlam, İpek, *Turkish Family Law,* On İki Levha Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 121; 2. HD, 2016/6730 E., 2017/656 K. sayılı ilamında da erkek erkeğe cinsel ilişki zina sayılarak boşanmaya karar verilmiştir.

12 2. HD, 2014/26168 E., 2014/25672 K.

13 2. HD, 2012/16833 E., 2014/14222 K.

14 2. HD, 2010/22120 E., 2012/670 K.

15 2. HD, 2010/5442 E., 2010/7658 K.

TMK m. 162/I, *"eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir"* düzenlemesi ile üç farklı boşanma sebebini düzenlemiştir.

TMK m. 162/I ile düzenlenen boşanma sebeplerinden ilki hayata kasttır. Bir eşin diğer eşin hayatına kastetmesi, onu öldürmeye sebebiyet verecek her türlü eylemde bulunmasını ifade ettiği gibi eşin ölmesini engelleyecek davranışlardan imtina etmesini ifade eder.[16]

Bir eşin diğer eşi öldürmeye teşebbüs etmesi, öldürme kastı olmasına rağmen elverişsiz araç kullanımı ya da istenilen sonuca varılamaması, intihara teşvik, hayata kast olarak nitelendirilecek davranışlardır.[17] Bu davranışların varlığı halinde, TMK m. 162 gereği hayata kast nedeniyle boşanma davası açılır.

TMK m. 162'de düzenlenen bir diğer neden ise pek kötü davranıştır. Pek kötü davranış, eşlerden birinin kasten diğer eşin sağlığına ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığına yönelmiş davranışlardır.[18]

Eşlerden birinin diğerine fiziki şiddet uygulaması[19], eziyet çektirilmesi, eşi hapsetmek, anormal cinsel ilişkiye zorlamak, aç bırakma gibi davranışlar, TMK m. 162 kapsamında pek kötü muamele olarak kabul edilir.[20] Hâkim, her somut olayın durumuna göre eşin uygulamış olduğu davranışı değerlendirecek ve bunun pek kötü muamele teşkil edip etmeyeceğine karar verecektir.

TMK m. 162 ile düzenlenen son boşanma sebebi ise onur kırıcı davranıştır. Onur kırıcı davranış, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun ile bir boşanma sebebi olarak düzenlendi.[21] Onur kırıcı davranış, pek kötü muamelede olduğu gibi fiziksel şiddet olarak kendini göstermez. Eşlerden birinin, diğer eşin manevi varlığına sözlü ya da yazılı olarak gerçekleştirdiği ve bünyesinde karşı tarafı küçük düşürmek, kötü

---

16 Öztan, s. 654; Karabulut, Ayşe Kübra, Türk Medeni Kanunu'nun 162 ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, Yüksek Lisans Tezi, s. 46 vd.

17 Gençcan, Boşanma, s. 191 vd.; Velidedeoğlu, s. 167.

18 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 108; Tekinay, s. 200; Ergün Topcu, Melike, Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, s. 64.

19 *"Sürekli ve ağır fiziki şiddet, buna maruz kalan eş bakımından pek kötü muamele eylemini oluşturur niteliktedir"*: 2. HD, 2015/13850 E., 2016/5358 K.; *"Bir eylemin pek kötü davranış nedeniyle boşanma sebebi oluşturabilmesi için işkence, zulüm gibi ağır bir şiddet içermesi ya da basit bir şiddet ise bu şiddetin tekrarlanmış olması gerekir"*: 2. HD, 2014/804 E., 2014/11848 K.

20 Akıntürk/Ateş Karaman, s. 249; Erdem, s. 108.

21 Kılıçoğlu, *Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler,* Turhan Kitabevi (Yenilik), Ankara, 2004, s. 13; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 116.

duruma düşürmek gibi psikolojik unsurları da barındıran eylemler, onur kırıcı davranıştır.[22]

Eşlerden birinin diğerine hakaret etmesi ve aşağılayıcı sözler söylemesi[23], kadının kocasını cinsel birliktelik olmadan bir başka erkekle aldatması[24], eşinin itibarını sarsacak şekilde dedikodular çıkarılması, eşine karşı sevgiden uzak sözler söylemek ya da mektup yazmak, eşinin peşine birini takmak ve eşi evden kovmak gibi davranışlar söz konusu olabilir.[25] İşte bu davranışlar, onur kırıcı davranışa örnek olarak gösterilebilir.

c. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme (TMK m. 163)

Özel boşanma sebeplerinden biri de suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürmedir. Bu boşanma sebebi, TMK m. 163'te *"eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir"* şeklinde hüküm altına alınmıştır.

TMK m. 163'te düzenlenen boşanma sebeplerinden ilki eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesidir. Kanun koyucu, boşanma sebebi olarak küçük düşürücü suç ifadesini kullanmıştır. Ancak küçük düşürücü suçtan ne anlaşılması gerektiği ne TMK'da ne de TCK'da hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, hangi suçların yüz kızartıcı suç olarak değerlendirileceğine somut olayın özelliklerine göre karar verilir. Hâkim, belirlemeyi yaparken eşlerden sosyal hayattaki durumu, toplumsal örf ve âdet kuralları ile ahlâk kurallarına göre hareket eder.[26]

Hırsızlık, dolandırıcılık, evrakta sahtecilik, cinsel taciz, ırza geçme gibi suçlar genel olarak yüz kızartıcı suç kapsamında değerlendirilir.[27] Ayrıca yüz kızartıcı olarak sayılabilecek bir suçun, boşanma sebebi olarak değerlendirilmesi için suç teşkil edecek fiili işleyen eşin, yapılacak tahkikat sonucunda ceza alıp almaması da herhangi bir önemi haiz değildir.[28]

Madde metninde hüküm altına alınan bir diğer sebep ise haysiyetsiz hayat sürmedir. Haysiyetsiz hayat sürme, toplumda mevcut bulunan ahlâki

---

22 Öztan, s. 658; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 108.

23 2. HD, 2018/3710 E., 2019/3251 K.; 2. HD, 2018/196 E., 2019/929 K. *"Davalı-davacı kadının tepki niteliğinde sayılan hakaret eyleminin de tepki sayılmasa bile TMK m. 162'deki ağır derecede onur kırıcı davranış olarak sayılamayacağı anlaşılmış olup..."*: 2. HD, 2010/15381 E., 2011/15954 K.

24 2. HD, 2011/22356 E., 2012/752 K.

25 Öztan, s. 658; Erdem, s. 108.

26 Göktürk, Hüseyin Avni, *Aile Hukuku,* Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1943, s. 41; Tekinay, s. 203.

27 Kılıçoğlu, Aile, s. 123; Zeytin/Ergün, s. 193; Yıldırım, s. 75.

28 Akipek, İlhan, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri,* Güney Matbaacılık, Ankara, 1952, s. 47; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 109.

değer yargılarına aykırı davranmak olarak ifade edilir.[29] Haysiyetsiz hayat sürme olarak kabul edilen davranışların, süreklilik arz etmesi gerekir. Dolayısı ile bu kapsamda değerlendirilebilecek davranışların tek seferlik yapılması, haysiyetsiz hayat sürme şeklinde değerlendirilerek boşanma sebebi teşkil etmesi söz konusu değildir.[30]

Hangi davranışların haysiyetsiz hayat sürme kapsamına dâhil olacağı, hâkim tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınarak tayin edilir. Ancak genel olarak eşlerden birinin tefecilik yapması, uyuşturucu kullanması, uyuşturucu, silah ya da kadın ticareti yapması, kumar oynaması, alkolik olması, genel ev işletmesi gibi davranışlar bu kapsamda değerlendirilir.[31]

ç. Terk (TMK m. 164)

TMK m. 164 ile terk, boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir.[32] TMK m. 164/I'e göre *"eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır."*

d. Akıl Hastalığı (TMK m. 165)

Akıl hastalığı, TMK m. 165'te *"eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir"* hükmü ile özel bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir.

Akıl hastalığı, TMK m. 133 ile evlenme engeli olarak düzenlenmiştir. Dolayısı ile akıl hastalığının tıbbi sakıncasının bulunması durumunda, tarafların evlenmesi mümkün değildir. Ancak buna rağmen tarafların bir şekilde evlenmesi halinde, TMK m. 145/III uyarınca evlilik mutlak butlanla batıl sayılacak ve hâkim evliliğin butlanına karar verecektir.[33]

TBK m. 165 ile akıl hastalığı boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak buradaki düzenleme, esas olarak evlilik birliği

[29] Velidedeoğlu, s. 171; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 116.

[30] Akıntürk/Ateş Karaman, s. 253; Gençcan, Boşanma, s. 269.

[31] Öztan, s. 665; Erdem, s. 110.

[32] Ayrıntılı bilgi için bknz; Öztan, s. 666 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 110; Gençcan, Boşanma, s. 283 vd.; Genç Güntürk, Nursena, Terk Sebebiyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi.

[33] Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 118; Kılıçoğlu, Aile, s. 133.

kurulduktan sonra ortaya çıkan akıl hastalığına yöneliktir. Evlenmeden önce mevcut bulunan akıl hastalığı, TMK m. 145/III gereği mutlak butlan sebebi teşkil ederken evlendikten sonra ortaya çıkan akıl hastalığı, TMK m. 165 gereği özel bir boşanma sebebidir.[34]

Madde metninde belirtildiği gibi, akıl hastalığının boşanma sebebi olarak değerlendirilmesi için aranan ilk şart, ortak hayatın çekilmez hale gelmesidir. Şayet akıl hastalığı, diğer eş için ortak hayatı çekilmez kılıyorsa, TMK m. 165 gereği boşanma davası açılabilir. Aranan diğer şart ise söz konusu hastalığın geçmesine olanak bulunmamasıdır. Gerçekten de bazı akıl hastalıkları, çeşitli tedavi yöntemleri ile giderilebilir. Ancak bu kapsamda yer almayan, diğer bir deyişle tedavi imkânı olmayan akıl hastalığının varlığı halinde diğer eş, boşanma davası açabilir. Son şart ise mevcut akıl hastalığının niteliği ve tedavi imkânının olup olmadığı, resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmelidir. Bu şartların tamamının sağlanması halinde, TMK m. 165 gereği akıl hastalığına dayanılarak boşanma davası açılır.

2. Genel Nedenler

a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması (TMK m. 166/I-II)

Boşanma sebepleri arasında, Türk hukuku bağlamındaki ayrımda karşımıza çıkan ilk genel neden, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır.[35] Söz konusu sebep, TMK m. 166/I'de *"evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir"* ifadesi ile hüküm altına alınmıştır.

Evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeni ile boşanmaya karar verilebilmesi için bazı şartların varlığı aranır. Bu şartlar, objektif şart ve sübjektif şart olmak üzere ikiye ayrılır.

Objektif şarttan kasıt, eşler arasındaki evlilik birliğinin temelden sarsılmasıdır. Bir diğer ifade ile eşler arasında evlilik birliğinin devamına olanak vermeyecek bir sebebin mevcut olması, eşler arasındaki karı-koca ilişkisinin düşüncesel olarak sona ermesi ve eşlerin birbirine bağlılık düşüncesinin kaybolmasıdır.[36] Sübjektif şart ise evlilik birliğinin

---

[34] Gençcan, Davalar, s. 236; Yıldırım, s. 77.

[35] Ayrıntılı bilgi için bknz. Yıldırım Korkmaz, Pınar, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılma Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi; Akartepe, Alpaslan, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılma Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi; Okumuş, Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılma Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi; Uçar Toksöz, Derya, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılma Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi; Orasan, Feyza, Evlilik Birliğinin Sarsılma Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi.

[36] Öztan, s. 680; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 117

devamının eşlerden en az biri için beklenemeyecek bir durumda olmasıdır.[37] Evlilik birliğinin temelden sarsılması sonucunda evlilik birliğinin devamının, eşlerden en az biri için çekilmez olup olmayacağına, somut uyuşmazlığın özelliklerine göre hâkim karar verecektir.[38]

b. Anlaşmalı Boşanma (TMK m. 166/III)

TMK m. 166/III ile düzenlenen bir diğer genel boşanma sebebi ise tarafların boşanma konusunda anlaşmasıdır.[39] Madde metnin bu husus, *"... eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır..."* ifadesi ile hüküm altına alınmıştır.

TMK m. 166/III'te belirtilen sebeple tarafların boşanması için çeşitli şartların varlığı aranmıştır. Bunlar evliliğin üzerinden en az bir yıl geçmiş olması, tarafların boşanmayı birlikte talep etmesi ya da eşlerden birinin boşanma talebini diğerinin kabul etmesi, eşlerin boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşması durumunda, hâkim kararı ile taraflar boşanabilir.[40]

c. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (TMK m. 166/IV)

Genel boşanma sebeplerinin sonuncusu, TMK m. 166/IV ile düzenlenmiştir. Ortak hayatın kurulamaması ya da fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın söz konusu olabilmesi için, kanunda çeşitli şartların varlığı aranmıştır. Bu şartlar, daha önce herhangi bir sebeple açılan boşanma davasının reddedilmesi, ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıllık sürenin geçmesi, eşler arasında ortak hayatın kurulamamış olması olarak sıralanabilir.[41]

Kanun'da belirtilen şartların varlığı halinde, eşlerden birinin talebi üzerine, evlilik birliğinin devam edilmesinin eşlerden beklenemeyeceği

---

[37] Akıntürk/Ateş Karaman, s. 265; Zeytin/Ergün, s. 195.

[38] Uygulamada, evlilik birliğinin temelinden sarsılması olgusu ile ortak hayatın sürdürülemeyeceğine yönelik çeşitli kriterler belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bknz. Gençcan, Boşanma, s. 446 vd.; Gençcan, Davalar, s. 248 vd.; Öztan, s. 680; Erdem, s. 123 vd.

[39] Ayrıntılı bilgi için bknz. Atmaca Ülkü, Hande, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Doktora Tezi; Şanlı Yalın, Şeyda, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi; Yılmaz Bilgin, Esra Pınar, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma (TMK m.166/f.3), Yüksek Lisans Tezi.

[40] Ayrıntılı bilgi için bknz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120 vd.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 269 vd.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 121 vd.

[41] Ayrıntılı bilgi için bknz. Kılıçoğlu, Aile, s. 144 vd.; Gençcan, Boşanma, s. 907 vd.; İpek, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Yüksek Lisans Tezi, s. 129 vd.

aşikardır ve bu konuda kesin bir karine mevcuttur.[42] Bu durumda hâkimin takdir yetkisi mevcut değildir, bu sebeple önüne gelen somut olayda, Kanun'un saydığı şartların mevcut olup olmadığını tespit edecektir. Şartların varlığı halinde ise hâkim, boşanmaya karar verir.

3. Yargı Kararlarında Sosyal Medya Paylaşımlarının Değerlendirilmesi

Türk hukukunda sosyal medya paylaşımları, münhasır bir boşanma sebebi olarak düzenlenmemiştir. Dolayısı ile her somut olayın, boşanma sebeplerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi ve hangi kategoride yer alacağının hâkim tarafından tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda Yargıtay'ın sosyal medya paylaşımlarının ne şekilde değerlendirdiği hususunu inceleyeceğiz.

Somut olayda, davacı-davalı kadın, Facebook üzerinden başka erkeklerle mesajlaşmaktadır.[43] Yargıtay, davacı-davalı eşin sosyal medya üzerinden başka erkeklerle yapmış olduğu mesajlaşmanın, evlilik birliği içerisinde kocasının güvenini sarsacak bir davranış olduğunu belirterek TMK m. 166/II gereği evlilik birliğinin temelden sarsıldığını kabul etmiştir. Ayrıca, yerel mahkeme, yapmış olduğu yargılamada kusuru sadece davalı-davacı kocaya yüklemiştir. Ancak Yargıtay, yapmış olduğu davranış sonucunda davacı-davalı kadının da kusurlu olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü gibi, sosyal medya üzerinden gerçekleşen mesajlaşmalar, dava konusu olmuştur. Yargıtay, sosyal medya paylaşımlarını, söz konusu davada TMK m. 166/I-II gereği boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelden sarsılması olarak kabul etmiştir. Gerçekten de sosyal medyanın günümüzdeki yeri değerlendirildiğinde, pek çok insanın bu sosyal paylaşım siteleri kullanması dikkate alındığında, bir boşanma sebebi olarak değerlendirilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Somut olayda davalı eş hem mobil telefonundan hem de bilgisayarından sürekli olarak Facebook isimli sosyal paylaşım sitesini kullanmaktadır.[44] Ayrıca, davalı, eşinden boşanacağını belirterek evi terk etmiştir. Yargıtay, yapmış olduğu değerlendirmede davalı eşin zamanının çoğunu Facebook'da geçirmesinin TMK m. 185/II'deki evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama konusundaki özen yükümlülüğüne

---

[42] Öztan, s. 705; Erdem, s. 143; *"... eldeki bu dava ise üç yıllık fiili ayrılık süresi sonunda 01.04.2009 tarihinde açılmıştır. Ortak hayatın bu süre içerisinde yeniden tesis edilemediği de sabittir. Bu durumda TMK m. 166/son maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmemesi, bozmayı gerektirmiştir."*: 2. HD, 2012/697 E., 2012/19462 K.; Boşanma davalarında karineler için bknz. Özbay, İbrahim/Çelik, Ferhat, "Boşanma Davalarında İspat yükü ve Karinler", Yargıtay Dergisi, Cilt 44, Sayı 1, Yıl 2018, ss. 15-60.

[43] 2. HD, 2011/21815 E., 2012/16802 K.

[44] 2. HD, 2014/19849 E., 2015/4186 K.

aykırı davrandığını belirtmiştir. Davalı eşin bu davranışı, TMK m. 166/I gereği ortak hayatın sürdürülmesinin diğer eş için beklenmeyecek derecede temelden sarsılmasına yol açmıştır. Bu sebeple Yargıtay, eşlerin TMK m. 166/I uyarınca boşanmasına karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi gerekçesi ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay, yapmış olduğu değerlendirmede isabetlidir. Zira sosyal medya üzerinde davalı eşin geçirdiği zaman, evlilik birliğinin devamını diğer eş için çekilmez hale getirebilir. Dolayısı ile eşler, evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlülüklerini yerine getiremeyebilir.

Yargıtay'ın önüne gelen somut uyuşmazlıkta, davacı-davalı erkeğin terk hukuki sebebine bağlı dava tarihinden sonra, davalı-davacı kadının boşanma dava tarihinden önce, davacı-davalı erkeğin eşine hakaret ettiği anlaşılmıştır.[45] Davacı-davalı eş, sosyal paylaşım sitesi Facebook üzerinden eşine karşı hakaretler içeren paylaşımda bulunmuştur. Bu hakaretler üzerine Yargıtay, davalı-davacı kadının açmış olduğu davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddedilmesi gerekçesi ile yerel mahkemenin hükmünü bozmuştur. Gerçekten de TMK m. 162, özel bir boşanma sebebi olarak onur kırıcı davranışı düzenlemiştir. Eşlerden birinin diğerine hakaret etmesi, onur kırıcı davranış olarak değerlendirilir.[46] Bu sebeple Yargıtay'ın kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Somut uyuşmazlıkta, mahkemenin değerlendirdiği konulardan biri de eşlerden birinin sosyal medya hesabındaki arkadaş sayısıdır.[47] Kadın, köyde yaşamasına rağmen kocasının Facebook adlı sitede çok fazla sayıda arkadaşının olmasını, sadakatsiz davranış olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, eşlerden birinin sosyal paylaşım sitesindeki arkadaş sayısının çokluğunun, haklı olarak tek başına eşin sadakatsiz davrandığı şeklinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

Boşanma davasındaki kusur tespitinde koca, karısının sosyal paylaşım sitesi Facebook'da kızlık soyadını kullanmasının değerlendirilmesini talep etmiştir.[48] Yargıtay, vermiş olduğu kararda kadının, Facebook'da sadece kızlık soyadını kullanmasının, kendisine kusur yüklenmesine sebep olamayacağına karar vermiştir. Kanaatimizce Yargıtay'ın vermiş olduğu karar yerindedir. Zira sosyal medya, her zaman için salt gerçeklerin yer aldığı bir platform değildir. Kadın, evlilik öncesinde kendi soyadı ile tanınır. Evlendikten sonra, kendi arkadaş çevresinde tanınmak için soyadını değiştirmemesi, evliliğin ortadan

[45] 2. HD, 2015/6685 E., 2015/21443 K.; Facebook üzerinden hakarete ilişkin ayrıca bknz. 2 HD, 2016/4199 E., 2016/13231 K.; 2. HD, 2015/10619 E., 2016/331 K.

[46] Öztan, s. 658; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 108; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 250.

[47] 2. HD, 2015/8680 E., 2916/178 K.

[48] 2. HD, 2015/21172 E., 2016/15048 K.

kalkması ya da eşe kusur yüklenebilmesi için kanaatimizce yeterli değildir.

Uyuşmazlık konusu olayda davalı koca, Facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde başka bir isimle hesap açmıştır.[49] Bu hesap üzerinden davalı koca, başka kadınlarla para karşılığı cinsel ilişki teklinde bulunmaktadır. Ayrıca eşine nöbete gideceğini söylemesine karşın nöbet yerine eğlenceye gitmektedir. İlâm metninde eşin Facebook üzerinden yapmış olduğu davranış, eşler arasında ortak hayatı temelinden sarsacak ve evlilik birliğinin devamına imkân vermeyecek şekilde geçimsizliğe yol açtığı belirtilerek boşanma yerine davanın reddedilmesi sebebiyle bozmaya karar verilmiştir. Davalı erkeğin yapmış olduğu davranış, kanaatimizce duruma göre TMK m. 161 gereği zina ya da TMK m. 163 gereği haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilmelidir. Zira kocanın, bir başkası ile para karşılığında olsun ya da olmasın, bir başkası ile cinsel ilişkiye girmesi ve bunun ispatlanması durumunda, zina sebebiyle boşanma söz konusu olacaktır. Cinsel birleşme olmaması durumunda da eşin bunu tekrar ederek başka kadınlara teklif etmesi, haysiyetsiz hayat sürme sebebi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.[50]

Türk hukuk sisteminde boşanma sebeplerinin numerus clausus olarak tercih edilmiştir. Gelişen ve değişen toplum hayatında meydana gelen yeniliklere kimi zaman kanuni boşanma sebeplerinin yetersiz kalma riski mevcuttur. Bu riski, yargı kararlarına yansıyan sosyal medya paylaşımları ile görmekteyiz. Kimi zaman sosyal medya paylaşımları, belirli bir ağırla ulaşsa da hangi boşanma sebebi içerisinde değerlendirileceği konusunda tereddütler oluşabilir. Bu tereddütlerin giderilmesi için kanun koyucunun yeni bir boşanma sebebi ihdas etmesi ya da Türk hukukundaki boşanma sebepleri sistematiğini değiştirmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Alman hukukunda yer alan düzenleme esas alınarak Türk gelenek, görenek, örf ve âdetlerine uygun şekilde boşanma sebepleri genel olarak düzenlenmeli ve her bir somut olay açısından boşanmanın hüküm ve sonuçları hâkimin takdirine bırakılmalıdır.[51]

---

49 2. HD, 2016/1135 E., 2017/5962 K.

50 Tekinay, s. 206; Akipek, s. 49; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 253.

51 Alman hukukundaki boşanma sebepleri açısından bknz. Schwab, Dieter, *Familienrecht,* Beck Verlag, Münih 2011, s. 154 vd.; Schmidt, Rolf, *Familienrecht,* Rolf Schmidt Verlag, Bremen 2018, s. 135 vd.; Hohloch, Gerhard, *Familienrecht,* Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2002, s. 327 vd.; Giesen, Dieter, *Familienrecht,* Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1997, s. 186 vd.

II. TÜRK HUKUKUNDA DELİL

A. GİRİŞ

Delil kavramı, hukuk sisteminde ispat kavramı ile değerlendirilir. İspat, dava konusu olayın veya hakkın ya da ona karşı yürütülen savunmanın dayandığı vakıaların gerçekte var olup olmadığı yönünde mahkemede bir kanaat uyandırmaya yönelik faaliyetler bütünü olarak tanımlanabilir.[52] İspat, esasında AY m. 36'da *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* hükmü ile anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir.

Mahkemede taraflar, iddialarının doğruluğunu ya da karşı tarafın iddialarının doğru olmadığını ispatlamak suretiyle davanın kazanılmasını ya da reddedilmesi gerçekleştirebilir.[53] Bu amaçla tarafların, uyuşmazlık konusu iddialarının gerçekliğine yönelik mahkemede kanaat uyandırma faaliyetlerinde başvurulan araçlara delil denir.[54] HMK m. 187/I, *"... bu vakıaların ispatı için delil gösterilir"* hükmü ile çekişmeli vakıaların delillerle ispat edileceğini açıkça düzenlemiştir.

Delilin konusu, maddi olay ve olgulardır. Bu olay ve olguların, taraflar arasındaki somut uyuşmazlığa yönelik olması gerekir. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, HMK m. 187/II gereği *"herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz."* Dolayısı ile örneğin temerrüt tarihindeki faiz oranı, herkesçe bilinen bir olay olduğundan delil ile ispata gerek yoktur. Ayrıca HMK m. 187/I gereği taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan olayların da ispatına gerek yoktur. Örneğin sözleşmeye aykırılık sebebiyle açılan bir davada tarafların, aralarında sözleşmesel bir ilişkinin varlığı yönünde bir anlaşması varsa, bu durumda sözleşmesel ilişkinin delille ispat edilmesine gerek yoktur.

B. DELİL TÜRLERİ

Türk hukukunda kabul edilen delil sisteminde, kesin ve takdiri deliller olarak ikili bir ayrım söz konusudur. Kesin delilleri ikrar, kesin

---

[52] Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 232; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2015, s. 367.

[53] Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, *Medeni Usul Hukuku,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2016, s. 374.

[54] Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer, *Medeni Usul Hukuku Dersleri,* Vedat Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 608; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 484.

hüküm, yemin ve senet oluşturur. Tanık, bilirkişi, keşif ve kanunda düzenlenen diğer deliller ise, takdiri deliller olarak kabul edilmiştir.

1. Kesin Deliller

Kesin delillerin neler olduğu, hangi usul ve esaslarla kullanılması ve sonuçları kanuni düzenlemeler ile hüküm altına alınmıştır. Düzenlenen bu delillere kesin delil denmesinin sebebi ise, hâkimin bu delillerle bağlı olmasıdır.[55]

Kesin delillerden ilki HMK m. 188'de düzenlenen ikrardır. Buna göre *"tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez."* Bu bağlamda ikrar, taraflardan birinin mahkeme önünde, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıaların doğruluğunu kabul etmesi olarak tanımlanabilir.[56] Örneğin mahkemede davacı taraf, davalıdan sözleşme gereği 5.000 TL aldığını söyler ve davalıda bunu kabul ederse, bu durumda ikrar gerçekleşmiş olur.

HMK'da düzenlenen bir diğer kesin delil ise kesin hükümdür. Mahkemenin vermiş olduğu hüküm, HMK m. 303'te belirtildiği şekilde şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekir. Bir mahkeme tarafından verilen ilâm, şekli anlamda kesinleştiği takdirde kesin hüküm sıfatını haiz olur.

Kesin delillerden bir diğeri ise yemindir. Yemin, HMK m. 225-239 arasında düzenlenmiştir. Yemin, taraflardan birinin, mahkeme huzurunda, bir vakıanın doğruluğu hakkında HMK m. 233/IV uyarınca namusu, şerefi ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerler üzerine beyanda bulunmasıdır.[57] HMK'da yer alan usullere uygun olarak taraflardan birinin yemin etmesi, söz konusu vakıa bakımından hâkimi bağlayacağından kesin delil olarak değerlendirilir.

Türk hukukundaki delil sisteminde yer alan son kesin delil ise HMK m. 199-224 arasında düzenlenen senettir. Senet kavramından ne anlaşılması gerektiği, kanunda tanımlanmamıştır. Öğretide senet, bir kimse tarafından, aleyhine delil teşkil edecek şekilde yazılı olarak hazırladığı ve kendi imzasını taşıyan belge olarak tanımlanır.[58] Medeni

---

[55] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 387; Kale, Serdar/Keser, Salih, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2015, s. 705.

[56] Kılıç, Halil, *Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Cilt II,* Adalet Kitabevi, Ankara, 2011, s. 1942; Ercan, İsmail, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı,* Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 546

[57] Kuru, s. 289; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 507; Ayrıntılı bilgi için bknz. Berberoğlu Yenipınar, Filiz, *Hukuk Yargılamasında Yemin Delili,* Seçkin Kitabevi (Yemin), Ankara, 2018

[58] Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku,* Alternatif Kitabevi, İstanbul 2014, s. 515; Nart, Serdar, "Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat", DEÜHFD, Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2007, s. 213.

usul hukuku bağlamında, bir belgenin senet olarak değerlendirilebilmesi için şu şartların varlığı aranmaktadır: Bir vakıa hakkında tam ve kesin bir bilgiyi içermesi, bu bilginin elle tutulabilir, fiziki bir şey üzerinde yazıyla kaleme alınması ve belgeyi düzenleyen kişinin imzasının yer alması gerekmektedir. Senet kavramı, kendi içerisinde adi senetler ve resmi senetler olmak üzere ikiye ayrılır. Düzenlenmesine herhangi bir resmi makamın müdahil olmadığı senetler adi senet olarak adlandırılırken düzenlenmesine resmi bir makamın katıldığı senetler resmi senet olarak değerlendirilir.[59]

2. Takdiri Deliller

Kanun tarafından usul ve esaslarının düzenlenmediği, vakıaların ispatında yeterli olup olmadığına hâkimin karar verdiği deliller ise takdiri delil olarak adlandırılır.[60]

Takdiri delillerden ilki tanık delilidir. Tanık delilinde olayı gören, diğer bir deyişle tanıklık eden kişilerin, mahkeme dışında, bir vakıa hakkında edindikleri bilgiyi mahkeme huzurunda hâkime bildirmesidir.[61] Tanıklık eden kişinin aktardığı bilgi ve gözlemeler, hâkim tarafından değerlendirilir. Hâkim, değerlendirmesi sonucunda tanıklığın ilgili vakıanın gerçekliğini ispatladığına karar verebileceği gibi ispatlamaya elverişli olmadığına da karar verebilir. Zira bu niteliğinin bir sonucu olarak tanık delili, takdiri delil olarak karşımıza çıkar.

Esas olarak HMK m. 266 vd. düzenlenen bilirkişi, bir diğer takdiri delildir. Hâkim, önüne gelen somut uyuşmazlıkta, kendi hukuki bilgisi ile çözemeyeceği teknik ve özel bilgilerde, konunun uzmanı kişilerden görüş olabilir. İşte hâkimin teknik ve özel bilgi gerektiren olaylarda konunun uzmanı bir kişinin oy ve görüşünü alması, bilirkişi delili olarak adlandırılır.[62]

Keşif, HMK m. 288 vd. düzenlenen bir diğer takdiri delildir.[63] Keşif ile hâkim, uyuşmazlık konusu olayın nerede, hangi şartlarda ve nasıl gerçekleştiği hususunda bizzat kendi duyu organları ile yapmış olduğu incelemedir.

---

[59] Ayrıntılı bilgi için bknz. Türktekin, Servet, *Senetle İspat Zorunluluğu ve Sınırları,* Yüksek Lisans Tezi, s.16 vd.; Gökler, Ahmet Metin, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ile Bu Kuralın İstisnaları,* Yüksek Lisans Tezi, s. 44 vd.

[60] Kuru, s. 296; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 435.

[61] Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları,* Namaş Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 373; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 514.

[62] Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2013, s. 1231; Ercan, s. 628

[63] Ayrıntılı bilgi için bknz. Berberoğlu Yenipınar, Filiz, *Hukuk Mahkemelerinde Keşif,* Seçkin Kitabevi (Keşif), Ankara, 2018; Aşık, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Keşif,* Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019

B. SOSYAL MEDYA ÜZERİNDEN EDİNİLEN DELİLLER

1. Giriş

Değişen ve gelişen teknolojik gelişmeler, özellikle son yüzyılda önemli bir mesafe kat etmiştir. Teknolojik hayatta yaşanan gelişmeler, şüphesiz insan hayatında da kendine yer bulmuştur. Teknolojik makinelerin ve özellikle internetin bulunması ve yaygınlaşması ile, dünyada yeni bir iletişim yöntemi ortaya çıkmıştır.

Yeni bir iletişim aracı olarak ortaya çıkan sosyal medya, dünyanın hemen hemen her yerinden bağlanan kullanıcıların, internet üzerinden sürekli sesli, görüntülü ya da yazılı şekilde veri girişi sağlayarak iletişim kurdukları alan olarak tanımlanabilir.[64]

Türkiye'de Facebook, Twitter, Snapchat, Instagram, Scope, Linkedln gibi birçok sosyal paylaşım sitelerinde kullanıcılar sürekli yazılı, görsel ya da sesli paylaşım gerçekleştirmektedir. Bu sosyal paylaşım siteleri üzerinden gerçekleşen paylaşımlar, çeşitli sebeplerle mahkemelere sunulmaktadır. Söz konusu paylaşımların ispat hukuku bakımından hukuki niteliği ve edinilme şekli önem teşkil etmektedir.

2. Sosyal Medya Üzerinden Edinilen Delillerin Hukuki Niteliği

Sosyal medya paylaşımları, olaylar hakkında bilgi sahibi olunmasını sağlayan en önemli iletişim vasıtalarından biridir. Sosyal medyada yapılan bir paylaşım, bir vakıa hakkında bilgi vermek ya da vakıayı ispatlama amacıyla mahkeme önüne taraflarca sunulabilir. Bu durumda, sosyal medya paylaşımlarının ispat hukuku bakımından hukuki niteliği önem teşkil eder.

Türk hukuk sisteminde deliller, temel olarak iki başlık altında toplanmıştır. Kesin ve takdiri deliller olarak yapılan bu sınıflandırma ile tanık, yemin, senet, keşif, bilirkişi vb. delillerin ait olduğu kategori belirlenmiştir. Türk hukukundaki bu değerlendirmeye baktığımızda, özellikle HMK sistematiği içerisinde, sosyal medya paylaşımlarının bu kategorilerden herhangi birine niteliği itibariyle dahil olamayacağı değerlendirilir.

Türk hukukunda takdiri delillerden birinin de kanunda sayılmış diğer delil türlerinin olduğu ifade edilmişti. Bu bağlamda, esasında kesin

---

[64] Peschke, Lutz, "Mediatized World: The Impact of Media on Communaciton", New Media and Law: A Comparative Study (Yeni Medya ve Hukuk: Karşılaştırmalı Bir Çalışma) (Ed:Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz), Yetkin Kitabevi, Ankara, 2016, s. 34 vd.; s. 75 vd.; Wolf, Maxim/Sims, Julian/Yang, Huadong, Socail Media? What Social Media, <https://www.ukais.org/resources/Documents/ukais%202018%20proceedings%20papers/paper_4.pdf, s.e.t. 23.11.2019>.

deliller ile münhasıran takdiri delil olarak düzenlenmiş deliller dışında; kanunun düzenlemiş olduğu diğer delil türleri takdiri delil olarak karşımıza çıkar.

HMK m. 199*, "uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir"* düzenlemesi ile genel bir tanım getirmiştir. Buna göre çeşitli yöntemlerle aktarılan verilerin, hukuki niteliğine dair genel bir düzenleme getirilmiştir.

HMK m. 199 gereği, bir bilgi aktarımının hukuki manada belge sayılabilmesi için bilgi taşıyıcısı olması ve çekişmeli vakıaların ispatına elverişli durumda olması gerekmektedir.[65] Madde metninin gerekçesinde belirtildiği üzere *"belge konusunda sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine, belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir."* Bu bağlamda, vakıaları ispata elverişli ve bilgi taşıma özelliğini haiz şeyler, belge olarak değerlendirilebilir.

HMK m. 199, elektronik ortamda paylaşılan yazılı, sesli ya da görsel paylaşımların belge niteliğini haiz olduğu ifade edilmiştir. Sosyal medya paylaşımları, internet aracılığı ile elektronik ortamda gerçekleştirilir. Sosyal medya paylaşımları, elektronik ortamdaki veriler aracılığı ile bilgi taşıdığından, bu paylaşımların hukuki niteliği itibariyle belge niteliğini haiz olduğunu ve takdiri delil olarak değerlendirileceğini söylemek mümkündür.[66]

3. Delillerin Sosyal Medya Üzerinden Edinilme Şekli

Delil, bir vakıanın gerçekliği hakkında hâkimi ikna etmek için kullanılan en önemli araçlardır. Bu araçlar, alelade mahkemeye sunulmaz. Delillerin mahkemeye sunulması ve delillerin elde edilmesi, çeşitli usul ve esaslara tabidir.

Medeni usul hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan HMK m. 25'te düzenlenen taraflarca getirilmesi ilkesi uyarınca, deliller mahkemeye taraflarca sunulur. Ancak kanunda açık bir düzenleme olması durumunda (HMK m. 266 ve 288'de olduğu gibi) hâkim tarafından kanunda belirtilen deliller toplanır. Taraflar, HMK m. 194 gereği hangi vakıanın hangi delille somutlaştıracağını mahkemeye sunar.

Taraflar, dayandıkları delilleri kural olarak dava dilekçelerinde mahkemeye sunar. HMK m. 140/V, *"ön inceleme duruşmasında, taraflara*

---

[65] Postacıoğlu/Altay, s. 625; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 514; Korkmaz, Cansu, "Sosyal Medya Üzerinden Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", New Media and Law: A Comparative Study (Yeni Medya ve Hukuk: Karşılaştırmalı Bir Çalışma) (Ed:Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz), Yetkin Kitabevi, Ankara, 2016, s. 138.

[66] Yılmaz, s. 1080; Korkmaz, s. 138.

dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir" düzenlemesi ile delillerin mahkemeye tevdiinin en son hangi zamana kadar gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Ancak bu kural, kanun koyucu tarafından mutlak bir gerçeklik olarak kabul edilmemiştir. Zira bu durum, HMK m. 145'te *"taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir"* düzenlemesi ile hüküm altına alınmıştır.

Delillerin mahkemeye ne zaman sunulacağı, kanuni düzenlemeler ile hüküm altına alınmıştır. Delillerin ne zaman mahkemeye sunulacağı kadar önemli olan bir diğer konu ise delillerin ne şekilde elde edildiğidir. Bir delilin, somut olayın ispatında rol alabilmesi için, hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmesi gerekir. Zira bu duruma ilişkin AY m. 38/VI, açık bir düzenleme getirmiştir. Buna göre *"kanuna aykırı olarak ede edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."* Delillerin elde edilmesinde, Anayasa ile güvence altına alınan bu düzenleme, medeni usul hukukunda da yer almıştır. HMK m. 189/II'ye göre *"hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz."*

İspat hakkının temelinde, uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin gösterilecek delillerle birlikte gerçekliğe ulaşmak yer alır. Ancak ispat hakkı hem Anayasa'da hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtildiği gibi sınırlandırılmıştır. Bu sınırın en önemli noktası, ispatı gerçekleştirecek olan delillerin hukukun cevaz verdiği şekilde elde edilmesi oluşturur ve hiçbir hukuk sistemi, gerçeğin ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması yönündeki bir kuralı kabul etmez.[67] Bir diğer deyişle, yargılama sırasında taraflar, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delilleri, bir vakıanın ispatı için ileri süremez, buna dayanamaz.[68]

Bir kişinin sosyal medya hesapların yapmış olduğu paylaşımlar, yargılama sürecinde mahkemeye sunulmaktadır. Mahkemeye sunulan bu paylaşımların, delil niteliğini haiz olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Kimi durumlarda, sosyal medya paylaşımları, kimi zaman rızası halefine, mahkemeye vakıaların ispatı amacıyla sunulmaktadır. Anayasa

---

[67] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 386; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 408; Korkmaz, s. 141 vd.

[68] Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Usul Hukuku,* Yetkin Kitabevi (Usul), Ankara, 2019, s. 730; Akil, Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilmeyeceği Meselesi", AÜHFD, Cilt 61, Sayı 4, Yıl 2012, s. 1247.

ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtildiği üzere, sosyal medya paylaşımlarının delil olarak değerlendirilebilmesi için, ilgili paylaşımların, paylaşımda bulunan kişinin rızası ile elde edilmiş olması gerekir.[69]

4. Yargı Kararlarında Sosyal Medya Paylaşımlarının Değerlendirilmesi

Somut olayda, yerel mahkemece taraflardan birinin Facebook paylaşımları hükme esas alarak tarafların boşanmasına karar verilmiştir.[70] Yargıtay, yapmış olduğu değerlendirmede elektronik ortamdaki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile bunlara benzeyen bilgi taşıyıcılarının tek başına vakıaların ispatında yeterli olmadığına karar vermiştir. Zira yukarı sayılan ve benzeri bilgi taşıyıcıları, diğer delillerle desteklendikleri takdirde delil olarak hükme esas alınabilir.

Somut olayda, taraflar arasında bir boşanma davası devam ederken, davacı eş, sosyal paylaşım sitesi Facebook üzerinde bir başka erkekle fotoğraf paylaşımında bulunmuştur.[71] Ayrıca, ilgili fotoğrafta davacı eş, paylaşım yaptığı erkeği nişanlısı olarak tanıtmıştır. Bu paylaşım, sosyal medya hesabı üzerinden, herkese açık şekilde gerçekleştirilmiştir. Davalı eş de söz konusu paylaşımı delil göstererek, Yargıtay'a verilen boşanma kararı ile ilgili, karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Yargıtay, vermiş olduğu kararda, evlilik birliğinin boşanma kararı verilene kadar devam ettiğini ve bu süreç içerisinde eşlerin sadakat yükümlülüğümüm bulunduğu belirtmiştir. Facebook paylaşımları, davacı eşin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğine bir emare olarak sayılmıştır. Yargıtay, ilâmında toplanacak diğer delillerle birlikte tarafların kusurlarının ve boşanmanın sonuçlarına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, bu kararında sosyal medya hesabı üzerinden yapılan paylaşımın, boşanmada kusura ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin karar vermede tek başına yeterli görmemiştir. Biz de Yargıtay'ın bu görüşüne katılmaktayız. Zira eşin yapmış olduğu paylaşım, evlilik birliği halihazırda devam ederken sadakat yükümlülüğünün ihlaline bir emare teşkil eder. Günümüzde, sosyal

---

69 *"... kadının rızası dışında Facebook'tan alınan ve delil olarak dosyaya sunulan fotoğrafların yasal delil olarak değeri tartışılıp değerlendirilmeksizin hükme dayanak alınması doğru bulunmamış..."*: 3. HD, 2012/23195 E., 2013/698 K.; *"Sosyal medya hesaplarında yapılan paylaşımların, ancak hesabın sahibi veya aynı paylaşım ortamında (Facebook/Whatsapp) bulunan kişilerce delil olarak kullanımının mümkün olduğu düşünülecektir. Diğer bir anlatımla, sahte profil oluşturup paylaşımlarda bulunmak veya kişi profillerinde hesap sahibinin bilgisi, muvafakati ve izni olmaksızın yapılan paylaşımların delil olarak sunulması halinde, bunların HMK m. 189/II uyarınca hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerekir."*: 3. HD, 2016/14742 E., 2017/2577 K.

70 2. HD, 2013/19577 E., 2014/1926 K.

71 2. HD, 2012/6355 E., 2012/11122 K.

medya üzerinden kişilerin her zaman kendiler ile ilgili gerçek ya da olayın gerçekleştiği zamanda paylaşımda bulunmadığı bir gerçektir. Dolayısı ile diğer delillerle birlikte Facebook paylaşımının gerçekliğinin sabit olup olmadığının araştırılması yönünde karar verilmesi kanaatimizce yerindedir.

Somut olayda, davalı, eşinin Facebook sayfasında başka kadınlarla elektronik ortamda görüştüğünden bahisle eşinin geçimsizliğe sebep olduğunu ve kusurunun bulunduğunu beyan etmiştir.[72] İlâmdan anlaşıldığı üzere, dosya kapsamında söz konusu olaya ilişkin başka bir delil ileri sunulmamıştır. Yargıtay, vermiş olduğu kararda söz konusu vakıanın kabulünü destekleyecek başka delillerin sunulmadığından hareketle temyiz itirazının reddine karar vermiştir. Kanaatimizce Yargıtay, sosyal medya üzerinden yapılaşan paylaşımların, diğer delillerle desteklendiği takdirde karara esas alınabileceği görüşündedir. Kaldı ki, esasında mevcut bulunmayan ancak çeşitli elektronik vasıtalarla gerçeği yansıtmayan sosyal medya paylaşımlarının üretilebilmesi ihtimalinin karşısında Yargıtay, haklı olarak sadece sosyal medya paylaşımını hükme esas almamıştır.

Somut bir diğer olayda, eşinin Facebook ve Outlook hesapları üzerinden başka kadınlarla mesajlaştığı belge olarak mahkemeye sunarak davalı erkeğin tamamen kusurlu olduğundan hareketle boşanmaya karar verilmesini talep etmiştir.[73] Yargıtay, elektronik ortamdaki bilgi taşıyıcılarının ancak diğer delillerle desteklendiği takdirde delil olarak hükme esas alınabileceğini belirtmiştir. Zira Yargıtay, internet ortamı üzerinden yapılan görüşme kayıtlarının kim tarafından oluşturulduğunun ve yazışmaların muhataplarının kim olduğunun belli olmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, diğer delillerle desteklenmedikçe mahkemeye sunulan görüşme kayıtlarının tek başına vakıaların ispatında dikkate alınamayacağına karar verilmiştir. Yargıtay, vermiş olduğu kararda, her iki tarafın menfaatini koruyarak, sahte ya da yanlış delil üretilmesinin önüne geçmek amacıyla, sosyal medya üzerinden gerçekleşen yazışmaların tek başına boşanma davasının sebebinin mevcudiyetini ispatlamayacağı yönündeki görüşü kanaatimizce isabetlidir.

SONUÇ

Sosyal medya hesaplarından kişiler, çeşitli şekillerde paylaşımda bulunurlar. Tarafların yapmış olduğu paylaşımlar, kimi zaman mahkemelerde yargılama konusu olabilir. Bu sebeple yapılan paylaşımların niteliği önem arz edebilir.

---

72 2. HD, 2014/8382 E., 2014/19283 K.

73 2. HD, 2016/17151 E., 2018/5463 K.

Evlilik birliği içerisinde eşler, sosyal medya hesaplarında normalden çok daha fazla vakit geçirebilir. Ya da sosyal medya paylaşımları aracılığı ile eşlerine hakaret edebilecekleri gibi evlilik birliği dışındaki kişilerle evlilik birliğinin getirdiği sadakat yükümlülüğüne aykırı şekilde ilişki içerisine girebilir.

Eşlerden herhangi birinin yapmış olduğu davranışların yargılama konusu olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Türk hukuk uygulamasında Yargıtay, gelişen ve değişen dünya düzenini takip etmiş ve internet aracılığı ile önüne gelen uyuşmazlıkları mümkün oldukça hakkaniyete ve adalete uygun şekilde çözme yoluna gitmiştir. Kararların değerlendirildiği kısımda belirtildiği gibi günümüzde önemli bir yere sahip olan sosyal medya paylaşımları, birçok uyuşmazlıkta boşanma sebebi olarak sayılmıştır. Ancak kanaatimizce Yargıtay, sosyal paylaşım sitelerinden yapılan paylaşımları, salt boşanma sebebi olarak görmemektedir. Bu boşanma gerekçelerinin yanında ek gerekçelerin de değerlendirilerek karar verildiğini görmekteyiz. Yine ilâmlardan yola çıkarak, sosyal medya paylaşımlarının boşanma sebebi sayılması için, sadece sosyal medya paylaşımı yeterli delil olarak görülmemiş; bunun yanında boşanma sebebini destekleyici diğer delillerin varlığı da aranmıştır.

Değişen ve gelişen dünyamızda neredeyse her geçen gün, sosyal medya araçlarının çeşitliliği artmaktadır. Bu artışla beraber sosyal medya, kamuoyunda ve bireylerin hayatında her geçen gün daha da güçlenmektedir. Bu güçlenme karşısında bir kısım kanuni düzenlemelerin yetersiz kaldığı kanaatindeyiz. Tüm dünyada yaşanan değişim ve gelişim karşısında kimi zaman kanun koyucular yeni düzenlemeler ihdas ederken kimi zaman yargı organlarının içtihatları ile meydana gelen değişim ve gelişimlere çözüm üretilmektedir. Ancak bazı hukuk alanlarında geçerli olan kurallar, meydana gelen sorunların çözümünün yargı yolu ile çözümüne imkân vermemektedir. Bilindiği üzere hukuk sistemimizde boşanma sebeplerinin numerus clausus olarak sayılması, gelişen ve değişen toplum hayatına hukukun uyum sağlamasını ancak kanuni düzenleme yoluyla mümkün kılmaktadır. Bu sorunların giderilmesi için kanun koyucunun yeni bir boşanma sebebi ihdas etmesi ya da Türk hukukundaki boşanma sebepleri sistematiğini değiştirmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Türk gelenek, görenek, örf ve âdetlerine uygun şekilde boşanma sebepleri genel bir norm olarak düzenlenmeli ve her bir somut olay açısından boşanmanın hüküm ve sonuçları hâkimin takdirine bırakılmalıdır.

Yargıtay ve öğreti, takip hukuku bakımından sosyal medya paylaşımlarını genel itibariyle belge olarak, takdiri delil niteliğinde değerlendirmektedir. Sosyal medya paylaşımları bir vakıanın ispatında tek başına yeterli görülmemiştir. Uyuşmazlık konusu vakıanın ispatında sosyal medya üzerinden elde edilen bilgilerin, ancak diğer delillerle birlikte değerlendirilerek ispatta rol oynayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akgün, Zerrin, *Evlilik Hukuku,* Vakit Matbaası, İstanbul, 1946.

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, *Derya, Aile Hukuku II. Cilt,* Beta Kitabevi, İstanbul, 2014.

Akil, Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilmeyeceği Meselesi", AÜHFD, Cilt 61, Sayı 4, Yıl 2012, s. 1223-1270.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, *Medeni Usul Hukuku,* Yetkin Kitabevi, Ankara 2016.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

Baygın, Cem, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü", 1926'dan Günümüze Türk, İsviçre Medeni Hukuku, Cilt II, Yetkin Kitabevi, Ankara 2017.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper*, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.

Erdem, Mehmet, *Aile Hukuku,* Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.

Ergün Topcu, Melike, Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi.

Ersöz, Oğuz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma,* Yüksek Lisans Tezi.

Genç Güntürk, Nursena, *Terk Sebebiyle Boşanma,* Yüksek Lisans Tezi.

Gençcan, Ömer Uğur, *Aile Hukuku,* Yetkin Kitabevi (Aile), Ankara, 2011.

Gençcan, Ömer Uğur, *Aile Mahkemesi Davaları,* Yetkin Kitabevi (Davalar), Ankara, 2019.

Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Hukuku,* Yetkin Kitabevi (Boşanma), Ankara, 2019.

Gençcan, Ömer Uğur, *Evliliğin Genel Hükümleri,* Yetkin Kitabevi (Evlilik), Ankara, 2019.

Giesen, Dieter, *Familienrecht,* Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1997.

Güneş Peschke, Seldağ, "Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları", Kadın Araştırmaları Dergisi, Cilt IV, Sayı 1, Yıl 2018, ss. 121-146.

Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Derya, *Aile Hukuku,* Vedat Kitabevi, İstanbul, 2014.

Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches,* Stämpfli Verlag, Bern, 2018.

Hohloch, Gerhard, *Familienrecht,* Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2002.

Kale, Serdar/Keser, Salih, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2015, ss. 701-726.

Karabulut, Ayşe Kübra, Türk Medeni Kanunu'nun 162 ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, Yüksek Lisans Tezi.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Aile Hukuku,* Turhan Kitabevi (Aile), Ankara, 2015.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler,* Turhan Kitabevi (Yenilik), Ankara, 2004.

Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

Nart, Serdar, "Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat", DEÜHFD, Cilt 9, Sayı 1, Yıl 2007, s. 207-232.

Okumuş, Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi.

Orasan, Feyza, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi.

Özbay, İbrahim/Çelik, Ferhat, "Boşanma Davalarında İspat yükü ve Karinler", Yargıtay Dergisi, Cilt 44, Sayı 1, Yıl 2018, ss. 15-60.

Öztan, Bilge, *Aile Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz, Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,* Yetkin Kitabevi, Ankara, 2015.

Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer, *Medeni Usul Hukuku Dersleri,* Vedat Kitabevi, İstanbul, 2015.

Sağlam, İpek, *Turkish Family Law,* On İki Levha, İstanbul, 2019.

Schmidt, Rolf, *Familienrecht,* Rolf Schmidt Verlag, Bremen, 2018.

Schwab, Dieter, *Familienrecht,* Beck Verlag, Münih, 2011.

Tekinay, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku,* Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

Uçar Toksöz, Derya, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma,* Yüksek Lisans Tezi.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Aile Hukuku,* Tan Matbaası, İstanbul, 1956.

Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir, *Boşanma Hukuku Cilt I,* Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1987.

Yıldırım Korkmaz, Çınar, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma,* Yüksek Lisans Tezi.

Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku,* Savaş Kitabevi, Ankara, 2014.

Zeytin, Zafer/Ergün, Ömer, *Türk Medeni Hukuku,* Seçkin Kitabevi, Ankara, 2017.

RESMİ VASİYETNAMENİN DÜZENLENME BİÇİMLERİ, VASİYETÇİ İÇİN ÖZEL DURUMLAR VE RESMİ VASİYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Organizing Conditions Of The Official Will, Special Cases For Testator And Retrieval Of The Official Will

Arş. Gör. Coşkun ÇALDAĞ*

Özet: Çalışmada, ilk olarak resmi vasiyetname düzenlenmesinde bulunması gereken kimseler incelenmiştir. Vasiyetname düzenleme ehliyeti çalışma kapsamı dışında bırakılmış, vasiyetçinin görme, konuşma, işitme gibi yeteneklerden bir veya birkaçına sahip olmaması halinde ya da Türkçe bilmemesi halinde resmi vasiyetname düzenlenmesinde özellik arz edecek noktalar incelenmiştir. Resmi vasiyetname düzenlenmesinde resmi memur olabilecek kimseler ve resmi memur veya tanık olarak kimlerin katılamayacağı incelenmiştir. Kimlerin tanık olabileceğine ilişkin ayrıca bir inceleme yapılmamıştır. Resmi vasiyetname düzenlenmesine katılan resmi memur ve tanığın kanunda belirtilen hısımlarına o resmi vasiyetnameyle kazandırma yapılamayacaktır. Bu husus resmi vasiyetnameyle kazandırma yapılamayacak kimseler başlığıyla incelenmiştir.

TMK'ya göre resmi vasiyetname düzenleme biçimleri her aşamaya ayrı başlık açılarak incelenmiştir. Ayrıca TMK'da düzenlenmeyen karma vasiyetname hakkında öğretideki fikirler ve Yargıtay uygulaması aktarılmaya çalışılmıştır. Resmi vasiyetnameyi düzenleyen resmi memur, resmi vasiyetnameyi saklamak ve tevdii etmekle yükümlüdür. Resmi vasiyetnamenin ispat kuvveti, saklanması ve tevdii edilmesi ile ilgili detaylar çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

TMK m. 542-544 maddeleri arasında düzenlenen vasiyetnameden dönme, resmi vasiyetname özelinde incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmada vasiyetnameden dönme yerine vasiyetnamenin geri alınması kavramı kullanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vasiyetname, Resmi Memur, Tanık, Resmi Vasiyetname, Resmi Vasiyetnamenin Geri Alınması

Abstract: In the study, first of all, the people who should be present in the official testament were examined. The capacity to issue a will was excluded from the scope of the study, and if the testator did'nt have one or more of the abilities such as seeing, speaking and hearing, or if he did'nt speak Turkish, the points that would be important in the preparation of the official will was examined. In the preparation of the official testament, the persons who could be officials and who could'nt participate as officials or witnesses were examined. There was no further investigation into who might be witnesses. The relatives of the official and witness, who participate in the preparation of the official will, will not be able to earn with that official will. This issue has been examined under the heading of persons who cannot be earned by official will.

According to the TMK, the forms of formal testament are examined by opening a separate title for each stage. In addition, the ideas in the doctrine about the mixed will not regulated in the TMK and the application of the High Court of Appeal's were tried to be conveyed. The official who drafted the official will is obliged to keep and deposit the official will. Details regarding the proof strength, storage and delivery of the official testament have been excluded from the scope of the study.

The reversal of the testament regulated between the articles 542-544 has been tried to be examined in the official testament. In the study, instead of avoidance of will, retrieval of will was used.

Keywords: Will, Official Officer, Witness, Official Will, Retrieval of Official Will

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. caldagcoskun@gmail.com, ORCİD: 0000-0003-1050-3624.

Makale Geliş Tarihi: 07.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 18.10.2021

GİRİŞ

Vasiyetname şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur.[1] Vasiyetnameyi düzenleyen vasiyetnameyi düzenlediği tarihte hayattadır. Ancak vasiyetnamesinde yer alan arzular o öldükten sonra uygulanma kabiliyeti bulabilecektir.[2] Vasiyetname düzenleyebilmek için birden fazla tarafın iradesi gerekmez. Çünkü vasiyetname tek taraflı bir hukuki işlemdir.[3] Ayrıca vasiyetnamenin, vasiyetnamede kazandırmada bulunulan kimseler gibi herhangi bir kimseye ulaşmış olması da gerekmez.[4]

Vasiyetname düzenleme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Dolayısıyla bu hakkın temsil yoluyla kullanılması mümkün değildir.[5]

---

1 Maddi anlamda vasiyetname ve şekli anlamda vasiyetname ayrımı hakkında detay için ve vasiyetnamenin şekli anlamda vasiyetname olduğuna dair bkz. Dural, Mustafa/ Öz, Turgut, *Miras Hukuku Dersleri*, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 52 vd.; Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 16 vd.; Cıngıl, Ali Raşit, "Resmi Vasiyetname", TNBHD, S. 137, 2008, s. 66; Ertaş, Şeref, "Resmi Vasiyetname", TNBHD, S. 130, 2006, s. 24; Öztan, Bilge, *Miras Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 8. Baskı, s. 175; Güneri, Cemal, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, 2016, s. 7.

2 Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 6. Baskı, s. 255; Cıngıl, s. 66, Dural/Öz, s. 50; Ruhi/Ruhi, s. 17; Ertaş, s. 24; Öztan, s. 165; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978, 2. Baskı, s. 156; İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman, *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 35; Maç, Mehmet/Jamali, Tarık, "Vasiyetnamenin Hazırlanış Şekli ve Vasiyet Yoluyla Mirasın Planlanması", Yaklaşım Dergisi, S. 169, 2007, s. 30; Sanberk, Mustafa Turgut, Resmi Vasiyetname, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2002, s. 4-5; Öztan, Bilge/Öztan, Fırat, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3586.

3 Serozan/Engin, s. 261; Cıngıl, s. 66; Dural/Öz, s. 53; Ruhi/Ruhi, s. 18; Ayiter, Nûşin, *Miras Hukuku,* 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978, s. 43; Günay, Erhan, *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 46; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, 9. Baskı, s. 106; Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, 9. Bası, s. 94; Maç/Jamali, s. 30; Öztan, s. 176; İmre, Zahit/Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2018, 14. Baskı, s. 56; Çabri, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi*, C.1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 502.

4 Serozan/Engin, s. 262; Dural/Öz, s. 53; Güneri, s. 7; Sanberk, s. 13.

5 Serozan/Engin, s. 259; Ruhi/Ruhi, s. 19; Dural/Öz, s. 58; Ertaş, s. 27; Köprülü, Bülent, *Miras Hukuku Dersleri,* Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, 2. Baskı, s. 138; Şener, Esat, *Vasiyet,* Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 30; Antalya, Gökhan/Sağlam, İpek, *Miras Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 114; Öztan, s. 165; Cıngıl, s. 70; Solak, Edhem, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Ehliyet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, 2016, s. 53; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 36; Ayan, s. 100; Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, 7. Baskı, s. 81; Çabri, s. 503; Öztan/Öztan, s. 3586.

Miras hukukunda geçerli olan tipe bağlılık ilkesi gereği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[6] (TMK)'da düzenlenen vasiyetname türlerinden herhangi birisine uymayan bir vasiyetname düzenlenemez.[7] TMK'ya göre üç çeşit vasiyetname türü bulunmaktadır. Bunlar: Resmi vasiyetname, el yazılı vasiyetname ve sözlü vasiyetnamedir. Bu türlerden ilk ikisi normal, üçüncü olan sözlü vasiyetname ise istisnai bir vasiyetname türüdür[8]. Her üç vasiyetnamenin hukuki değeri eşittir[9]. Resmi vasiyetname TMK m. 532-537 arası maddelerde, el yazılı vasiyetname TMK m. 538'de, sözlü vasiyetname ise TMK m. 539-541 arası maddelerde düzenlenmiştir.

Resmi vasiyetnamenin el yazılı vasiyetnameye göre bazı avantajları bulunmaktadır. Resmi vasiyetnamenin aslı resmi memurda kalacağı için, vasiyetnamenin kaybolma ihtimali veya üçüncü kişiler tarafından zarara uğrama ihtimali neredeyse yoktur[10]. Vasiyetçi kendi düzenlediği vasiyetnamede arzularını tam olarak ifade edememiş olabilir. Ancak resmi memur tarafından düzenlenen resmi vasiyetnamede, resmi memurun hukuki bilgisi göz önüne alındığında, bu risk daha düşüktür[11]. Ayrıca okuma yazma bilmeyenler veya imza atamayanlar el yazılı vasiyetname düzenleyemezken, resmi vasiyetname düzenleyebilirler[12]. Resmi vasiyetnamenin masraflı oluşu ve hazırlanmasındaki şekil şartları el yazılı vasiyetnameye göre dezavantajlı noktalarıdır[13].

I. RESMİ VASİYETNAME DÜZENLEMESİNDE BULUNMASI GEREKEN KİMSELER

Resmi vasiyetname yapabilmek için yalnızca vasiyetçinin varlığı yetmemekte bir resmi memur ve iki tanığın da bulunması gerekmektedir. Bu bölümde resmi vasiyetname düzenlenmesine katılan

---

6 RG, 08/12/2001, S. 24607.

7 Serozan/Engin, s. 260; Antalya/Sağlam, s. 107; Özuğur, Ali İhsan, *Miras Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 4. Baskı, s. 843; Köprülü, s. 143; Öztan, s. 175; Dural/Öz, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, s. 157; Güneri, s. 8; Ayan, s. 94; İmre/Erman, s. 56. "Kanunda vasiyetname ve miras sözleşmesi dışında başka bir ölüme bağlı tasarruf şekli veya tipi düzenlenmemiştir." Y. HGK, T. 22.11.2018, E. 2017/3-999, K. 2018/1757 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

8 Kocayusufpaşaoğlu, s. 157; Oğuzman, M. Kemal, *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, 6. Baskı, s. 108; Güneri, s. 8; Ayan, s. 104; Öztan, s. 189; Sanberk, s. 13; İmre/Erman, s. 70; Dural/Öz, s. 61.

9 Serozan/Engin, s. 318.

10 İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 45; Ayiter, s. 50; Sanberk, s. 24.

11 Öztan, s. 196; İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, 9. Baskı, s. 182-183; Ayiter, s. 50; İmre/Erman, s. 81; Sanberk, s. 25-26.

12 Öztan, s. 196; İmre/Erman, s. 81.

13 Sanberk, s. 26-27.

vasiyetçi, resmi memur ve tanıklar hakkında açıklamalar yapılacak ve resmi vasiyetnameyle kimlere kazandırma yapılamayacağı üzerinde durulacaktır.

A. Vasiyetçi

Vasiyetname düzenleme ehliyeti için TMK m. 502'ye göre ayırt etme gücüne sahip olmak ve 15 yaşını doldurmuş olmak gerekir[14]. TMK m. 13'e göre "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*." Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır, varlığı her somut olayda yeniden araştırılmalıdır[15]. Resmi vasiyetname yapabilme ehliyeti; bu işlemin hüküm ve sonuçlarını kavrayabilecek bir yeteneğin olmasıdır[16]. TMK'nın vasiyetname ehliyetine ilişkin ilgili hükmü tüm vasiyetnameler için ortaktır[17]. Resmi vasiyetname ile son arzularını açıklamak isteyen mirasbırakan için özellik arz edebilecek noktalar bu kimsenin görme, konuşma yahut işitme engellerinden bir veya birkaçına sahip olması ya da Türkçe bilmemesi halinde karşımıza çıkacaktır.

---

14 Vasiyetnameyi ancak gerçek kişiler düzenleyebilir. Cıngıl, s. 66; Sanberk, s. 32.

15 Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,* C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, Yenilenmiş 14. Baskı, s. 289 (Kişiler Hukuku). Noterlik Kanunu Yönetmeliği (NKY) m. 91/2'de mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olması konusunda şüpheye düşülmesi veya ihbar yahut şikayet olması halinde ayırt etme gücünün varlığının doktor raporuyla saptanması gerektiğini düzenlemiştir. Bkz. RG. T. 13.07.1976, S. 15645. Uygulamada noterler genellikle 65 yaşını doldurmuş kimselerden doktor raporu talep etmektedirler. Albaş, Hakan, "Miras Sözleşmesi Biçiminde Yapılan Ölüme Bağlı Tasarruflar", TNBHD, S. 130, 2006, s. 45. Ertaş alınan bu doktor raporunun ayırt etme gücü için kesin kanıt oluşturmayacağını ancak ispat yükünü değiştireceğini ifade eder. Yazar ispat için adli tıp kurumu raporunu işaret etmektedir. Ertaş, s. 30. Benzer şekilde Dural/Öz, s. 57; Ruhi/Ruhi, s. 19; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 47; Sanberk, s. 37. Yargıtay'da ayırt etme gücünün varlığının tespiti için adli tıp kurumu raporunu aramaktadır. Y. 3. HD, E. 2017/11562, K. 2019/1223, 18.2.2019, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019); Y. 3. HD, E. 2016/15442, K. 2018/3450, 4.4.2018, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Cıngıl, her vasiyetçiden sağlık raporu istenmesinin doğru olmadığını ifade eder. Cıngıl, s. 69.

16 Dural/Öz, s. 66; Öztan, s. 181; Köprülü, s. 138-139; Ertaş, s. 29; Ruhi/Ruhi, s. 19; Cıngıl, s. 71; Solak, s. 56; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 38; Maç/Jamali, s. 31. Gerçekleştirilecek işlemin türü, niteliği, önemi kişinin o işlem için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı konusunda belirleyicidir. Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, "Ayırt Etme Gücü", AÜHFD, C. 60, S. 3, 2011, s. 494 vd.

17 Her iki şartın da vasiyetnamenin yapıldığı anda aranması gerekir. Solak, s. 55; Köprülü, s. 139; İmre/Erman, s. 63. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti yoksa, yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun iptali istenebilir. Serozan/Engin, s. 300-301; Öztan, s. 182; Dural/Öz, s. 57.

B. Memur ve Tanıklar

Resmi vasiyetname iki tanığın[18] katılmasıyla resmi memur tarafından düzenlenir (TMK m. 532/1). Kimlerin resmi memur olabileceği ilk incelenecek konudur. Sonraki başlıkta resmi memur olma yetkisine sahip olunsa dahi istisnai olarak resmi vasiyetname düzenlemesine katılma yasağı üzerinde durulacaktır. Resmi memur için düzenlemeye katılma yasağı oluşturan haller tanıklar için de yasak oluşturmaktadır. Son başlıkta ise düzenlenen resmi vasiyetnameyle kimlere kazandırma yapılamayacağı incelenecektir.

1. Resmi Memur Olabilecek Kimseler

TMK m. 532/2'ye göre resmi memur olabilecek kimseler:

- Sulh hakimi[19]
- Noter
- Kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevlidir.

Kanunla kendisine bu yetki verilen kimselere örnek olarak konsoloslar gösterilebilir[20]. Yargıtay, noter yetkisine sahip yeminli başkatiplerin de resmi vasiyetname düzenleyebileceğini kabul etmektedir[21]. Burada sayılanlar dışında resmi vasiyetname düzenlemeye yetkili kimse yoktur (Ör. Yeminli olmayan başkatipler[22], muhtarlar[23]

---

[18] Berki, kanunun iki tanığın asgari şart olduğunu, üç tanıkla da resmi vasiyetname düzenlenebileceğini ileri sürülmektedir. Berki, s. 69. Aynı yönde bkz: Yılmaz, Kumru Kılıçoğlu, "Resmi Vasiyetname" TBB dergisi, S. 133, 2017, s. 380-381.

[19] Sulh hakimi talep üzerine resmi vasiyetname düzenlemek zorundadır. Y. 2 HD, E. 2959, K. 3248, 17.0.1979. Karar için bkz. Oğuzman, s. 109.

[20] Oğuzman, s. 110; Öztan, s. 196-197; Ayan, s. 104. NK m. 191 gereği yabancı memleketlerde noterlik işleri konsoloslar tarafından yürütülür.

[21] "Kanunda noterden söz edilmesi, noterlik makamının hedef alınmasındandır. Noter yetkisine sahip yeminli başkatibin düzenlediği vasiyetname ile yeminli katibin düzenlediği vasiyetname Yargıtay'ca geçerli kabul edilmektedir." Y. 3. HD, E. 2013/10121, K. 2013/10974, 25.6.2013, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Aynı yönde Y. 3. HD, E. 2017/16678, K. 2018/7664, 05.7.2018, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). "Ancak, vasiyetnameyi düzenleyen Noter vekili Başkâtibin yeminli olup olmadığının araştırılması, davacı tarafından istendiğine ve yemin de kanunen zorunlu bulunduğuna göre, bu konuda inceleme yapılması, sonucu uyarınca hüküm verilmesi gerekir." Y. 2. HD, E. 1975/3429, K. 1975/4566, 20.5.1975, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

[22] "Kamusal vasiyetin düzenlenmesine ilişkin MK. m. 479'da sözü edilen «memur» dan amaç Konsolos, Tapu Sicil Muhafızı ve memuru gibi yasada açıkça belirtilen kişilerdir. Sulh hakiminin görevlendirdiği başkâtibin düzenlediği vasiyetname hukuksal sonuç doğurmaz. Bu vasiyetin sulh hâkimi tarafından onaylanmış olması da geçersizliği ortadan kaldırmaz." Y. 2. HD, E. 1980/622, K. 1980/936, 5.2.1980, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Ölünceye kadar bakma sözleşmesi resmi vasiyetname hükümlerine tabi olduğu hallerde, bu sözleşmeyle taşınmaz mal

resmi vasiyetname düzenleyemezler). Uygulamada resmi vasiyetname genellikle noterler tarafından düzenlenmektedir[24]. Bu sebeple noter tarafından düzenlenen resmi vasiyetnamelerle ilgili olarak kısa bir açıklama yapmak gerekebilir. Noterler, 1512 sayılı Noterlik Kanunu[25] (NK) m. 83 gereği işlemlerini dairelerinde yaparlar. Ancak istisnai olarak daire dışında da işlem yapabilirler. Vasiyetname daire dışında da yapılabilecek bir işlemdir[26]. Ancak noterin yaptığı her işlem gibi vasiyetname de sadece noterin yetki alanı içerisinde yapılabilir[27]. Noterler tatil günlerinde ve iş günlerinin tatil saatlerinde NK m. 52 gereği resmi vasiyetname düzenleyebilirler.

Noterler resmi vasiyetname düzenlerken TMK hükümleriyle beraber NK'nın TMK'ya aykırı olmayan hükümlerini de uygulamak zorundadır. Çünkü TMK'nın resmi vasiyetnameye ilişkin hükümleri NK'ya göre özel hüküm niteliğindedir[28]. TMK'ya göre uygun ancak NK'ya uygun olmayan bir vasiyetname geçerliyken bunun tam aksi şekilde düzenlenen vasiyetname geçerli olmayacaktır[29]. NK'ya aykırılığın karşılığı noter için disiplin yaptırımından ibarettir[30].

---

temliki yapılmak isteniyorsa tapu sicil muhafızları veya görevlileri de yetkili olacaktır. YİBK, E. 1952/4, K. 1952/5, 10.12.1952, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

23 Y. 16. HD, E. 1988/10845, K. 1989/14561, 13.10.1989, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

24 Tekdoğan, Aydın, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptal Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 96; Kocayusufpaşaoğlu, s. 157; Ayiter, s. 50; Cıngıl, s. 74; Ertaş, s. 31; İmre/Erman, s. 81.

25 RG, 05.2.1972, S. 14090.

26 Kocayusufpaşaoğlu, s. 158 dn. 3 (b).

27 NK m. 2/1: "Her asliye ve münferit sulh mahkemesinin bulunduğu yerde, o mahkemenin yargı çevresindeki noterlik işlerini görmeye yetkili olmak üzere bir noterlik kurulur."

28 Kocayusufpaşaoğlu, s. 190; Cıngıl, s. 67; Oğuzman, s. 109; Dural/Öz, s. 63; Öztan, s. 198; Sanberk, s. 29; İmre/Erman, s. 83; Özuğur, s. 845; Türk, Burak, Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Geçersizlik Halleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2020, s. 40. "Başka bir anlatımla resmî vasiyetname düzenlenmesine ilişkin Medenî Kanun'un hükümleri özel nitelikte, Noterlik Kanunu'ndaki işlemler ise genel niteliktedir. İlmî ve Kazaî görüşlerde aynı doğrultudadır. Onun için vasiyetnamede tanıkların kimliklerinin yeterince yazılmamış bulunması ve tanıkların Konsoloslukta görevli kişiler olması vasiyetnameyi geçersiz kılan şekil eksikliği olarak kabul olunamaz." Y. 2. HD, E. 1980/7187, K. 1980/8357, 24.12.1980, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

29 Öztan/Öztan, s. 3598; Dural/Öz, s. 63-64.

30 Çiftçi, Hasan, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan, 2018, s. 19; Serozan/Engin, s. 321; Oğuzman, s. 109; Dural/Öz, s. 63; Öztan, s. 198.

2. Memur veya Tanık Olamayacak Kimseler

TMK m. 536/1'e göre aşağıdaki kimseler resmi vasiyetname düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar[31].

- Fiil ehliyeti bulunmayanlar
- Bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklı olanlar[32]
- Okur yazar olmayanlar[33]
- Mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy[34] kan hısımları, kardeşleri[35] ve bu kişilerin eşleri[36]

---

[31] İlk üç madde başlığında sayılanlar kimsenin yaptığı resmi vasiyetnameye memur yahut tanık olarak katılamayacakları için onlar için mutlak yasaklılık bulunmaktadır. Son madde başlığındaki düzenlemeye katılma yasağı ise nisbidir. Çünkü orda sayılanlar başkalarının (sayılan hısımlık ilişkisine dahil olmayan) düzenlediği resmi vasiyetnamede tanık yahut resmi memur olabilecektir. Öztan, s. 150-151; Köprülü, s. 150-151; Dural/Öz, s. 64.

[32] Yasağın kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararına dayanması gerekir ve suçun önemi yoktur. Çiftçi, s. 17.

[33] Y. HGK, E. 1992/2-757, K. 1993/71, 24.02.1993. Karar için bkz. Özuğur, s. 863.

[34] Altsoy deyimi içerisine evlatlıkta girer. Dolayısıyla evlat edinenin düzenlediği vasiyetnameye evlatlığın karısı veya kocasıyla çocukları da tanık veya memur olarak katılamazlar. Özuğur, s. 846. Aynı yönde Çabri, s. 552. Ertaş ve Albaş evlat edinenin, evlatlığın olarak düzenlediği vasiyetnameye resmi memur yahut tanık olarak katılabileceği fikrindedir. Gerekçesi ise aralarındaki miras ilişkisinin tek yönlü oluşudur. Ertaş, s. 37; Albaş, s. 49, sa. 43-62. Dural ve Öz'e göre, resmi vasiyetname düzenlenmesine katılma yasağının mirasçılık ilişkisi yerine hısımlık ilişkisine bağlanması sebebiyle evlat edinenin de evlatlığın düzenlediği resmi vasiyetnameye katılma yasağı bulunmalıdır. Dural/Öz, s. 64-65 dn. 13. Aynı yönde Tekdoğan, s. 103. Yargıtay, evlatlığın koca veya karısının evlat edinen için tanık olamayacağına hükmetmiştir. Y. 2. HD, E. 1972/7895, K.1973/419, 30.1.1973. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 107. NK m. 76'da evlat edinme ilişkisinin bulunması noterlik işlemine katılma yasağı olarak yer almaktadır.

[35] Yarım kan hısımlığıyla kardeş olanlarda birbirlerinin düzenlediği resmi vasiyetnameye resmi memur yahut tanık olarak katılamazlar. Öztan, s. 197; Hatemi, s. 103. Y. 3. HD, E. 2015/4606, K. 2015/16223, T. 20.10.2015. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 104.

[36] "Evlenmenin herhangi bir sebeple sona ermesi, sıhri hısımlığı ortadan kaldırmaz" (resmi memur yahut tanık olmak için yasaklılık devam eder) Y. 2. HD, E. 1977/1882, K. 1977/1969, 8.3.1977. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 107. Evliliğin sona ermesiyle birlikte kayın hısımlığının düzenlemeye katılma yasağı kapsamına dahil edilmemesi gerektiği de savunulmaktadır. Çabri, s. 553. Evlilik sona erdikten sonra kayın hısımlığı devam edecektir. Ancak eşler arasında kayın hısımlığı bulunmamaktadır ve TMK gereği eşlerin evlilik sona erdikten sonra birbirlerinin düzenlediği resmi vasiyetnameye resmi memur yahut tanık olarak katılmasında bir engel bulunmamaktadır. Dural/Öz, s. 65. Aynı yönde Öztan, s. 197; Antalya/Sağlam, s. 121. Mirasbırakanın eşi TMK m. 536'da düzenlemeye katılma yasaklıları arasında yer almaktadır. Ancak eşin hısımları yasak kapsamında sayılmamıştır (Ör. Mirasbırakanın baldızı, kayın biraderi). Hatemi, s. 103. NK m. 76' ya göre eski eşlerin ve sıhri hısımlıkta ikinci derecede dahil olmak üzere hısımların noterlik işlemine katılması yasaktır.

Yukarıda sayılan kimselerin resmi vasiyetname düzenlenmesine resmi memur veya tanık olarak katılmaları halinde resmi vasiyetname iptal edilebilir[37]. Çünkü bu işlem resmi memur yahut tanık olmaksızın gerçekleşmiş bir işlem olacaktır[38]. NK m. 76'da noter, tanık, tercüman ve bilirkişiler için işleme katılma yasakları düzenlenmiştir[39]. Ayrıca tanıklar için diğer yasaklılık sebepleri NK m. 78'de düzenlenmiştir[40]. Resmi vasiyetname, NK'da bulunan yasaklara aykırı yapılsa dahi TMK hükümlerine uygun yapıldığı sürece geçerli olacaktır.

3. Resmi Vasiyetnameyle Kazandırma Yapılamayacak Kimseler

TMK m. 536/2'de resmi vasiyetname ile kazandırma yapılamayacak kimseler düzenlenmiştir. Buna göre:

- Resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara[41]
- Bu memur veya tanıkların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına[42], kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz.

Yukarıda sayılan kimselere resmi vasiyetname ile kazandırma yapılması halinde vasiyetname iptal edilebilir hale gelmemekte TMK m. 558/3 gereği sadece bu kimselere yapılan kazandırmalar iptal edilebilmektedir[43]. Vasiyetnamenin tamamı bu tür kazandırmalardan

---

37 Turan, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s. 86; Çabri, s. 550.

38 Tekdoğan, s. 103; Turan, s. 9; Öztan, s. 197.

39 "Noter, tanık, tercüman ve bilirkişiler aşağıdaki hallerde noterlik işlemine katılamazlar: 1. Kendisi bizzat ilgili ise veya bir ilgili onun vekili olarak hareket ediyorsa, 2. Aralarında evlilik birliği kalmamış olsa bile ilgililerden birinin karı veya kocası ise, 3. İlgililerden biri ile aralarında sıhri dahi olsa usul veya füru veya kan hısımlığında üçüncü, sıhri hısımlıkta ikinci derecede (Bu dereceler dahil) civar hısımlığı veyahut evlat edinme ilişkisi varsa, 4. İlgililerden biri noterin katip veya hizmetlisi ise, 5. İlgililerden biri aralarında iki, üç ve dördüncü numaralarda yazılı ilişki bulunan bir şahsın vekili olarak hareket ediyorsa, 6. Noterlik işlemi, kendi yararına veya aralarında iki, üç ve dördüncü numaralarda yazılı ilişkiler bulunan bir kimse yararına bir tasarrufu kapsıyorsa."

40 "Aşağıdaki kimseler tanık olamazlar: 1. Reşit olmayanlar, 2. Mahcurlar, 3. Hukuk Yargılama Usulü Kanununa göre andlı tanık olarak dinlenmeleri mümkün olmayanlar, 4. Noterin katip ve hizmetlileri."

41 "Lehine mal vasiyet edilen kişi tüzel kişi olması durumunda tüzel kişiyi temsile yetkili kişilerin tanıklığı halinde tüzel kişinin tanığın mamelekine dahil olup olmadığı önem ifade eder." Y., 3. HD, E. 2014/6881, K. 2014/11868, 16.09.2014. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 104.

42 Evlatlığın da kazandırma yasağı kapsamında olduğu savunulmaktadır. Çabri, s. 555.

43 "Vasiyetnamede tanık olarak dinlenen Ayla, yararına vasiyet yapılanlardan Özen'in kocasının kız kardeşi (görümcesi) ise vasiyetin sadece Özel'le ilgili bölümü geçersiz sayılır." Y. 2. HD, E. 1979/4526, K. 1979/4718, 07.06.1979, (https://www.kazanci.com.tr)

oluşmaktaysa o zaman vasiyetnamenin iptalinden bahsetmek gerekecektir[44]. Bu şekilde kazandırma yasağının söz konusu olduğu bir durumda aynı zamanda tanık olamayacak bir kimse tanık olarak yer almışsa bu halde ilgili kazandırmanın iptali yerine vasiyetnamenin iptali talep edilebilecektir[45].

II. RESMİ VASİYETNAME DÜZENLEME BİÇİMLERİ

TMK'da okunup imzalanarak düzenlenen (TMK m. 533-534) ve okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen (TMK m. 535) vasiyetname olmak üzere iki tür vasiyetname düzenlenmiştir. Bu iki vasiyetname hukuken eş değer kıymettedir[46]. Bu bölümde karma vasiyetnameler de incelenecektir.

Her iki tür resmi vasiyetname için aranan şekil koşullarına uyulduğu vasiyetname metninden anlaşılır olmalıdır[47]. Vasiyetnamede bulunan şekil eksiklikleri vasiyetname dışı olgularla tamamlanamayacaktır[48].

A. Mirasbırakan Tarafından Okunup İmzalanarak Düzenlenen Vasiyetname

Okunup imzalanarak vasiyetname düzenlenebilmesi için mirasbırakanın Türkçe yahut herhangi bir dilde okuma yazma bilmesi gerekmektedir. Okunup imzalanarak vasiyetname düzenlenebilmesi için TMK m. 533 ve 534'e göre izlenmesi gereken süreç aşağıda açıklanmaktadır.

(E.T: 25. 10. 2019).

44 Özuğur, s. 853. Y. 2. HD, E. 1918, K. 2097, 24.02.1992. Karar için bkz. Günay, s. 68. Y. 2. HD, E. 1918, K. 2097, 24.02.1992 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

45 Vasiyetnamenin iptalinin talep edilmek zorunda olmayıp, yalnızca ilgili kazandırmanın iptalinin de talep edilebileceği savunulmaktadır. Çabri, s. 556-557.

46 Kocayusufpaşaoğlu, s. 160; Sanberk, s. 15; Çabri, s. 515.

47 Kocayusufpaşaoğlu, s. 179; Oğuzman, s. 114; Köprülü, s.150; Şener, s. 47; Antalya/Sağlam, s. 125; Dural/Öz, s. 76.

48 Kocayusufpaşaoğlu, s. 179; Oğuzman, s. 114; Köprülü, s. 150; Antalya/Sağlam, s. 125. Düzenleme yeri, resmi vasiyetnamede bunulması gereken bir unsur değildir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 167-168; Cıngıl, s. 72; Köprülü, s. 144-145; Sanberk, s. 45; Dural/Öz, s. 70. Bu sebeple düzenleme yerinin bulunmaması ya da yanlış yazılmış olması resmi vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyecektir. "Vasiyetname noterlik dairesinde düzenlenmiş iken, yanlışlıkla başka yerde düzenlendiğinin yazılması veya vasiyet edenin bulunduğu yerde düzenlenen vasiyetnamenin, Noterlikten düzenlendiğine işaret edilmiş bulunması da geçersizlik sebebi değildir." Y. 2. HD, E. 1977/7621, K. 1977/7844, 10.11.1977. (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

1. Mirasbırakanın Arzularını Resmi Memura Bildirmesi

Mirasbırakan son arzularını resmi memura bildirecektir. Bu bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılabilir[49]. Resmi memur, mirasbırakanın son arzularını doğru tespit etmek için ona soru sorabilir[50]. Mirasbırakanın son arzularında kanuna veya ahlaka aykırılık görürse onu uyarıp aydınlatır[51].

Mirasbırakan son arzularını yazılı bildirmek isterse bu arzuları bizzat yazmak zorunda değildir[52]. Son arzuların bir başkasına yazdırılması halinde, resmi memur bu metnin mirasbırakanın son arzularına uygun olup olmadığını onunla iletişim kurup sorular sorarak, denetleyebilir[53]. Mirasbırakanın vasiyetname metnini bir başkasına yazdırmış olsa da vasiyetname mirasbırakan tarafından okunup iradesine uygun olması halinde imzalanacağından vasiyetnamenin mirasbırakanın iradesini yansıtması konusunda yeterli güven sağlanmış olur.

Mirasbırakanın son arzularını resmi memura bildirmeye başladıktan sonra vasiyetnameyi tamamlaması için bir süre sınırı bulunmamaktadır[54]. Günlerce, haftalarca bildirimde bulunmak suretiyle vasiyetname içeriği oluşturulabilir.

2. Mirasbırakanın Arzularının Resmi Memurca Yazılması

Resmi memur, mirasbırakanın kendisine bildirdiği arzularını yazar veya yazdırır. Resmi memurun metni kime yazdırdığının önemi

---

49 Serozan/Engin, s. 319; Kocayusufpaşaoğlu, s. 162; Çabri, s. 517-518; Köprülü, s. 144; Ayiter, s. 51; İmre/Erman, s. 84; Cıngıl, s. 67; Oğuzman, s. 111; Dural/Öz, s. 69; Ayan, s. 104; Sanberk, s. 41; Özuğur, s. 847. Vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte konuşamayan mirasbırakanın arzularını sözlü olarak bildirmiş gibi vasiyetname düzenlenmesinin şekle aykırı olacağına dair Yargıtay kararı için bkz. Tekdoğan, s. 97 Y. 2. HD, E. 2008/11440, K. 2008/10969, 21.07.2008, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Yargıtay, vasiyetnamenin düzenlendiği tarihte konuşamayan mirasbırakanın son arzularını notere nasıl açıkladığını tanıkların da vasiyetnamede belirtmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca Yargıtay son arzular yazılı olarak bildirilmişse buna ilişkin delil aramaktadır. Y. 2. HD, E. 1997/8907, K. 1997/10412, 09.10.1997,

(https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

50 Koca, Ömerhan, *Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Ölüme Bağlı Tasarruflar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 119; Oğuzman, s. 112; Özuğur, s. 847; İmre/Erman, s. 84. Mirasbırakanın beyanlarında karışıklığa sebep olabilecek ifadeler varsa resmi memurun soru sormak zorunda olduğu da savunulmaktadır. Sanberk, s. 42.

51 Cıngıl, s. 67; Sanberk, s. 43; İmre/Erman, s. 84; Şener, s. 40.

52 Serozan/Engin, s. 319; Kocayusufpaşaoğlu, s. 162; Oğuzman, s. 111; Dural/Öz, s. 69.

53 Kocayusufpaşaoğlu, s. 162; Sanberk, s. 41; Çabri, s. 518; Dural/Öz, s. 69.

54 Kocayusufpaşaoğlu, s. 163; Oğuzman, s. 112; Sanberk, s. 42; Dural/Öz, s. 69.

yoktur[55]. Bu sebeple öğretide bir görüş, mirasbırakan son arzularını eğer yazılı olarak bildirmişse resmi memurun, tekrar aynı metni yazmasına yahut yazdırmasına gerek olmaksızın, doğrudan bu metni kullanabileceği yönündedir[56]. Bizce de mirasbırakanın yazılı bir metin sunması durumunda resmi memurun bu metni yeniden yazması gerekmez, bu metin doğrudan esas alınabilir. Resmi memurun vasiyetçinin iradesini araştırma ve soru sorarak bunu açığa çıkarma yükümü resmi vasiyetnameden beklenen güveni sağlamak için yeterli olacaktır.

Vasiyetname başlıklı veya başlıksız bir kağıda yazılabilecektir[57]. İşlemde birlik ilkesi[58] gereği mirasbırakanın arzularını yazan resmi

---

[55] Aydın, Muhammed, Resmi Vasiyetname, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019, s. 33; Türk, s. 44.

[56] Oğuzman, s. 112 dn. 145; İmre/Erman, s. 82; Turan, s. 8; Koca, s. 118; Sanberk, s. 42; Türk, s. 45. Aksi görüş Berki, s. 69; Türk, s. 62. NK m. 89 gereği vasiyetname, düzenleme şeklinde yapılması zorunlu işlemlerdendir. Ancak TMK' nın resmi vasiyetnameye ilişkin hükümleri NK'ya göre özel nitelikte olduğu için bu hükme aykırılık ilgili vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Türk, bu durumda metnin aynen kullanılması ifadesi ile resmi memurun ilgili metni onayladığını değil yalnızca kullandığının anlaşılması gerektiğini savunur. Türk, s. 45. Ancak, resmi vasiyetname metninin resmi memur tarafından bizzat yazılması yahut onun yönlendirmesiyle yazdırılması söz konusu olmadığından burada işlemin düzenleme yoluyla gerçekleştiğinden bahsetmeye biz kuşkuyla yaklaşmaktayız. Bizce en yerinde gerekçe, resmi memurun vasiyetçi tarafından kendisine sunulan metni kullanmasının resmi vasiyetnamenin geçerlilik şekline aykırı olmadığı ve NK'daki hükmün bir düzen hükmü olması sebebiyle buna aykırılığın resmi vasiyetnamenin sıhhatini etkilemeyeceği şeklindedir.

[57] Cıngıl, s. 73; Çabri, s. 518-519; Dural/Öz, s. 69.

[58] İşlemde birlik ilkesi (unitas actus), işlemin bir bütün olarak araya bir süre girmeksizin yapılmasıdır. Serozan/Engin, s. 320; Kocayusufpaşaoğlu, s. 178; Ayiter, s. 51; Ruhi/Ruhi, s. 22; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 46; Oğuzman, s. 114; Ertaş, s. 32; Dural/Öz, s. 72; İnan/Ertaş/Albaş, s. 183. İşlemlerin aralıksız yapılması ilkesi mirasbırakanın vasiyetnameyi okumasından sonra yahut resmi memurun vasiyetnameyi ona okumasından sonra başlayacaktır. İmre/Erman, s. 90. Aynı yönde bkz: Şener, s. 46-47; Çabri, s. 531; Dural/Öz, s. 72. Ayrıca bu ilke gereği işlemi yapmaya başlayan resmi memur işleme devam etmeli ve işlemi tamamlamalıdır. Öztan/Öztan, s. 3605. Çiftçi, s. 27; Ercoşkun Şenol, H. Kübra, Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2011, s. 29. "Resmi vasiyetnamenin; işlemde birlik prensibi uyarınca, vasiyetçinin vasiyetnameyi okumasından sonra, aşamalarında araya fasıla girmeksizin tamamlanması gerekir. Resmi memurun yaptığı işlemler tevsik işlemi olduğu için, baştan itibaren Aynı memur tarafından yapılması ve son imza işleminin de tahriri alan, okuyan ve vasiyetçi ile tanık sözlerini dinleyen, yazdıran memur tarafından yapılması zorunludur. Bu yön işlemlerde birlik prensibinin zaruri bir sonucudur. Bu prensibe uyulmamasının, vasiyetnamenin iptali sebebi oluşturduğu Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması ile kabul edilmektedir." Y. 3. HD, E. 2017/16678, K. 2018/7664, 05.07.2018, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Aynı yönde Y. 3. HD, E. 2017/16678, K. 2018/7664, 05.07.2018, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019); Y. 3. HD, E. 2015/748, K. 2015/11618, 23.6.2015 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

memurun, arzuların bildirildiği resmi memur olması gerekmektedir[59]. Resmi memurun vasiyetname tamamlanmadan ölmesi halinde sürecin tekrar baştan işletilmesi gerekecektir.

3. Resmi Memurun Yazdığı Metnin Mirasbırakan Tarafından Okunup İmzalanması

Mirasbırakanın son arzuları resmi memurca yazıldıktan sonra memur vasiyetnameyi okuması için mirasbırakana verir. Mirasbırakan da vasiyetnameyi okur ve imzalar[60]. Mirasbırakanın vasiyetnameyi okuması sırasında tanıkların bulunması zorunlu değildir[61]. Hatta resmi memurun bulunmasının dahi gerekmediği savunulmaktadır[62].

Mirasbırakan vasiyetnameyi okuduktan sonra imzalar[63]. İmzanın elle atılması zorunludur[64]. Mühür veya parmak basılması imza yerini tutmayacaktır. Birden fazla sayfadan oluşan vasiyetnamelerde her sayfada mirasbırakanın imzasının olması gerekmez[65]. Ancak olması da geçerliliği etkilemez.

"Olayda, söz konusu vasiyetname düzenlenirken vasiyetname içeriğinde gerekli olan bütün yerlerde Tarsus 4. Noteri F. K. ismi yazılmıştır. Ancak onay işlemleri. Noter vekili Başkatibi S. S. adına kaşe basılarak onun imzasıyla yapılmıştır. Bu hal söz konusu vasiyetnameyi düzenleyen kişinin kimliği hakkında tereddütler yaratmaktadır. Böyle olunca takriri alanın ve düzenleme yapanın Noter F. K. olduğunu kabul etmek zarureti ortaya çıkmakta olup söz konusu kişinin imzasını muhtevi olmayan belgeyi de resmi vasiyetname olarak nitelemek doğru olmaz. Şu halde yasaya uygun düzenlenmeyen belge bütünlüğü çelişkili vasiyetname şekil şartlarını taşımadığından davanın kabulü gerekir." Y. 3. HD, E. 2011/6433, K. 2011/17282, 3.11.2011 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Aynı yönde Y. 2. HD, E. 2005/8654, K. 2005/11578, 18.7.2005, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

59 Türk, s. 62; Aydın, s. 35.

60 Feyzioğlu, mirasbırakanın vasiyetnameyi okuduğunun ayrıca yazılmasına gerek olmadığı ancak bunun açıklık sağlayacağını savunur. Feyzioğlu, s. 179.

61 Kocayusufpaşaoğlu, s. 170; Öztan/Öztan, s. 3603; Özuğur, s. 849; Çabri, s. 526. Aksi görüş İmre/Erman, s. 86. İmre ve Erman tanıkların mirasbırakanın vasiyetnameyi kendi önlerinde okumuş olduğunu da vasiyetnameye yazmaları gerektiğini söyler. İmre/Erman, s. 86.

62 Çiftçi, s. 23; Sanberk, s. 43.

63 Dural ve Öze göre, imza, metni kapatacak şekilde metnin sonunda olmalıdır. Sayfada yer kalmamışsa kenara da atılabilir. Dural/Öz, s. 70. Öztan ve Öztan Mirasçının metni okumadan imzalaması halinde vasiyetnamenin geçersiz olacağını savunur. Yazarlara göre bu durumda vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için resmi memurun metni tanıklar önünde okuması gerekir. Öztan/Öztan, s. 3603-3604.

64 Kocayusufpaşaoğlu, s. 165; Cıngıl, s. 67; Günay, s. 55; Tekdoğan, s. 98; Dural/Öz, s. 69; Öztan, s. 200; İmre/Erman, s. 85; Çabri, s. 519; Yavuz/Topuz, s. 1150; Aydın, s. 34.

65 Günay, s. 54; Ertaş, s. 35; Dural/Öz, s. 70; Sanberk, s. 44; Çabri, s. 519. Y. 2. HD, E. 1462, K. 3346, 06.06. 1961. Karar için bkz. Sanberk, s. 49;887-888.

4. Resmi Memurun Metni Tarih Koyarak İmzalaması

Vasiyetname mirasbırakan tarafından okunup imzalandıktan sonra resmi memur, vasiyetnameyi tarih koyarak imzalar[66]. Tarihin gün, ay ve yılı belirtmesi gerekir. Saati belirtmesi zorunlu değildir[67]. Tarihin el yazısıyla yazılmış olması şart değildir[68]. Ancak imzanın el yazılı olması şarttır[69].

Resmi memurun imzasının mirasbırakanın imzasının yanında olması zorunlu değildir. Hatta mirasbırakandan hemen sonra imza atmış olması da şart değildir. Mühim olan, resmi memurun imzasının mirasbırakanın imzasından sonra atılmasıdır[70]. Resmi memurun mirasbırakanla birlikte, aynı anda, imza atabileceği de savunulmaktadır[71].

Resmi memurun, tanıkların imzalarını onaylamak üzere tekrar imza atmasına gerek yoktur[72]. Ancak onların da imzalarını kapsayacak şekilde vasiyetnamenin en sonuna imza atması vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemez[73]. Birden fazla sayfadan oluşan vasiyetnamelerde her sayfaya ayrıca imza atılmasına gerek yoktur. İşlemde birlik ilkesi gereği vasiyetnameyi yazan yahut yazdıran resmi memurun imza atması gerekmektedir[74].

TMK m. 533 gereği tarih, mirasbırakanın imzasından sonra memurun imzasından önce yazılır. Ancak bu sıraya uyulmamış olması

---

66 Noterin ayrıca mührünü basması gerekmez. Kocayusufpaşaoğlu, s. 165.

67 Kocayusufpaşaoğlu, s. 166; Dural/Öz, s. 70; Sanberk, s. 45; Şener, s. 42; Antalya/Sağlam, s. 124; Aydın, s. 35.

68 Kocayusufpaşaoğlu, s. 165; Öztan, s. 200; Sanberk, s. 45; İmre/Erman, s. 85

69 Kocayusufpaşaoğlu, s. 165; Dural/Öz, s. 69; Öztan, s. 200; Sanberk, s. 45; İmre/Erman, s. 85; Çabri, s. 520; Türk, s. 50.

70 Kocayusufpaşaoğlu, s. 166; Oğuzman, s. 112; Dural/Öz, s. 70; Sanberk, s. 45; Özuğur, s. 848; Çabri, s. 522.

71 İmre/Erman, s. 85; Antalya/Sağlam, s. 125; Yavuz/Topuz, s. 1150.

72 Kocayusufpaşaoğlu, s. 174; Günay, s. 53; Oğuzman, s. 114; Dural/Öz, s. 72; Öztan, s. 201; Köprülü, s. 149; Sanberk, s. 50; Özuğur, s. 849; Antalya/Sağlam, s. 125; Çabri, s. 531.

73 Kocayusufpaşaoğlu, s. 166; Oğuzman, s. 114; Dural/Öz, s. 70; Sanberk, s. 50; İmre/Erman, s. 87; Özuğur, s. 849; Çabri, s. 522; Antalya/Sağlam, s. 125. "Resmi memur vasiyetnameyi şahitlerden sonra da imza edebilir ve böyle bir hal bir iptal nedeni oluşturmaz." Y. 2. HD, E. 1997/11181 K. 1997/12713, 24.11.1997 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

74 Gençcan, Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 3. Baskı, s. 302 (Anılış: Miras).

vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemez[75]. Tarih vasiyetnamenin herhangi bir yerinde yer alabilir[76].

5. Mirasbırakanın Beyanı

Vasiyetnameye tarih ve imza konulduktan hemen sonra mirasbırakan vasiyetnameyi okuduğunu ve bunun son arzularını içerdiğini[77] memurun huzurunda iki tanığa beyan eder (TMK m. 534/1). Öğretide buradan itibaren tanıkların dahil olduğu ikinci safhanın başladığı savunulmaktadır[78]. Bu aşamaya kadar tanıkların bulunması gerekmediği için vasiyetname içeriği de tanıklardan gizlenebilmektedir[79]. Vasiyetname içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir (TMK m. 534/3). Ancak mirasbırakan dilerse vasiyetname içeriğini tanıklara açıklayabilir[80].

İşlemde birlik ilkesi gereği kanun, vasiyetnameye tarih ve imza konduktan hemen sonra mirasbırakanın bu beyanı yapması gerektiğini düzenlemiştir. Hemen olmasından kasıt makul bir zaman içinde olmasıdır[81].

Kanun, beyanın iki tanığa yapılması gerektiğini düzenlemiştir[82]. Tanıkların huzurunda, onların duyup anlayabilecekleri beyan onlara yapılmış sayılır[83]. Mirasbırakanın yapacağı bu beyan sözle yapılabileceği gibi yazıyla da yapılabilecektir[84].

---

75 Kocayusufpaşaoğlu, s. 166; Y. 2. HD, E. 6544, K. 8565, T. 9.10.1986. Karar için bkz. Günay, s.54.

76 Kocayusufpaşaoğlu, s. 166; Köprülü, s.145; Şener, s. 42.

77 Mirasbırakanın kanundaki cümleleri aynen kurmak zorunda olmayıp bu anlamı içerecek başka cümleler kurabilir. Hatta resmi memurun bu konuda soracağı soruya sözle, yazıyla şüpheye yer bırakmayacak bir işaretle cevap vererek bu beyanı yapabilir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 171. Mirasbırakanın yalnızca "okudum" beyanı yeterli olmayacak, vasiyetname şekle aykırılık sebebiyle iptal edilebilecektir. Y. 2. HD, E. 1996/8275, K. 1996/8996, 23.9.1996. (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

78 Serozan/Engin, s. 319; Kocayusufpaşaoğlu, s. 168; Dural/Öz, s. 71; Sanberk, s. 47; Özuğur, s. 848.

79 Kocayusufpaşaoğlu, s. 168; Ayiter, s. 51; Ertaş, s. 34; Dural/Öz, s. 71; Kılıçoğlu, s. 112-113; Öztan, s. 201; Özuğur, s. 848; Çabri, s. 520; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 385.

80 Hatemi, s. 105; Ayiter, s. 51; Cıngıl, s. 68; Kılıçoğlu, s. 112; Öztan, s. 201; Çabri, s. 520; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 385. Kılıçoğlu Yılmaz'a göre, vasiyetname içeriği resmi memur tarafından açıklanamaz. Ancak açıklansa dahi vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemez. Resmi memur için yasal yaptırımlar gündeme gelir. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 385.

81 Hemen ifadesiyle işlemde birlik ilkesi gereği işlemlerin aralıksız yapılması gerektiği belirtilmiştir. İnan/Ertaş/Albaş, s.187.

82 Beyanın yapıldığı anda tanıklardan birinin bulunmaması vasiyetnameyi şekle aykırı hale getirir. Çabri, s. 525.

83 Kocayusufpaşaoğlu, s. 172; Sanberk, s. 47.

84 Kocayusufpaşaoğlu, s. 163; Dural/Öz, s. 77; Cıngıl, s. 69; Sanberk, s. 68.

6. Tanıkların Vasiyetnameye Gerekenleri Yazıp İmzalamaları

Tanıklar, mirasbırakanın vasiyetnameyi okuyup imzaladığına ilişkin beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar (TMK m. 534/2). Tanıklık edilen ilk husus mirasbırakanın beyanıdır[85]. Onların tanıklık ettiği husus vasiyetnamenin mirasbırakanın son arzularını içerip içermediğine değildir. Çünkü vasiyetname içeriğinin tanıklarla paylaşılması gerekmemektedir. Tanıklık edilen ikinci husus mirasbırakanın tasarrufa ehil göründüğüdür. Tanıkların, mirasbırakanın dış görünüşü itibariyle kendilerinde yarattığı izlenim gereği onu tasarrufa ehil görmüşlerse buna tanıklık etmeleri, vasiyetnameye yazmaları, gerekecektir[86]. Tanıkların bunu yazabilmesi için öncesinde alınmış bir sağlık raporunun bulunması gerekmez. Ancak böyle bir rapor vasiyetnameye eklense dahi tanıkların bu beyanı yine de gereklidir[87]. Aksi halde vasiyetname iptal edilebilir. Çünkü bu durumda her şeyden önce vasiyetnamenin şekle aykırı olduğu ortadadır. Bununla birlikte sağlık raporunun bulunması, tanıkların beyanının yerine geçemez çünkü tanıkların varlığının ve beyanlarının tek işlevi vasiyetçinin ayırtım gücü yönünden vasiyetname yapmaya ehil olduklarına şahitlik etmek değildir. Bizce bu fonksiyon asıl olmakla birlikte tanıklar, işlem anında vasiyetçinin iradesinin özgür şekilde açıklandığına da, göründüğü kadarıyla, tanıklık etmektedirler. İşleme resmi memurun katılıyor olması bu konuda yeterli güvenilirliği sağlayacağı düşünülse de kanunun tanıkların bulunmasını ve onların mirasbırakanın tasarrufa ehil gördüklerini açıklamasını şekil unsuru olarak görmesinin kanunun bu konuda ne kadar titiz davrandığını göstermektedir. Bununla birlikte işlem anına en yakın tarihte alınan sağlık raporu dahi, işlem anında tanıkların bu beyanlarının yerini tutamayacağı açıktır.

Tanıkların beyanlarının ve imzalarının ayrı bir kağıtta olması şekle aykırılık oluşturabilir88. Bu durumun, vasiyetnamenin son sayfasında

---

85 Özuğur, s. 849.

86 Tanıkların beyanları bire bir kanunda yazıldığı şekilde olmak zorunda değildir. Çabri, s. 529. Yargıtay bir kararında, tanıkların "ilgilinin kimlik, kişilik ve beyanına tanıklık ederiz" şeklindeki beyanında kişilik kavramının mirasbırakanı tasarrufa ehil gördükleri anlamına geleceğine hükmetmiştir. Y. 3. HD, E. 7829, K. 15359, 28. 09. 2010. Karar için bkz. Günay, s.58-59.

87 Y. 2. HD, E. 5906, K. 6783, 6.10.1976. Karar için bkz. Günay, s. 63

88 "Uyuşmazlık konusu olan vasiyetnamenin tetkikinden anlaşıldığı gibi, Noter, vasiyetçinin arzularını tesbit edip işlemi tamamladıktan sonra tanıklar, el yazılarıyle yazılmış olup vasiyetçinin arzularını belirten belgeyi imzalayıp Notere vermişlerdir. Her şeyden önce bu ifadeler Noter tarafından tesbit edilmemiş, vasiyetnamenin altına yazılmamış, muhteva Noter tarafından tasdik edilmemiş, hatta imzalar dahi onaylanmamış olduğuna göre bu yazılar hiç bir suretle vasiyetnameye dahil bir işlem olarak kabul edilemez. Kaldı ki; şahit beyanlarının Notere ne suretle ve ne zaman tevdi edildiği bile belli değildir. Bu bakımdan vasiyetname usulüne uygun olarak

yer kalmaması gibi haklı bir sebebe dayanması halinde imzaların ayrı bir kağıtta olması mümkündür[89]. Öğretide tanıkların ayrı ayrı yazmak yerine tek bir beyanın altına imza atmaları da mümkün görülmektedir[90]. Tanıkların yazdığı yahut yazdırdığı metin el yazılı olmak zorunda değildir[91]. Tanıkların imzalarının el yazısıyla atılması gerekir[92]. Vasiyetname tanıkların imzalarıyla tamamlanacaktır[93]. Bu sebeple mirasbırakanın tanıklar vasiyetnameyi imzalamadan ölmesi halinde vasiyetname geçerli olmayacaktır[94].

B. Mirasbırakan Tarafından Okunmaksızın ve İmzalanmaksızın Düzenlenen Vasiyetname

Okuma yazma bilmeyen yahut vasiyetnamenin düzenlenmesi anında vasiyetnameyi okuyamayacak ya da imzalayamayacak olan kimselerin resmi vasiyetname düzenlemeleri için tek yol TMK m. 535'e göre okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyetname düzenlemektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki okuma yazma bilenler de herhangi bir sebep göstermeksizin TMK m. 535'e göre vasiyetname düzenleyebilirler[95]. Bu konuda bir tercih hakları bulunmaktadır.

---

düzenlenmemiştir." Y. 2. HD, E. 1969/7125, K. 1970/489, 23.1.1970. (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Yargıtay bir kararında tanık beyanlarının ayrı bir kağıtta yazılmasının, muhakkak sonradan yazıldığını göstermeyeceğine hükmetmiştir. Y. 2. HD, E. 3122, K. 2009, 13.05.1952. Karar için bkz. Sanberk, s. 49.

89 Dural/Öz, s. 71; Sanberk, s. 49.

90 Kocayusufpaşaoğlu, s. 173; Berki, s. 71; Dural/Öz, s. 71; Sanberk, s. 49; Çabri, s. 529-530.

91 YİBK, E. 13, K. 15, 28.11.1945 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

92 Dural ve Öz tanıkların el yazısıyla imza atma gereğinin, tanıkların okur yazar olmasını aramanın doğal bir sonucu olduğunu söyler Dural/Öz, s. 74.

93 Tanıkların beyanlarından herhangi biri yahut imzaları eksik olursa vasiyetname şekle aykırılık sebebiyle iptal edilebilecektir. Y. HGK, E. 1993/2-526, K. 1993/724, 7.11.1993 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

94 Kocayusufpaşaoğlu bu durumda vasiyetnamenin yokluk yaptırımına tabi olacağını savunur. Yazara göre mirasbırakan ölmeyip ayırt etme gücünü kaybetseydi vasiyetname geçerli olacaktı. Kocayusufpaşaoğlu, s. 169; Oğuzman mirasbırakanın bu aşamada ölmesi halinde vasiyetnamenin iptal edilebilir olacağını savunur.

95 YİBK, E. 23, K. 3, 26.3.1962. (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019); Y. 3. HD, E. 2018/543, K. 2019/6048, 02.07.2019 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019); Y. 3. HD, E. 2018/5856, K. 2018/10138, 17.10.2018 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Kocayusufpaşaoğlu, s. 161; Özuğur, s. 846; İmre/Erman, s. 88; Cıngıl, s. 68; Öztan, s. 199; Şener, s. 38; Dural/Öz, s. 67; Antalya/Sağlam, s. 123; Türk, s. 66. Ruhi, bu konuda kişinin özel durumunun vasiyetnameye yazılacağını savunur. Ruhi/Ruhi, s. 22. İmre ve Erman kişinin okuma yazma bildiği halde bu yola başvurduğunun vasiyetnameye yazılması gerektiğini savunur. İmre/Erman, s. 88. Okuma yazma bilen bir kimsenin TMK m. 535 hükmüne göre resmi vasiyetname düzenleyemeyeceği de savunulmaktadır. Yavuz, Cevdet/Topuz, Pınar, "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK. Madde 534 ve 535'in Değerlendirilmesi)",

Bu resmi vasiyetname türü ile okunup imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetnamenin, mirasbırakanın arzularını resmi memura bildirmesi, bunların resmi memurca yazılması ve resmi memurun metni tarih koyarak imzalaması aşamalarında bir fark bulunmamaktadır. İlgili kısımda yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir[96]. Tekrardan kaçınmak amacıyla, üçüncü aşamadan itibaren izlenmesi gereken süreç aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır.

1. Resmi Memurun Yazdığı Metnin Resmi Memur Tarafından Okunması

Okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetnamede resmi memurun yazdığı metin okunmak üzere mirasbırakana verilmek yerine resmi memur tarafından mirasbırakana okunacaktır. Öğretiye göre bu aşamayla birlikte tanıkların katıldığı safha olan ikinci safha başlayacaktır[97]. Vasiyetname, o ana kadar işlemleri gerçekleştiren resmi memur tarafından bizzat ve yüksek sesle okunur[98]. Vasiyetname tanıkların huzurunda okunmak zorunda olduğu için artık vasiyetname içeriğini tanıklardan gizleme olanağı kalmamıştır[99]. Resmi memur tarafından vasiyetname okunurken tanıkların da metnin doğru okunup okunmadığını takip etmeleri gerektiği de savunulmaktadır[100].

2. Resmi Memurun Metni Tarih Koyarak İmzalaması

Resmi memur vasiyetnameyi okuduktan sonra vasiyetnameyi tarih koyarak imzalar. Okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetnamede yapılan açıklamalar burada geçerlidir[101].

3. Mirasbırakanın Beyanı

Resmi memur, vasiyetnameyi iki tanığın önünde mirasbırakana okuduktan sonra mirasbırakan, vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan eder (TMK m. 535/1). Okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetnamedeki imzanın yerini burada bu beyan alır[102]. Beyan yazılı

Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 1151 vd.

96 Bkz. başlık: II, A. 1 ve başlık: II, A. 2.

97 Kocayusufpaşaoğlu, s. 183; Ertaş, s. 34-35; Sanberk, s. 53.

98 Dural/Öz, s. 73; Çabri, s. 536.

99 Serozan/Engin, s. 321; Kocayusufpaşaoğlu, s. 183; Ayiter, s. 53; Cıngıl, s. 68. İnan/Ertaş/Albaş, s. 186; Öztan, s. 202; Özuğur, s. 850; Antalya/Sağlam, s. 127.

100 Sanberk, s. 56.

101 Bkz. Başlık: II, A. 4.

102 Serozan/Engin, s. 321; Kocayusufpaşaoğlu, s. 183; Öztan, s. 202; Dural/Öz, s. 73; Sanberk, s. 54; Özuğur, s. 850; Antalya/Sağlam, s. 127; Çabri, s. 536. NK m. 75 gereği mirasbırakan varsa mühür yoksa sol elin başparmağını bu da yoksa diğer parmaklarından birini bastırır ve hangi parmağın basıldığı yazılır.

veya sözlü olabilir (okuma yazma bilmeyenlerin son arzularını bir başka kimseye yazdırarak resmi memura bu bildirimi yapmaları mümkündür). Beyanın resmi memurun ve iki tanığın huzurunda olması gerekir.

4. Tanıkların Vasiyetnameye Gerekenleri Yazıp İmzalamaları

TMK m. 535'e göre tanıklar üç konuda tanıklık edecektir. Tanıklar:

1. Vasiyetnamenin kendi önlerinde memur tarafından mirasbırakana okunduğunu[103]

2. Mirasbırakanın vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğini

3. Mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazacak veya yazdıracak ve imzalayacaklardır[104]. Okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetnameden farkı burada tanıkların ayrıca vasiyetnamenin kendi önlerinde mirasbırakana okunduğuna da tanıklık etmeleridir. Tanıkların yazmaları gereken üç hususun herhangi birinin eksikliği yahut imzalarının bulunmaması halinde vasiyetname şekle aykırı olacak ve iptal edilebilecektir[105]. Tanıkların yazım ve imzalarına ilişkin önceki bölümde[106] yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

C. Karma Vasiyetname

Karma vasiyetname kısmen TMK m. 533-534 kısmen de TMK m. 535'in aradığı şartlara uyularak düzenlenen vasiyetnamedir. Birden fazla karma şekilde vasiyetname düzenlenebilecektir[107]. Her biri hakkında öğretide savunulan görüşlere yer verilecektir. Karma vasiyetname düzenlenebilmesi için öğretide iki hususun varlığı aranmaktadır[108].

---

[103] "Ne var ki, vasiyetnamede tanıkların mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını tevsik eden beyanları yoktur. Bu beyanın yokluğu vasiyetnameyi geçersiz kılar." Y. 3. HD, E. 2018/543, K. 2019/6048, 02.07.2019, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019). Aynı yönde Y. 3. HD, E. 2015/5445, K. 2015/15389, 08.10.2015 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

[104] Y. 3. HD, E. 2009/16930, K. 2010/2852, 23.2.2010. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 102.

[105] Y. 3. HD, E. 619, K. 7445, 27.04.2010. Karar için bkz. Özkan, Hasan, *Miras Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 335-336.

[106] Bkz. II A. 6.

[107] Serozan/Engin, s. 321; Kocayusufpaşaoğlu, s. 185. Yavuz ve Topuz, karma şekilde vasiyetname düzenlenemeyeceğini savunur. Yazarlara göre TMK bu imkanı bilerek tanımamıştır. Yavuz/Topuz, s. 1158. Kılıçoğlu Yılmaz da karma şekilde vasiyetname düzenlenemeyeceğini savunur. Yazara göre iki tür resmi vasiyetname arasındaki en önemli fark tanıkların vasiyetname içeriğini bilip bilmemelerine dayanır. Karma vasiyetname ile de bu fark ortadan kalkmaktadır. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 389-390.

[108] Kocayusufpaşaoğlu, s. 185; Dural/Öz, s. 74. Öztan, karma vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için iki tür resmi vasiyetnameden birinin tüm koşullarının sağlanması gerektiğini ifade eder. Öztan, s. 204.

Birincisi, karma şekil ile resmi vasiyetnameler için getirilen şekil şartları ile ulaşılmak istenen amaç gerçekleştirilmiş olmalıdır. İkincisi, karma şeklin sağladığı garantinin sadece TMK m. 533-534 veya sadece TMK m. 535'e göre düzenlenen resmi vasiyetnamenin sağladığı garantiden az olmaması gerekmektedir.

Karma şekilde düzenlenen vasiyetnameye ilk örnek: okunmaksızın ve imzalanmaksızın TMK m. 535'e göre düzenlenen resmi vasiyetnameye mirasbırakanın imza atmış olmasıdır. Mirasbırakanın bu imzasının resmi vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyeceğine dair Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK)[109] bulunmaktadır. Çünkü burada şekil eksikliği değil şekil fazlalığı vardır[110]. Ayrıca İBK'da ifade edildiği üzere imzasız metine kıyasen imzalı bir metnin hukuken daha fazla güvence sağladığı düşünülmüş olabilir. Ayrıca burada karma şekilde düzenlenmiş bir vasiyetname olmadığı da savunulabilir. Çünkü burada TMK m. 535'teki şartların tamamı yerine getirilmiş, imza bu şartlardan birinin yerine atılmamış bu şartlara ilaveten atılmıştır.

Karma şekilde düzenlenen vasiyetnameye ikinci örnek: TMK m. 535'e göre düzenlenen vasiyetnamede eğer mirasbırakanın imzası da varsa, resmi memurun vasiyetnameyi tanıklar olmaksızın okumasıyla vasiyetname düzenlenmesidir. Öğretide bir görüş, mirasbırakanın imza atmış olmasından bahisle vasiyetnamenin tanıklar olmaksızın resmi memur tarafından okunabileceğini savunur[111]. Çünkü TMK m. 533- 534'e göre düzenlenen vasiyetnamede mirasbırakan vasiyetnameyi tanık huzurunda okumak zorunda değildir. Öğretideki diğer görüş, vasiyetnamenin tanıklar önünde okunmasının zorunlu olduğu yönündedir[112]. Öğretide savunulan bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise resmi memur tarafından okunmadan fakat vasiyetçi tarafından imzalanarak düzenlenen vasiyetnamede mirasbırakan okuryazarsa vasiyetnamenin tanık huzurunda kendisine okunması gerekmeyip, okuryazar değilse tanık huzurunda kendisine okunması gerekecektir[113]. Çünkü burada tanığın rolü vasiyetnamenin resmi memur tarafından

---

109 YİBK, E. 1958/23, K. 1962/3, 26.3.1962 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

110 Y. 3. HD, E. 2012/21142, K. 2013/3991, 11.3.2013 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

111 Kocayusufpaşaoğlu, s. 186, dn. 87-88-89'da anılan yazarlar.

112 Oğuzman, s. 117; Sanberk, s. 60-61.

113 Kocayusufpaşaoğlu, s. 188. Yazara göre okuma yazma bilen mirasbırakan okunan metni kendisi denetleyebilecekken aksi halde okuma işleminin denetlenmesi için tanıklara ihtiyaç duyulacaktır. Yargıtay bu tür karma resmi vasiyetname düzenlenmesini mümkün görmemektedir. "Öte yandan, okuryazar kişilerce, okuyamayan veya imzalayamayanlar gibi resmi vasiyetname düzenletme yolunun seçilmesi halinde de; TMK'nın 535. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen şekle uyulmak zorundadır." Y. 3 HD, E. 2018/543, K. 2019/6048, 02.07.2019 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019). Aynı yönde Y. 3. HD, E. 2015/4498, K. 2015/16231, 20.10.2015; Y. 3. HD, E. 2013/13829 K. 2013/15241, 05.11.2013 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

okunup okunmadığına ve mirasbırakanın iradesine uygun olup olmadığına şahitlik etmektir. Mirasbırakanın okuma yazma bilmesi halinde okunan metnin doğruluğunu ve iradesine uygunluğunu tespit edebilmesi önünde hiçbir engel olmayacak, tıpkı okunup imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetnamede olduğu gibi bu aşamaya ilişkin tanıkların fonksiyonuna gerek kalmayacaktır. Ancak bu durumda vasiyetçi hem okuma yazma bilmekte hem de vasiyetnameye imza atmaktadır dolayısıyla vasiyetnamenin aslında TMK m. 535'e göre düzenlenmesini gerektirecek bir ihtiyaç da bulunmamaktadır. Ancak yine de bu durum vasiyetnamenin iptaline sebep olmamalıdır[114].

Karma şekilde düzenlenen vasiyetnameye son örnek: mirasbırakan tarafından okunan fakat imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetnamedir. Okuma yazma bilen bir kimse vasiyetnamenin düzenlenmesi anında imza atamıyor olabilir. Bu örnekte, vasiyetname mirasbırakana okunması için verilecektir. Mirasbırakanın metni okuması TMK m. 533-534 hükümlerine uygundur. Ancak mirasbırakan vasiyetnameye imza atamayacağı için, vasiyetnameyi okuduğunu ve bunun son arzularını içerdiğini resmi memur ve tanıklar huzurunda beyan edecektir. Mirasbırakanın bu beyanı TMK m. 535 hükmüne uygundur. Kısaca bu örnekte TMK m. 533-534 hükümlerine göre vasiyetname düzenlenmeye başlayacak ancak TMK m. 535 hükmüne göre düzenlenmeye devam edecektir. Bu şekilde vasiyetname düzenlenebileceğini savunanlar, vasiyetnamenin resmi memur tarafından okuma yazma bilen mirasbırakana okunması yerine bizzat mirasbırakan tarafından okunmasının daha güvenli olduğunu bizce de yerinde olarak ileri sürerler[115]. Bu şekilde düzenlenen vasiyetnamede tanıklar ise mirasbırakanın vasiyetnameyi kendi önlerinde okuduğunu[116], onun son arzularını içerdiğini beyan ettiğini ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini yazar veya yazdırır ve imza atarlar[117].

---

[114] Çünkü karma şekilde düzenlenmiş olsa da okuma yazma bilenlere özgü vasiyetnamenin tüm şekil şartları sağlanmaktadır.

[115] Kocayusufpaşaoğlu, s. 189. Antalya, bu şekilde düzenlenen vasiyetnamenin geçerli olmayacağını söyler. Yazara göre TMK m 535'te aranan şartlar sağlanamamıştır. Antalya/Sağlam, s. 129.

[116] Bu şekilde vasiyetname düzenlenebilmesi için mirasbırakan vasiyetnameyi şahitlerin ve resmi memurun huzurunda okumalıdır. Kocayusufpaşaoğlu, s. 189; Oğuzman, s. 116. Çünkü aksi durumda her iki tür resmi vasiyetnamenin de şekil koşulları da sağlanamamış olur.

[117] Öztan/Öztan, s. 3606-3607. Yargıtay bu tür karma vasiyetname düzenlenmesini mümkün görmemektedir. "Şayet mirasbırakan okur yazar değil ise vasiyetname yukarıda belirtildiği üzere, TMK. nun 535. maddesinde gösterilen şekle uygun yapılmamış, vasiyetnamenin noter tarafından mirasbırakana okunmak üzere verildiği onun da okuduğu belirtilmiş, şayet mirasbırakan okur yazar ise de; neden imza yerine parmak izi kullandığına dair bir şerh düşülmemiştir. Bu hali ile davaya konu vasiyetnamenin yasanın aradığı şekil şartlarına bağlı olarak yapıldığından bahsedilemeyecektir." Y. 3. HD, E. 2018/5856, K. 2018/10138, 17.10.2018

III. VASİYETÇİ İÇİN ÖZEL DURUMLAR

A. Görme Engelliler

Görme engelli bir kimsenin resmi vasiyetname düzenleyebilmesi görme engellilere özgü Braille alfabesini bilip bilmemesine göre ayrım yapılarak incelenecektir. Bu alfabeyi bilen mirasbırakan okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetname yapabilecektir[118]. Çünkü resmi memur tarafından kendisine okuması için vasiyetname verildiğinde, bu alfabeye göre düzenlenmiş vasiyetnameyi okuyabilecek ve imzalayabilecektir. Mirasbırakanın son arzularının bu alfabeye göre yazılma işlemi ise yeminli bir tercüman vasıtasıyla gerçekleştirilecektir. Resmi memur ve tanıklar bu alfabeyi biliyorsa ayrıca tercümana ihtiyaç kalmayacaktır[119]. Braille alfabesiyle hazırlanan metin Türkçe metinle birlikte saklanmalıdır[120].

Mirasbırakan Braille alfabesini bilmiyorsa okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetname yapma imkanı yoktur[121]. Mirasbırakan bu halde ancak okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetname hükmüne (TMK m. 535) göre vasiyetname yapabilecektir[122].

B. Konuşma ve İşitme Engelliler

Konuşma ve işitme engelli bir kimsenin vasiyetname düzenleyebilmesi okuma yazma bilip bilmemesine göre ayrım yapılarak incelenecektir. Bu kimsenin okuma yazma bilmesi halinde, okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetnameyi herkes gibi yapabileceğine şüphe yoktur[123]. Vasiyetname okunup imzalandıktan sonra

---

(https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

118 Çabri, s. 546; Sanberk, s. 66. Görme engelli bir kimsenin TMK m 533-534 hükümlerine göre vasiyetname yapabilmesi için resmi memurun vasiyetnameyi Braille alfabesiyle yazması gerekir. Antalya/Sağlam, s. 123. Görme engellilerin sadece okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetname yapabileceğine ilişkin görüşler için bkz. Tekdoğan, s. 102; Oğuzman, s. 111 dn. 142; Cıngıl, s. 69; Berki, Ali Himmet, *Vasiyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, Ege Matbaası, Ankara, 1961, s. 81; İmre/Erman, s. 84; Çabri, s. 516. Dural ve Öz görme görme engelliler için yazılan metinle normal metnin uygunluğunu kontrol etmenin imkansız olduğunu düşünür. Yazarlar bu sebeple görme engellilerin ancak TMK m. 535'e göre vasiyetname düzenleyebileceğini savunurlar. Dural/Öz, s. 77.

119 Sanberk, Türkçe bilmeyenler için öngörülen usulün Braille alfabesiyle vasiyetname yazdırılmak istenmesi halinde de uygulanabileceğini savunur. Sanberk, s. 66.

120 Özuğur, s. 847; Çabri, s. 546. Çabri normal metinle Braille alfabesine göre düzenlenen metin arasında fark olduğu ortaya çıkarsa Braille alfabesiyle düzenlenmiş metne üstünlük tanımak gerektiğini savunur. Çabri, s. 546.

121 Sanberk, s. 64; Dural/Öz, s. 76.

122 Türk, s. 81.

123 Kocayusufpaşaoğlu, s. 163; Köprülü, s. 146; Tekdoğan, s. 99, Öztan, s. 204; Oğuzman, s. 111, dn. 142; Dural/Öz, s. 77; Cıngıl, s. 69; Tekdoğan, s. 99; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 46-

mirasbırakanın TMK m. 534 gereği açıklaması gereken beyan yazılı olarak da açıklanabileceğinden onlar için özellik arz eden bir husus bulunmamaktadır[124].

Konuşma ve işitme engelli bir kimse okuma yazma da bilmiyorsa işaret dilini bilmesi halinde okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetname yapabilir[125]. Bu şekilde vasiyetname düzenlenebilmesi için işaret dilini bilen bir yeminli tercümanın bulunması ve gerekli iletişimi sağlamak için çeviri yapması gerekecektir[126]. Resmi memur ve tanıkların işaret dilini bilmesi halinde tercümana ihtiyaç kalmayacaktır[127]. Konuşma ve işitme engelli bir kimse işaret dilini de bilmiyorsa okuma yazma bilmedikleri için TMK m. 533-34 hükümlerine göre kendilerine okunan metni duyamayacakları duysa dahi gerekli beyanda bulunamayacakları için TMK m. 535 hükmüne göre de vasiyetname düzenleyemeyecektir[128]. Ayrıca bu kimselerin son arzularını resmi memura bildirebilmeleri de pek mümkün görünmemektedir.

C. Hem Görme hem de Konuşma ve İşitme Engelliler

Hem görme hem de konuşma ve işitme engelli bir kimse Braille alfabesini biliyorsa okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetname yapabilecektir[129]. Bu durumda arzularını yazılı bir şekilde bildirecek, yazılan vasiyetnameyi bizzat okuyabilecek, vasiyetnamenin iradesine uygun olduğunu yazılı bir şekilde beyan edebilecek ve vasiyetnameyi imzalayabilecektir. Okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyetname düzenlenmesinde, vasiyetnamenin resmi memur tarafından okunması gerektiğinden ve bu kimseler bunu duyamayacağından bu tür

---

47; Sanberk, s. 67-68; Çabri, s. 516; İmre/Erman, s. 84.

124 Kocayusufpaşaoğlu, s. 163; Dural/Öz, s. 77; Cıngıl, s. 69; Sanberk, s. 68.

125 Y. 2. HD, 2362/5457, 11.5.1992. Karar için bkz. Dural/Öz, s. 77. Vasiyetnamenin düzenlenmesine katılanların işaret dilini kontrol imkanının olmadığı ve ileride teyit edilmesi için yazılı bir metin imkanı da vermediği sebebiyle yeterli güveni sağlamadığı için bu çözüme karşı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s.164.

126 NK m. 73 gereği yeminli bir tecümanın bulunması zorunludur. İlgili madde işitme veya konuşma engelliler için tercüman bulunması gerektiğini düzenler. Görme engelliler için tercüman bulundurulması madde metninde geçmemektedir.

127 Y. 2. HD, 2362/5457, 11.5.1992. Karar için bkz. Dural/Öz, s. 77.

128 Sanberk, s. 67.

129 Kocayusufpaşaoğlu bu durumda Braille alfabesiyle kaleme alınan yazıların vasiyetnamenin ayrılmaz bir parçası teşkil ettiğini savunur. Kocayusufpaşaoğlu, s. 164-165. Dural ve Öz, bu yolu mirasbırakanın son arzularının doğru yansıtılması açısından riskli bulmakla beraber aksi durumda bu kişilerin vasiyetname yapma imkanlarının ellerinden tümüyle alınmış olacağını ifade eder. Dural/Öz, s. 77-78. Ancak öğretide baskın görüş bu kimselerin resmi vasiyetname düzenleyemeyecekleri yönündedir. Açıklamalar için bkz. Türk, s. 83-84.

vasiyetname düzenleyemeyecektirler. Bu kimseler, Braille alfabesini bilmiyorsa, vasiyetname düzenleme imkanları yoktur[130].

D. Türkçe Bilmeyenler

Türkçe bilmeyenlerin resmi vasiyetname düzenlemesine ilişkin TMK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple NK'nın şekle ilişkin hükümlerinin burada da uygulanacağı kabul edilmektedir[131]. NK m. 74'e göre işlem sırasında yeminli bir tercüman bulundurulacaktır. Mirasbırakanın Türkçe dışında bir dilde okuma yazma bilmesi halinde[132], tercüman son arzuların resmi memura bildirilmesi sırasında veya mirasbırakanın sözlü yahut yazılı beyanda bulunması gereken hallerde gerekli çevirileri yapacaktır[133]. Noter ilgili yabancı dili biliyorsa çeviriler noter tarafından yapılabilecek tercümana gerek kalmayacaktır[134].

Türkçe bilmeyen birinin, başka dilde de okuma yazma bilmemesi halinde okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetname yapma şansı olmayacaktır. O halde tek imkan TMK m. 535'de düzenlenen okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyetname yapabilmesidir. Bu durumda karşımıza TMK m. 535 gereği vasiyetnamenin mirasbırakana okunurken hangi dilde okunacağı sorunu çıkmaktadır. İlgili hükme göre vasiyetname mirasbırakana bizzat resmi memur tarafından okunur. Hem resmi memurun hem de tanıkların vasiyetnamenin düzenlendiği dili bilmeleri halinde resmi memur tarafından okuma yapılabilir[135]. Resmi memurun yahut tanıkların o dili bilmemesi halinde çözüm, noterin Türkçe metni, çevirmeninse yabancı dildeki metni okumasıdır[136].

---

[130] Böyle bir ayrım yapılmaksızın bu kimselerin vasiyetname düzenleyemeyeceği hakkında görüşler için bkz. Ertaş, s. 32; Cıngıl, s. 70; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 47; İmre/Erman, s. 84; Aydın, s. 32.

[131] Kocayusufpaşaoğlu, s. 180; Oğuzman, s. 111 dn. 142; Dural/Öz, s. 78.

[132] Türkçe bilmeyen mirasbırakan yabancı bir dil biliyorsa okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetname yapabilmelidir. Yabancı bir dil bilse dahi Türkçe bilmediği için ancak okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetname yapabileceğine dair görüş için bkz. Cıngıl, s. 73.

[133] Kocayusufpaşaoğlu, s. 184; Türk, s. 78. Berki, vasiyetnamenin Türkçe düzenlenmesi gerektiğini ifade eder. Yazara göre vasiyetname Türkçe tercüman aracılığıyla Türkçe düzenlenecek sonra yine tercüman aracılığıyla içeriği mirasbırakana anlatılacaktır. Berki, s. 69. Aynı yönde Dalamanlı, Lütfü, *Miras Hukuku,* Ünal Matbaası, Ankara, 1975; s. 97; Günay, s. 52-53; Günay, s. 51. Ertaş, yeni Noterlik Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiğine dair hüküm olmamakla birlikte Türkçe bilmeyenler için yeminli tercüman şartını araması, belgenin Türkçe düzenlenmesi gerektiğini dolaylı olarak ifade edeceğini savunur. Ertaş, s. 33. Aynı yönde İnan/Ertaş/Albaş, s. 184.

[134] Kocayusufpaşaoğlu, s. 181; Dural/Öz, s. 78.

[135] Kocayusufpaşaoğlu, s. 184.

[136] Dural ve Öz her iki metnin aynı anda okunması gerektiğini ifade eder. Dural/Öz, s. 79.

Mirasbırakanın tanıklar huzurunda yapması gereken beyan, tanıklar tarafından anlaşılabilir olmalıdır. Mirasbırakan bu beyanda bulunacak kadar Türkçe bilmiyorsa bu beyan da tercüman aracılığıyla tanıklara çevrilecektir. Tanıkların bu beyanı nasıl öğrendiklerini yazmaları gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir[137]. Tercümanın çevirdiği metnin mirasbırakanın kendi bildiği dilde hazırlanan metin ile birlikte saklanması gerekmektedir[138]. Yabancı dilde hazırlanan metin ile Türkçe hazırlanan metin arasında tercüme sebebiyle fark olduğu ortaya çıkarsa yabancı dilde hazırlanan vasiyetnamenin esas alınması gerektiği savunulmaktadır[139].

IV. RESMİ VASİYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Vasiyetname, vasiyetçinin ölümüne kadar birçok farklı şekilde geri alınabilir. Vasiyetname yok edilerek veya daha sonra yeni bir ölüme bağlı tasarrufta[140] bulunularak ya da vasiyete konu şey üzerinde sağlar arası tasarruf edilerek geri alınabilir. Bunları incelemeye geçmeden önce resmi vasiyetnamenin ispat kuvveti, tevdii ve saklanması hakkında kısaca bilgi vermek yerinde olacaktır.

Resmi vasiyetname resmi senettir[141]. Bu sebeple TMK m. 7/1'e göre belgelediği olguya kanıt oluşturacaktır. Resmi vasiyetname düzenlendikten sonra mirasbırakan yahut tanıklar beyanlarının yahut tanıklık ettikleri hususların aksini iddia etseler[142] dahi resmi

---

Kocayusufpaşaoğlu, metinlerden önce birinin sonra diğerinin okunabileceğini yahut birkaç cümle birinden okunup çevirisinin hemen peşinden okunabileceğini ifade eder. Kocayusufpaşaoğlu, s. 184. Bu çözümde mirasbırakanın anladığı dildeki metnin resmi memur tarafından okunmaması sebebiyle tereddüt etmek gerektiği savunulmaktadır. Sanberk, s. 71.

137 "Türkçe bilmeyenlerin vasiyetinde tanıklık yapanların onama şerhinde vasiyetin, vasiyetçinin arzusuna uygunluğunu hangi şekilde öğrendiklerini belirtmeleri zorunludur." Y. 2. HD, E. 1970/7125, K. 1970/489, 23.1.1970 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

138 Dural/Öz, s. 78. Kocayusufpaşaoğlu, tercümanın çevirdiği metnin de resmi memur ve şahitler tarafından imzalanarak vasiyetnamenin eki olarak saklanması gerektiğini savunur. Kocayusufpaşaoğlu, s.185. Aynı yönde Köprülü, s. 146. Mirasbırakanın ve tanıkların imzalarının yanında çevirmenin imzasının da bulunması gerekir. Y. 2. HD, E. 3991, K. 472, 23.01.1971. Karar için bkz. Özuğur, s. 869.

139 Kocayusufpaşaoğlu, s. 182; Çabri, s. 543.

140 Vasiyetname miras sözleşmesiyle de geri alınabilir. Serozan/Engin, s. 342; Dural/Öz, s. 110; Antalya/Sağlam, s. 142; İnan/Ertaş/Albaş, s. 194; Kocayusufpaşaoğlu, s. 231; Öztrak, İlhan, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyaı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1964, s. 33.

141 İmre/Erman, s. 81; Gençcan, Miras, s. 295.

142 Örneğin usulüne uygun şekilde resmi vasiyetname düzenlendikten sonra mirasbırakanın vasiyetnameyi okumadığını ya da son arzularını içermediğini söylemesi ya da tanıkların mirasbırakanın beyanını duymadıklarını söylemesi.

vasiyetnamenin geçerliliği etkilenmeyecektir. Resmi vasiyetnamenin bu yolla geçersiz olabilmesi için sahteliği ispat edilmek zorundadır[143].

Resmi vasiyetname noter tarafından düzenlenmişse, vasiyetnamenin düzenlendiği, mirasbırakanın nüfus dairesine bildirilecektir (NK m. 69/1). Çünkü mirasbırakanın ölmesi halinde ölümün, notere bildirilmesi gerekir ki vasiyetname hakkında işlemler yapılabilsin. Bu bildirimi ise notere ilgili nüfus dairesi yapacaktır (NK m. 69/2). Bildirim yapıldıktan sonra noter, vasiyetnameyi sulh hakimine verilmek üzere savcılığa tevdi edecektir (NK m. 69/2).

Resmî vasiyetnameyi düzenleyen memur, vasiyetnamenin aslını saklamakla yükümlüdür (TMK m. 537). Ancak NK m. 94 gereği mirasbırakana vasiyetnamenin örneği verilebilir. Resmi vasiyetnamenin tevdii ve saklanmasına dair hükümler vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemez[144].

A. Sonraki Ölüme Bağlı Tasarrufla Geri Alma

Resmi vasiyetname, düzenlendikten sonra vasiyetname düzenleyen yeni bir vasiyetname düzenleyerek ilk düzenlenen resmi vasiyetnameyi geri alabilir. Geri alma aynı tür vasiyetnameyle olmak zorunda değildir[145]. Sonraki vasiyetname resmi vasiyetname olabileceği gibi el yazılı veya sözlü vasiyetname de olabilir[146]. Resmi vasiyetnameyi geri almak için düzenlenen yeni vasiyetnamenin içeriği sadece önceki vasiyetnamenin geri alındığına dair bir beyandan ibaret olabilir. Ancak

---

143 Ayiter, s. 49-50; Ayan, s. 105. Y. 3. HD, E. 2015/8020, K. 2015/1399, 10.09.2015. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 96. "Noterlerin usulüne uygun düzenledikleri ve onayladıkları belge (vasiyetnamenin) aksi ispat oluncaya kadar kesin delil teşkil eder. Bunun aksi ancak aynı nitelikte ve başka belge veya delillerle ispatlanabilir. Vasiyetname tanıklarının vasiyetname içeriğine uygun olmayan beyanları hükme esas alınmamalıdır." Y. 3. HD, E. 2014/1627, K. 2014/8253, T. 27. 05. 2014. Karar için bkz. Tekdoğan, s. 108. Aynı yönde Y. 2. HD, E. 14317, K. 14239, T. 18.12.2002. Karar için bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Türk Medeni Kanunu*, Yekin Yayınları, Ankara, 2007, 2. Baskı, s. 3300 (Anılış: Medeni). "Noterde düzenlenen vasiyetnamenin (belgenin) resmi belge niteliğinde olması sebebiyle bunun aksi ancak aynı nitelikte başka belge veya deliller ile ispatlanabilir. Vasiyetname tanıklarının davaya konu vasiyetnamede yazılı beyanlarının doğru olmadığı iddiasının yine aynı kuvvette başka bir delil ile ispatlanması gerekir." Y 3. HD, E. 2016/18862, K. 2018/5673, 23.5.2018, (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 25. 10. 2019).

144 Dural/Öz, s. 76.

145 Serozan/Engin, s. 338. Dural/Öz, s. 110; Antalya/Sağlam, s. 141; Öztan, s. 210; İmre/Erman, s. 103; Oğuzman, s. 176; Kocayusufpaşaoğlu, s. 231; Öztrak, s. 33-34.

146 Önceki tarihli vasiyetnamenin geri alınabilmesi için sonraki tarihli vasiyetnamenin hangi türde yapılmışsa o türün şekil şartlarını taşıması gerekir. Aksi halde sonraki tarihli vasiyetname geçerli olmayacağı için ilk vasiyetname de geri alınmış sayılmayacaktır. Dural/Öz, s. 110; İnan/Ertaş/Albaş, s. 194; İmre/Erman, s. 103; Oğuzman, s. 176.

vasiyetnamenin tamamen geri alınması şart değildir[147]. İlk vasiyetnamede yazılı arzuların bir kısmının geri alınması da mümkündür[148]. Sonraki vasiyetnamede vasiyetçinin ilk vasiyetnameyi geri alma arzusu dışında başkaca arzularına da yer verilebilir[149]. Hatta ilk vasiyetnameyi geri aldığını açıkça belirtmese dahi vasiyetnamedeki arzularından bu anlaşılabilir. Eğer ikinci vasiyetname birinciyi tamamlamıyorsa birinci vasiyetname geri alınmış sayılır[150]. TMK m. 544/1'e göre mirasbırakanın önceki vasiyetnameyi ortadan kaldırmaksızın yaptığı yeni vasiyetname, kuşkuya yer kalmayacak şekilde önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça onun yerini alacaktır. Buna göre her iki vasiyetnamenin aynı anda uygulanabilmesi mühim olmayıp sonraki vasiyetnamenin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde önceki vasiyetnameyi tamamlayıp tamamlamadığına bakılacaktır[151].

Resmi vasiyetnameyi geri alan vasiyetnamenin de geri alınması mümkündür[152]. Bu halde ilk resmi vasiyetnamenin geçerlilik kazanıp kazanmayacağının belirlenmesi gerekir. Öğretide ilk resmi vasiyetnamenin kendiliğinden geçerli hale gelmeyeceği vasiyetnamelerin yorumlanarak sonuca ulaşılması gerektiği savunulmaktadır[153].

B. Yok Etme Yoluyla Geri Alma

Vasiyetnamenin geri alınmasının ikinci yolu onun yok edilmesidir. TMK m. 543/1'e göre mirasbırakan yok etmek suretiyle vasiyetnameden dönebilecektir. Yok etmek yakmak veya yırtmak gibi zarar verecek

147 Serozan/Engin, s. 338; Dural/Öz, s. 110; Antalya/Sağlam, s. 140; İnan/Ertaş/Albaş, s. 194; Öztan, s. 209; İmre/Erman, s. 104; Kocayusufpaşaoğlu, s. 231;

148 Kısmi geri alma halinde geri kalan kısım tek başına anlam ifade etmezse vasiyetnamenin tümünün geri alınmış sayılması gerekir. Dural/Öz, s. 110; Antalya/Sağlam, s. 140-141.

149 Serozan/Engin, s. 338.

150 Dural/Öz, s. 111; İnan/Ertaş/Albaş, s. 195. Serozan ve Engin'e göre, bu şekilde düzenlenen vasiyetnameler "birbiriyle bağdaştırılması ve birlikte yaşatılması amaçlanmalıdır.".

151 Dural/Öz, s. 112; Antalya/Sağlam, s. 143; İnan/Ertaş/Albaş, s. 195.

152 Antalya/Sağlam, s. 141 dn. 464; Dural/Öz, s. 110-111; İnan/Ertaş/Albaş, s. 194; Oğuzman, s. 177; Öztrak, s. 94-95.

153 Dural/Öz, s. 111; Öztrak, s. 94 vd.; İmre/Erman, s. 105; Oğuzman, s. 177; Öztrak, s. 98. Antalya ve Sağlam, bu halde ilk vasiyetnamenin kendiliğinden geçerli hale geleceğini savunur. Antalya/Sağlam, s. 143. Benzer şekilde İnan/Ertaş/Albaş, s. 194. Serozan ve Engin'e göre yorum yoluyla mirasbırakanın varsayılan iradesine ulaşılmaya çalışılmalıdır. Kuşku halinde ilk vasiyetname geçerli olarak kabul edilmelidir. Serozan/Engin, s. 345 vd. Yargıtay bu gibi durumlarda ilk vasiyetnamenin kendiliğinden geçerli hale gelmeyeceğine hükmetmiştir. Y. 2. HD, E. 2003/601, K. 2003/3742, 18.3.2003. Karar için bkz. Zafer Kahraman, "Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması", İÜHFD, Özel Sayı Cilt:2, 2015, s. 959 dn. 57.

şekilde vasiyetnamenin okunamayacak hale getirilmesidir[154]. Resmi vasiyetnamenin yok etmek suretiyle geri alınması zor olmakla birlikte mümkündür[155]. Bu durumda vasiyetçi kendi elindeki resmi vasiyetname örneğini yok etmesi resmi vasiyetnamenin geri alınması sonucunu doğurmayacaktır[156]. Resmi vasiyetnamenin yok edilmesi için aslının da yok edilmesi gerekir[157]. Yok edebilmek için her şeyden önce vasiyetçinin resmi vasiyetnamenin aslını elde etmesi gerekir[158]. Noterin düzenlediği senetlerin aslını saklamakla yükümlü olduğuna dair NK m. 84/2 ve resmi vasiyetnameyi düzenleyen memurun vasiyetnamenin aslını saklamakla yükümlü olduğuna dair TMK m. 537 hükümleri karşısında resmi vasiyetnamenin aslının nasıl alınabileceği hakkında farklı fikirler bulunmaktadır. Bir görüşe göre TMK m. 537 hükmünün resmi vasiyetname için bir geçerlilik şartı olmadığından bahisle resmi vasiyetnamenin resmi memurdaki aslı istenebilecektir[159]. Bir diğer görüşe göre ise resmi vasiyetnamenin resmi memurda bulunması sağlanacak güvence için şarttır. Dolayısıyla vasiyetçinin isteği üzerine resmi vasiyetnamenin geri verilmesi mümkün olmamalıdır[160]. NKY m. 109/4'e göre vasiyette bulunan, vasiyetinden her zaman için rücu edebilecektir. Rücu halinde resmi vasiyetnamenin düzenlendiği zaman

---

154 Dural/Öz, s. 112; İnan/Ertaş/Albaş, s. 197; Öztan, s. 212; İmre/Erman, s. 109. Serozan ve Engin, bu kayıtların geri alma vasiyetnamesinin şekline bağlı tutulursa tarihin yazılması ve imza atılması gerektiğini savunur. İlgili kayıtların yok etme amacıyla bağdaştırılması halinde ise imza ve tarih olmaksızın vasiyetnameyi hükümden düşürecektir. Serozan/Engin, s. 339. Yok etmenin vasiyetnameyi geri alma niyetiyle yapılması gerekir. Oğuzman, s. 178; Kocayusufpaşaoğlu, s. 234; Serozan/Engin, s. 338. Vasiyetçinin geri alma iradesi olmaksızın vasiyetname yok olmuşsa vasiyetname hükümden düşmez. Serozan/Engin, s. 340.

155 Dural/Öz, s. 112.

156 Dural/Öz, s. 112; İnan/Ertaş/Albaş, s. 197; Oğuzman, s. 178.

157 Dural/Öz, s. 112; Öztan, s. 213; İmre/Erman, s. 109; Kocayusufpaşaoğlu, s. 234. Serozan ve Engin, vasiyetçinin kendisinde bulunan resmi vasiyetname suretini, geri alma isteğiyle yok etmesi de resmi vasiyetnameyi geri alma yerine geçecektir. Serozan/Engin, s. 340.

158 Yok etme fiili, vasiyetçi tarafından gerçekleştirilmelidir. Öztrak, s. 56. Yazar, vasiyetçinin vasiyetnameyi yok etme kararını verdikten sonra üçüncü bir kişi aracılığıyla yok etmenin gerçekleştirilebileceğini savunur. Öztrak, s. 57. Aynı yönde Serozan/Engin, s. 340.

159 Mirasbırakan bu arzusunu resmi memurca düzenlenen zabıtla tespit ettirdikten sonra bu zaptın resmi vasiyetname yerine konulup resmi vasiyetnamenin vasiyetçiye verilmesi mümkündür. İnan/Ertaş/Albaş, s. 197. Kocayusufpaşaoğlu, resmi vasiyetnamenin aslını elinde bulunduran resmi memurdan bunun yok edilmesinin talep edilebileceğini savunur. Ancak durumu tespit eden bir tutanak düzenlenmesi gerekir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 235.

160 Kocayusufpaşaoğluna göre resmi memurun resmi vasiyetnameyi saklama zorunluluğu bir düzen hükmüdür. Resmi vasiyetname ondan alınsa dahi geçerliliğini sürdürür. Ancak resmi vasiyetnamenin ondan alınması resmi memurun sağladığı garantinin bertaraf edilmesine sebep olacağı için belgenin aslının vasiyetçiye verilmesi kabul edilemezdir. Kocayusufpaşaoğlu, s. 236.

uygulanan usul ve şartlar aynen uygulanarak bir tutanak düzenlenecektir. Bu tutanağın aslı cilt bendine bir sureti ise vasiyetnameye eklenecektir. İlgili yönetmelik maddesine göre[161] resmi vasiyetnamenin vasiyetçiye geri verilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü yönetmeliğe göre vasiyetçinin dönme iradesini yansıtmak için düzenlenen tutanağın bir örneği vasiyetnameye eklenmelidir. Ayrıca Türkiye Noterler Birliğinin (TNB) hukuki danışmanlık yaptığı[162] bir konuda, saklanmak üzere notere verilen el yazılı vasiyetnamelerin geri verilebileceği belirtilmiş,[163] resmi vasiyetnameler için ise NKY m. 109/4 hükmüne atıf yapılmış, vasiyetnameden tamamen dönülmüş olsa dahi ve resmi vasiyetnamenin dönme işlemiyle birlikte sulh hakimin ulaştırılmasının zorunluluğuna dikkat çekilmiş ancak resmi vasiyetnamenin vasiyetçiye geri verilebileceğinden bahsedilmemiştir[164]. Bizce de anılan düzenlemelere

[161] NKY m. 109/4: "Vasiyette bulunan, vasiyetinden her zaman için rücu edebilir. Rücu halin de vasiyetnamenin Noterlikçe tanzim veya açık veya kapalı olarak tevdi edildiği zaman tatbik edilen usul ve şartlar aynen uygulanmak sureti ile düzenlenecek bir tutanak tanzim edilir. Bu işlemin aslı cilt bendine bir sureti vasiyet nameye eklenir."

[162] Hukuki Danışmanlık – 548, Ankara, 23.11.2015. İlgi:18.11.2015 tarihli ve Muh. 561 sayılı yazı (https://noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic35820.html).

[163] "Bu itibarla; 1512 sayılı Noterlik Kanununun emanet isleri ile ilgili hükümlerine göre alınıp saklanan vasiyetnamelerden dönme: 1976/45, 1977/32 ve 1984/46 sayılı genelgelerde açıklandığı üzere, *saklanmak üzere noterliğe tevdi edilen vasiyetnamelerin bir tutanakla geri alınması* veya sürenin bitiminde Noterlik Kanununun 65 ve 66'ncı maddeleri hükümleri doğrultusunda işlem yapılıp vasiyetnamenin Hazine'ye devredilmesi halinde, vasiyetçinin ölümünü müteakip yetkili sulh hakimine gönderilebilecek bir vasiyetnamenin noterlikte bulunmaması nedeniyle, gereksiz yazışmalar yapılmaması ve Noterlik Kanununun 69'uncu maddesi uyarınca daha önce bildirilen kaydın kaldırılması için vasiyetnamenin geri alındığının veya Hazine'ye teslim edildiğinin ilgili nüfus idaresine bildirilmesi uygun olacaktır." TNB, Hukuki Danışmanlık – 548 (https://noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic35820.html).

[164] "Düzenleme seklinde yapılıp aslı cilbende konulan vasiyetnamelerden dönme: a) Yeni bir vasiyette bulunulmadan vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülmesi: Türk Medeni Kanununun 542'nci maddesi uyarınca, vasiyetnamenin tamamından veya bir kısmından dönülmesi mümkün bulunmaktadır. Yeni bir vasiyette bulunulmadan vasiyetnamenin tamamından dönülmesi veya vasiyetnamenin bir kısmından dönülmesi halinde, vasiyetnamenin tevdi edildiği zaman tatbik edilen usul ve şartlar aynen uygulanmak sureti ile bir tutanak düzenlenecek ve bu işlemin aslı cilbende, bir sureti ise vasiyetnameye eklenecektir. (Noterlik Kanunu Yönetmeliği Md. 109) Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 36'ncı maddesi, Mirasbırakanın ölümünden sonra ele geçen vasiyetnamesinin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın, yerleşim yeri sulh hakimine tesliminden itibaren bir ay içinde açılması ve ilgililere okunması gerekir, hükmünü içerdiğinden vasiyetten tamamen dönülmüş olsa dahi *noterlikte bulunan vasiyetnamenin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın dönme işlemiyle birlikte gereken değerlendirmenin yapılabilmesi için sulh hakimine ulaştırılması gerekmektedir*. Vasiyetten dönme işleminin nüfus idarelerine bildirilmesi, nüfus idareleri tarafından vasiyet kaydının silinmesine yol açmakta ve dolayısıyla vasiyetçinin ölümünün bildirilmemesi vasiyetin sulh hakimine ulaşmasının engellenmesine ve dolayısıyla hak kaybına sebebiyet verebilmektedir. Noterliklerde önceden düzenleme şeklinde yapılmış bir

göre vasiyetçinin, resmi vasiyetnamenin noterde bulunan aslının kendisine verilmesini isteme imkanı bulunmamaktadır. Ancak bu hüküm bir düzen hükmü olduğundan resmi vasiyetnamenin aslının vasiyetçiye verilmesi, vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemeyecektir[165].

Acaba vasiyetnamenin fiilen yok edilmeksizin (hala okunabilecek haldeyken) hukuken yok edilmesi mümkün müdür? Öğretide, vasiyetnamenin üzerine iptal yahut geçersizdir şeklinde kayıt konulması halinde vasiyetnamenin geçersiz olacağı savunulmaktadır[166]. Vasiyetnamenin fiilen yok edilmeksizin, üzerinin çizilmesi yahut iptal edildiğinin veya geri alındığının yazılması halinde hükümden düşeceği kabul edilirse vasiyetçinin bu geri alma iradesini ilgili vasiyetname üzerinde yansıtması şart olarak aranmamalı mıdır? Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda vasiyetnameden ancak kanunda düzenlenen vasiyetname şekillerinden birine uyularak rücu edilebileceğini söylemiş, tarafların yapmış olduğu işlemin vasiyetnameler için aranan şekil şartlarına aykırı olduğu için vasiyetten rücunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir[167]. Ancak ilgili karar 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi[168]'nin geçerli olduğu dönemde verilmiştir. İlgili kanunda yok etme yoluyla vasiyetnameden rücu imkanı düzenlenmediği için Yargıtay'ın kararı yerindedir. Ancak TMK'da vasiyetnamenin yok etme yoluyla geri alınması mümkün kabul edildiğinden, vasiyetçinin ilgili vasiyetnamesini iptal ettiğine yahut geri aldığına ilişkin beyanının bu kapsamda değerlendirilebilmesi halinde ilgili vasiyetname hükümden düşecektir. Bize göre vasiyetnamenin karalanması, üzerinin çizilmesi, iptal edildiğinin yazılması onun hukuken yok edildiğini gösterebilir ancak vasiyetnamenin yer aldığı belgeden başka bir belgeye bunların yazılmış olmasının hukuken yok etme kavramından çok yeni bir vasiyetname olarak yorumlamak gerekir ve bu durumda da vasiyetnamenin şekil koşulları aranacaktır.

---

vasiyetten, yeni bir vasiyette bulunulmadan tamamen veya kısmen dönülmesi işleminin vasiyetnameye eklenmesinin yeterli bulunması, vasiyetçinin ölümü halinde gerek vasiyetnamenin gerekse dönme tutanağının sulh hakimine verilmesinin zorunlu olması, vasiyetten dönme işleminin nüfus idarelerine bildirileceğine dair mevzuatta bir hüküm bulunmaması nedeniyle, yeni bir vasiyette bulunulmadan vasiyetten tamamen veya kısmen dönülmesinin ayrıca nüfus idaresine bildirilmesi gerekmemektedir." TNB, Hukuki Danışmanlık – 548 (https://noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic35820.html).

165 Kocayusufpaşaoğlu, s. 236.

166 Antalya/Sağlam, s. 141. Serozan ve Engin'e göre vasiyetçi tarafından vasiyetnamenin üzerinin çizmesi, imzasızda olsa iptal edildiğinin veya geri alındığının yazılması halinde bu çizgi ve notlar "kolaylaştırılmış yok etme" kavramıyla bağdaştırılırsa vasiyetname hükümden düşecektir. Yazarlara göre bu yasanın geri almayı kolaylaştırıcı amacına da uygundur. Serozan/Engin, s. 338-339.

167 Y. HGK, E. 1993/2-526, K. 1993/724, 7.11.1993 (https://www.kazanci.com.tr) (E.T: 02. 11. 2019).

168 RG, 04/04/1926.

C. Sağlar Arası Tasarrufta Bulunma Yoluyla Geri Alma

Vasiyetnamenin geri alınmasının son yolu, vasiyetnamenin içeriğiyle bağdaşmayan sonraki sağlar arası tasarruflardır. TBK m. 544/2 belirli mal bırakma vasiyetinin, vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe[169], mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkacağını düzenlemiştir[170]. Çünkü ölüme bağlı tasarrufta bulunmak, sağlar arası tasarruf özgürlüğünü ortadan kaldırmayacaktır[171]. Vasiyet edilen şey, sağlar arası tasarrufla mal varlığından çıktıktan sonra tekrar mal varlığına dönmesi halinde vasiyetin tekrar canlanıp canlanmayacağı tartışmalıdır[172].

SONUÇ

Resmi vasiyetname üç şekilde düzenlenebilmektedir. Bunlardan ilki, okunarak ve imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetname, ikincisi okunmadan imzalanmadan düzenlenen resmi vasiyetname ve üçüncüsü karma resmi vasiyetnamedir. Okuma yazma bilenler de okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenen vasiyetnameyi yapabilirler. Okuma yazma bilenlerin, TMK m. 535'e göre okunmaksızın ve imzalanmaksızın vasiyetname düzenleyebilecekleri hakkında 1962 tarihli YİBK ve güncel Yargıtay içtihatları bulunmaktadır. Öğretide de yakın zamana kadar aynı yönde fikir birliği olduğu söylenebilir. Ancak öğretide okuma yazma bilenlerin TMK m. 535'e göre vasiyetname düzenleyemeyecekleri hakkında öğretide yeni bir görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir.

Görme engellilerin kendilerine özgü alfabe olan Braille alfabesini bilmeleri halinde TMK m. 533-534 hükümlerine göre okunup imzalanarak düzenlenen vasiyetname yapmaları mümkün görülmelidir. Zira bu alfabe ile iletişim yabancı dille kurulan iletişimden farksızdır. Ancak öğretide görme engellilerin ancak TMK m. 535 hükmüne göre vasiyetname düzenleyebileceği baskın görüştür.

---

169 Vasiyetçi, ilgili malın yerini alan karşılığının ya da vasiyet edilen şeyin temin edilip vasiyet alacaklısına verilmesini istemişse vasiyetname geçerliliğini koruyacaktır. Dural/Öz, s. 114. Kamulaştırma veya sigorta bedelinde terekeye giren karşılığın (vasiyetçinin rızasıyla elden çıkmadığı için) doğrudan, ayrıca mirasbırakanın iradesi olmaksızın, mal vasiyeti yerine geçeceği savunulmaktadır. Serozan/Engin, s. 343; İnan/Ertaş/Albaş, s. 196.

170 Hümkün sadece ferdi mallar için geçerli olduğu, misli mallarda uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır. Serozan/Engin, s. 342; İnan/Ertaş/Albaş, s. 196; İmre/Erman, s. 107.

171 Dural/Öz, s. 114. Serozan ve Engin mirasbırakanın fikir değiştirmesine açık olan bu özelliği "ölüme bağlı tasarruflar serbestliğinin bütünleyici parçası" olarak ifade etmektedir. Serozan/Engin, s. 334.

172 Oğuzman, bu durumda vasiyetin tekrar canlanmayacağını savunur. Oğuzman, s. 180 dn. 454 (b). Aksi görüş Kocayusufpaşaoğlu, s. 237 dn. 24. Vasiyet edilen mal mirasbırakanın elinden rıza dışı çıkmış ancak sonra tekrar mirasbırakana dönmüşse vasiyetnamenin geri alındığından bahsedilemez. Öztan, s. 212.

Karma şekilde resmi vasiyetname düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışmalı bir konudur. Karma şekil, kanunda düzenlenmiş hiçbir resmi vasiyetname türüne tam olarak uymamaktaysa düzenlenen vasiyetname de şekle aykırı olmalıdır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bizce her iki türün en az birinin şekil koşullarının sağlanması yada o şekil koşuluyla amaçlanan hukuki güvenliğin sağlanması halinde resmi vasiyetnamenin şekel aykırılığından bahisle iptali mümkün olmamalıdır.

Resmi vasiyetname resmi senettir. Resmi vasiyetname düzenlenmesine katılan vasiyetçi yahut tanıkların, düzenleme esnasındaki beyanlarını sonradan inkar etmeleri halinde resmi vasiyetnamenin geçerliliği etkilenmeyecektir.

TMK vasiyetnameden dönme kavramını kullanmıştır. Eski Medeni Kanunumuzda ise rücu kavramı tercih edilmiştir. Çalışmada vasiyetnamenin tek taraflı bir işlem olması sebebiyle vasiyetnamenin geri alınması kavramı tercih edilmiştir. Vasiyetname başka bir vasiyetname yoluyla geri alınabilir. Hatta geri almayı içeren vasiyetname de bir başka vasiyetnameyle geri alınabilir. Böyle iki tane geri alma vasiyetnamesinin olduğu durumlarda ilk vasiyetnamenin geçerlilik kazanıp kazanmayacağı tartışmalıdır. Mutlak bir cevap vermek yerine vasiyetnamelerin yorumuyla sonuca ulaşmak vasiyetçinin varsayılan iradesini tespit etmek için yerinde bir çözüm olabilir.

Vasiyetname yok etmek suretiyle de geri alınabilir. Ancak resmi vasiyetnamenin yok edilebilmesi için önce resmi memurdan alınması gerekmektedir. TMK m. 537 ve (resmi memur noterse eğer) NK m. 84 gereği resmi memur düzenlenen resmi vasiyetnamenin aslını saklamakla yükümlüdür. Ayrıca NKY gereği rücu halinde düzenlenecek tutanak resmi vasiyetnameye eklenecektir. Bu hükümler karşısında resmi vasiyetnamenin resmi memurdan alınması pek mümkün görünmemektedir. Ancak vasiyetçinin vasiyetini geri almaya dair bu beyanı vasiyetnameyi hukuken yok etme olarak yorumlanabilirse bu halde resmi vasiyetname hükümden düşmelidir. Ancak bize göre bu durumda yeni bir vasiyetname söz konusudur ve vasiyetnamelere ilişkin şekil koşulları bu beyanda aranmalıdır.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,* C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, Yenilenmiş 14. Baskı, (Anılış: Kişiler Hukuku).

Albaş, Hakan, "Miras Sözleşmesi Biçiminde Yapılan Ölüme Bağlı Tasarruflar", TNBHD, S. 130, 2006, sa. 43-62.

Antalya, Gökhan/Sağlam, İpek, *Miras Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Aydın, Muhammed, Resmi Vasiyetname, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, 2019.

Ayiter, Nûşin, *Miras Hukuku,* 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978.

Berki, Ali Himmet, *Vasiyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar*, Ege Matbaası, Ankara, 1961.

Cıngıl, Ali Raşit, "Resmi Vasiyetname", TNBHD, S. 137, 2008, sa. 66-91.

Çabri, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi*, C.1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Çiftçi, Hasan, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Erzincan, 2018.

Dalamanlı, Lütfü, *Miras Hukuku,* Ünal Matbaası, Ankara, 1975.

Dural, Mustafa/ Öz, Turgut, *Miras Hukuku Dersleri*, C.1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

Ercoşkun Şenol, H. Kübra, Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2011.

Ertaş, Şeref, "Resmi Vasiyetname", TNBHD, S. 130, 2006, sa. 24-42.

Ömer Uğur Gençcan, *Türk Medeni Kanunu*, Yekin Yayınları, Ankara, 2007, 2. Baskı, (Anılış: Medeni).

Gençcan, Ömer Uğur, *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 3. Baskı, (Anılış: Miras).

Güneri, Cemal, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, 2016,

Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, 7. Baskı.

İmre, Zahit/Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2018, 14. Baskı.

İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman, *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, 9. Baskı.

Zafer Kahraman, "Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması", İÜHFD, Özel Sayı Cilt:2, 2015, sa. 945-964.

Yılmaz, Kumru Kılıçoğlu, "Resmi Vasiyetname" TBB dergisi, S. 133, 2017, sa. 369-392.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, 9. Baskı.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978, 2. Baskı.

Koca, Ömerhan, *Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Ölüme Bağlı Tasarruflar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Köprülü, Bülent, *Miras Hukuku Dersleri,* Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, 2. Baskı.

Maç, Mehmet/Jamali, Tarık, "Vasiyetnamenin Hazırlanış Şekli ve Vasiyet Yoluyla Mirasın Planlanması", Yaklaşım Dergisi, S. 169, 2007, sa. 30-34.

Oğuzman, M. Kemal, *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, 6. Baskı .

Özkan, Hasan, *Miras Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Öztan, Bilge, *Miras Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 8. Baskı.

Öztan, Bilge/Öztan, Fırat, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, sa. 3585-3615.

Özuğur, Ali İhsan, *Miras Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 4. Baskı.

Öztrak, İlhan, *Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyaı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1964.

Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, *Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 6. Baskı.

Şener, Esat, *Vasiyet,* Ankara, Seçkin Yayınevi, 1995.

Solak, Edhem, Ölüme Bağlı Tasarruflarda Ehliyet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, 2016.

Tekdoğan, Aydın, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptal Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Turan, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007.

Türk, Burak, Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Geçersizlik Halleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.

Yavuz, Cevdet/Topuz, Pınar, "Resmi Vasiyetnamede Düzenleme Şekli (Okuma Yazma Bilen ve Bilmeyenlerin Vasiyetname Düzenleme Şekilleri Arasındaki Farklılıklar Bağlamında MK. Madde 534 ve 535'in Değerlendirilmesi)", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, sa. 1145-1162.

DÜZENLEYENİ TARAFINDAN CİROSU YASAKLANMIŞ KAMBİYO SENETLERİNDE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Official Misconduct at Bill Of Exchange Which Has Been Forbidden to Endorse by Drawer

Arş. Gör. Burak TAŞ*

Özet: Kambiyo senetlerinde cirantaların cirosuna yazdığı ciro yasağı kaydının hukuki sonucu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 685/2. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak düzenleyenin kambiyo senedine ciro edilemez kaydını yazmasının hukuki sonucunun ne olacağı hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Türk doktrinin çoğunluğu kambiyo senedine düzenleyen tarafından konulan "ciro edilemez" kaydının bir menfi emre kaydı olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre söz konusu bu senet nama yazılı bir senet olacaktır. Yargıtayın yerleşik içtihadı da bu yaklaşıma paraleldir. Çalışmada doktrindeki bu görüşün ve Yargıtay uygulamasının hukuki olmadığı görüşümüz güveni kötüye kullanma suçu özelinde temellendirilmiştir. Ciro yasağına rağmen lehtarın senedi ciro etmesi olgusunun, zilyetliğin devri amacı dışında bir tasarruf niteliğinde olduğu ve bu tasarrufun da güveni kötüye kullanma suçunda tipik davranış oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda Yargıtay'ın bu yasağın kapsamını tartışması ve gerekçeli olarak bir sonuca ulaşması gerektiği önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senetleri, Ciro Yasağı, Menfi Emre Kaydı, Zilyetlik, Güveni Kötüye Kullanma Suçu

Abstract: The legal outcome of the promissory note in which the endorser writes his endorsement on a bill of exchange is regulated in the second paragraph of the Turkish Commercial Code No: 6102 article 685. However, the legal outcome of providing a promissory note by the drawer on a bill of exchange, there is no provision in Turkish Commercial Code. Large part of the Turkish doctrine is of the opinion that a "promissory note clause" which is added on a bill of exchange by the drawer is a forbiddance of endorsement. According to this opinion, aforementioned bill shall be a registered security. Consistent ruling of the Court of Cassation is parallel to this approach. In this study, our opinion about the application of the Court of Cassation and the opinion in doctrine is not legal, is grounded based on the crime of official misconduct. It is concluded that the phenomenon of the beneficiary endorse despite the promissory note is a seizure which does not include the purpose of the transfer of possesion and this seizure also constitutes typical behavior in the crime of official misconduct. In this context, it has been suggested that the Court of Cassation should discuss the scope of this prohibition and reach a conclusion with justification.

Keywords: Bill of Exchange, Promissory Note, Forbiddance of Endorsement, Possession, Official Misconduct

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
ORCID: 0000-0001-6481-1580, burak.tas@asbu.edu.tr
Makale Geliş Tarihi: 21.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 10.11.2021

GİRİŞ

Kambiyo senetlerine, düzenleyeni tarafından *"ciro edilemez"* ya da *"cirosu yasaktır"* kaydı eklenmesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir uygulamadır. Cirantanın senedi ciro ederken ciro yasağı öngörmesi halinde senedin akıbeti 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmişken (m. 685/2, 778/1-a, 818/1-d) düzenleyen tarafından ciro yasağı öngörülmesi durumunda senedin akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Doktrinde çoğunluk görüş ve Yargıtay'ın da istikrarlı kararlarına göre düzenleyen tarafından öngörülen ciro edilmez kaydı, menfi bir *"emre kaydı"* niteliğindedir. Bu kayıt da senedi emre yazılı olmaktan çıkarıp nama yazılı hale dönüştürmektedir. Ancak Kanun'da böyle bir sonucun doğacağı öngörülmemiştir. *"Ciro edilemez kaydı"* lafzen menfi emre kaydı anlamı da taşımamaktadır.[1] Ayrıca bu kayıt, lehtarın ve düzenleyenin iradesine aykırı bir sonuç doğurmaktadır; çünkü senedin düzenlenmesi anında hem düzenleyen hem de lehtar senedin ciro edilmeyeceği kaydıyla iradelerini ortaya koymuştur. Savunduğumuz bu görüşün güveni kötüye kullanma suçu bakımından önemi ise senedin ciro edilmesini yasaklayarak senedin tedavül kabiliyetini engellemeye yönelik düzenleyenin iradesi karşısında, lehtarın *"başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma"* [5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 155/1] şeklindeki fiilinin suç teşkil etmesidir.

Bu çalışma kapsamında görüşlerimizi bir çerçeveye oturtmak adına öncelikle ciro edilemez kaydının hukuki niteliği ortaya konulmuş; ardından güveni kötüye kullanma suçu, suç teorisi bağlamında genel olarak incelenmiş ve sonuç olarak bu yasağın, uygulamanın aksine bir sonuç doğurduğundan bahisle güveni kötüye kullanma suçu teşkil ettiğine ilişkin görüşümüz temellendirilmiştir.

I. KAMBİYO HUKUKUNDA CİRO EDİLEMEZ KAYDININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Senedin düzenleyeni ya da cirantası, kendi sorumluluğunun sınırlanmasını sağlamak ve bu senetlerin tedavül kabiliyetini ortadan kaldırmak amacıyla senedin *ciro* edilmesini yasaklayabilmektedir.[2] TTK'nın 681/2. maddesi uyarınca "*Düzenleyen, poliçeye emre yazılı değildir ibaresini veya aynı anlamı ifade eden bir kaydı koymuşsa, poliçe ancak alacağın temliki yoluyla devrolunabilir ve bu devir alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur."* Bu hükümden hareketle *"kanunen emre yazılı olduğu*

[1] Soykan, İsmail Cem, "Kambiyo Senedinin Cirosunun Düzenleyen Tarafından Yasaklanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası, C:77, S:1, Y:2019, s. 244.

[2] Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 7. Baskı, s. 37.

kabul edilen kambiyo senetlerinin nama yazılı olarak düzenlenebilmeleri için senette bunların emre yazılı olmadıklarını açıkça belirten menfi emre kaydı bulunmalıdır." sonucuna varılabilir.[3]

Lehine düzenlenen kişi gösterilmiş bir poliçeye *menfi emre kaydı* eklendiği durumlarda söz konusu poliçe, nama yazılı düzenlenmiş sayılmaktadır. Bu poliçe *alacağın temliki (devri)* yoluyla devrolunabilecek ve bu devir alacağın devrinin tabi olduğu hukuki sonuca tabi olacaktır. Menfi emre kaydının da senedin ön yüzüne yazılan *"ciro edilemez"*, *"cirosu yasaktır"* veya *"emre yazılı değildir"* şeklinde kayıtlar niteliğinde olduğu, doktrinde çoğunluk tarafından savunulmaktadır.[4] Bu görüşe göre nama yazılı senetler alacağın devri yoluyla devredildikleri için, düzenleyenin koyduğu *"ciro yasağı kaydı"*, emre yazılı senedin nama yazılı senet haline gelmesine yol açacaktır. Dolayısıyla bu görüş temelinde ciro yasağına rağmen senet, lehtarı tarafından ciro edilirse bu ciro alacağın temliki hükümlerine (6098 sayılı TBK'nın 183-194. maddeleri) tabi olacaktır.

Ciro yasağı kaydı, belgenin kambiyo senedi olma vasfını yok etmemekte; fakat ciro yoluyla devrini engellemektedir. Bu kayıt ile senedi devralmış bulunan yeni hamil, ciro ile söz konusu senedi devredemeyecektir. İhtimal dahilinde devretmiş olsa dahi senedin son hamili, senetle mündemiç hakkını düzenleyenden talep edemeyecektir. TTK'nın 685/2. maddesine bakıldığında, cirantaların senedin tekrar ciro edilmesini yasaklayabilmeleri mümkündür. Cirantanın öngördüğü bu yasak, senedin ciro yoluyla devredilmesini engellememekte; senedin vasfında değişikliğe yol açmamakta ve emre yazılı senedin nama yazılı hale gelmesi sonucunu da doğurmamaktadır. Ciranta bu yasağı koymakla, kendi cirantasına karşı cirosundan dolayı sorumlu kalmaya devam etmektedir[5] ve kendi cirosundan sonra gelen ciro sahiplerine karşı ise sorumlu olmayacaktır. Senet bu yasağa rağmen tekrar ciro edildiği takdirde, ciranta, ciro ettiği kişiden sonra gelen hamillere karşı sorumluluktan kurtulmaktadır (TTK m. 685/2). Cirantanın ciro yasağı kaydı koyarak yaptığı ciro, senetteki ciro zincirini bozmayacağından, bu durumda düzenleyenin, lehtarın ve diğer cirantaların sorumlulukları devam edecektir. Cirantalar için bu yasak kanuni bir temele dayanmaktayken kanun koyucu düzenleyenin senede ciro edilemez

---

[3] Aydın, Firuze, Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2020, s. 37.

[4] Aydın, s. 37; Bozkurt, Tamer, *Kıymetli Evrak Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 115; Hacıömeroğlu, Abdülhamid Oğuzhan, Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi., Ankara, 2010, s. 52; Pulaşlı, s. 162; Eriş, Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre: Kıymetli Evrak: Poliçe - Bono - Çek - Makbuz Senedi – Varant*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 2. Baskı, s. 320; Kayar, İsmail, *Ticaret Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 5. Baskı, s. 670.

[5] Pulaşlı, s. 37.

yasağı koyup koyamayacağı hakkında özel bir hüküm ihdas etmemiştir. Ancak bu husus, düzenleyenin bu yasağı koyamayacağı anlamına da gelmeyecektir.[6] Doktrinde bir görüşe göre, cirantanın koyduğu ciro yasağı kaydı senedin tedavülünü engellemediği, sadece bu yasağı öngören cirantanın senedi devrettiği hamilden sonrakilere karşı sorumluluktan kurtulmasını sağladığı göz önüne alındığında, düzenleyenin ciro yasağını senedin tedavülünü engellemek amacıyla koymadığı anlaşılmaktadır. Burada düzenleyenin, senetteki şahsi defilerini sonraki hamillere karşı ileri sürebilmesi amaçlanmaktadır.[7] Bu görüşe göre ayrıca TTK m. 681/2'nin "*düzenleyen, poliçeye emre yazılı değildir ibaresini veya aynı anlamı ifade eden bir kaydı koymuşsa, poliçe ancak alacağın temliki yoluyla devrolunabilir ve bu devir alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur*." hükmü karşısında kanunda menfi emre kaydı bakımından "emre yazılı değildir" kaydı, ciro edilemez kaydının *"emre yazılı değildir veya aynı anlamı ifade eden kayıtlar"* arasında bulunduğu savunulmakta ve bu sebeple de *düzenleyen tarafından senede ciro edilemez kaydı konulduğunda* senedin *"nama yazılı senet"* hâline geldiği ve alacağın devri hükümlerine göre devredilebileceği sonucuna varılmaktadır.[8]

Doktrinde katıldığımız ancak azınlıkta kalan diğer bir görüşe göre ise, düzenleyen tarafından konulan ciro edilemez kaydının senedin nama yazılı olması sonucunu doğuracağı kabulü kesin değildir.[9] Bu görüşe göre menfi emre kaydı bu şekilde yazılamayacağı gibi düzenleyenin amacı, senedi nama yazılı olarak düzenlemek değildir. Düzenleyenin amacı senede sorumsuzluk kaydı eklemektir. Dolayısıyla

---

6 Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, 4. Bası, s. 154.

7 Kendigelen, s. 155.

8 Kendigelen, s. 155; Benzer yönde Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, 2. Baskı, s. 483; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2018, 22. Baskı, s. 61; *"TTK'nın 593'üncü maddesi uyarınca, 'emre yazılı değildir veya bu manayı ifade eder' şeklinde mesela ciro edilemez şeklindeki ibarenin yazılması, o senedin kambiyo senedi niteliğini etkilemez ve bu senede istinaden lehdarın borçlu aleyhine bu senetlere mahsus usul gereği takip yapma hakkını ortadan kaldırmaz. Bunun hilafına merci kararında yer alan gerekçede isabet yoktur. Ancak, olayda böyle bir şerhi muhtevi bonoyu ciro yolu ile elde eden kişinin, 163 örnek ödeme emri tebliğ ettirmesi ve bu yolda takip açması caiz değildir. Zira TTK'nın 593. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca, böyle bir kaydı taşıyan bono ancak alacağın temliki yolu ile ve BK'nın 162. maddesine uygun şekilde devrolunabilir ve bu devir alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur. Alacaklının kambiyo senedine mahsus özel yol ile açtığı takibin itiraz üzerine bu nedenlerle iptaline karar verilmesi yerindedir ve İİK'nın 170/a maddesi de bunu amirdir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle alacaklı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile temyiz olunan merci kararının İİK'nın 366 ve HUMK'nın 438. maddeleri uyarınca onanmasına…"* Y12.HD, 1981/6012E., 1981/7655K., 20.10.1981T. Karar için bkz.: Bilgili, Fatih, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda "Ciro Edilemez" Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C:21, S:78, Y:2008, s. 35-36.

9 Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/Arslan Kaya/Nomer Ertan, N. Füsun, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2019, 11. Baskı, s. 279.

söz konusu kayıt da geçersiz olacağı için yazılmamış sayılması gerekecektir. İlaveten bu görüşe göre, bu kayıtlar tedavülü önleme amacı ile yazılmıştır ve senedin tedavül kabiliyetini önlemeyecektir. Bu kayıt sadece düzenleyen ve lehtar arasındaki hukuki ilişki bakımından sonuç doğuracaktır. Lehtarın düzenleyen ile senedin tedavül ettirilmeyeceğine yönelik anlaşmaya aykırı davranarak senedi devretmesi halinde düzenleyenin doğacak zararını tazmin etmesi gerekecektir. Ancak düzenleyen tarafından cirosu yasaklanan kambiyo senetlerinin nama yazılı senet olarak değerlendirilemeyeceğini kabul eden bir görüş ise tedavül noktasında bu görüşten ayrılmaktadır.[10] Bu görüşe göre, düzenleyenin öngördüğü bu yasak, senedin tedavül kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Bu kayda rağmen senedi devralan hamil ise meşru hamil olarak değerlendirilemeyecektir. Bu kapsamda da senet bedeli ciroyu yasaklayan, düzenleyen ve lehtar tarafından talep edilemeyecektir.[11] Benzer yönde bir başka görüşe göre ise düzenleyen tarafından öngörülen ciro edilemez kaydı, senedin tedavül kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır; ancak bu kayda rağmen senedi devralan hamil meşru bir hamildir. Ancak hamil artık senedi ciro edemeyecektir. Ciro etse dahi yeni hamil senetteki hakkını düzenleyene karşı ileri süremeyecektir.[12]

Yargıtay ise doktrindeki hâkim görüşün paralelinde, düzenleyenin kambiyo senedine koyduğu *"ciro edilemez"* kaydının menfi emre kaydı olduğu kanaatindedir.[13] Yargıtay kararlarında, ciro yasağı kaydının söz

---

[10] Coşkun, Mahmut, *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 6. Baskı, s. 289.

[11] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 4.11.1980 tarihli 7673/7824 sayılı kararında düzenleyenin senede emre yazılı değildir ifadesini veya aynı anlama gelen bir ifadeyi eklemesi durumunda senedin temlik edilebileceği yani tedavül kabiliyetinin bulunduğunu kabul etmiştir. Coşkun, s. 289.

[12] Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018, 9. Baskı, s. 9.

[13] Soykan, s. 247-248; *"... Mahkemece; «ciro edilemez» kaydı nedeni ile bononun teminat, müteselsil mesuliyet fonksiyonlarının ve tedavül edebilme kabiliyetinin ortadan kalkması nedeniyle senedin kambiyo senedi olma niteliğini yitirdiği, adi senede dönüştüğü, bu nedenle kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapılamayacağı gerekçeleri ile takibin iptaline, takibin iptali sebebiyle borca itiraz hakkında inceleme yapılmasına ve karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Özel Dairece, «ciro edilemez» şerhinin senedin kambiyo senedi olması niteliğine bir etkisi olmayacağı düşüncesi ile ... bozma sevk edilmiş, yerel mahkemece ilk kararda direnilmiştir. Bilindiği üzere, kambiyo senetlerinin temlik cirosu ile devrinde, cironun garanti (teminat) fonksiyonu vardır ([e]TTK. m. 597, 690, 730/4). Bu husus [eski] Türk Ticaret Kanunun[un] 597. maddesinde; 'Aksine şart bulunmadıkça, ciranta, poliçenin kabul edilmemesinden ve ödenmemesinden mesuldür.' şeklinde ifade edilmiştir. Garanti fonksiyonu, normal olarak, hukuken geçerli bir devirle başlar ve muhatapça ödeme yapılıncaya kadar devam eder. Zamanaşımı veya hakkı koruyucu işlemlerin yapılmaması sebebiyle son bulur. Müracaat hakkının kullanılması söz konusuysa, müracaat borçlusu yönünden, bu şahsın yapacağı ödemeyle sona erer. Bununla birlikte ciranta, garanti borcunu iki şekilde ortadan kaldırabilir. Öncelikle; poliçenin (bononun) kabul edilmemesinden veya ödenmemesinden sorumlu olmayacağını poliçe (bono) üzerine yazarak, cirantanın senetten doğan sorumluluğunu bertaraf etmesi mümkündür. ([e]TTK. m. 597/1) Buna sorumsuzluk kaydı, ademi mesuliyet kaydı denir. Bunun için belirli bir ifadenin kullanılması mecburiyeti yoktur. Ciranta, bilâ mesuliyet, bilâ teminat, ödenmemeden*

konusu senedin kambiyo senedi vasfını ortadan kaldırmayacağı; senedin nama yazılı senet olarak nitelendirileceği ve nama yazılı senetlerin devir şekli olan alacağın temliki yoluyla devredilebileceği hususunda uygulama birliği oluşmuştur.[14] Ancak Yargıtay bu hususta kararlarında, düzenleyen tarafından koyulan *"ciro edilemez"* kaydının hangi gerekçelerle *"menfi emre kaydı"* olarak değerlendirildiğini ayrıca temellendirmemiştir.[15]

Lehtar tarafından kabul edilmiş bulunan, düzenleyenin senedin tedavül etmemesi şeklindeki iradesi, senedin tedavül kabiliyetini kesinlikle ortadan kaldırmayacaktır.[16] Yani senet tedavül kabiliyetini kaybetmeyecek ve senet geçersiz sayılmayacaktır. Düzenleyenin senede koyduğu ciro edilemez kaydı, düzenleyen ile lehtar arasındaki temel ilişkiye dayanmaktadır. Yargıtay uygulamasında da bu kaydın *"düzenleyen ile lehtarın, senedin tedavül etmeyeceği (üçüncü kişilere devredilmeyeceği) konusunda anlaştıklarını göstererek senedin tedavülünü önlemek için yazıldığı"* şeklinde kabul edildiği görülmektedir.[17] Kanımızca bu yasak lafzen değerlendirildiğinde de menfi emre kaydı anlamı taşımamaktadır.

Düzenleyen tarafından konulan ciro edilemez kaydı, anlam yönünden de emre yazılı değildir ibaresini veya aynı anlamı ifade eden bir kayıt niteliğinde olmadıkları gibi bu sonuca varılmasına imkân veren bir anlam da bulunmamaktadır.[18] Kanun koyucu emre yazılı bir senedin nama yazılı hale gelmesinin yolunu açıkça menfi emre kaydı düzenlemesi ile öngörmüşken (TTK m. 785/1-b, TTK m. 681/2, TTK m.

---

sorumlu değilim, kabulden sorumlu değilim vb. gibi kayıtlar koyarak sorumluluğunu ortadan kaldırabilir. İkinci olarak ise; Ciranta, 'yeni bir ciroyu yasaklayabilir.' ([e]TTK. m. 597/II) Bir cirantanın, poliçenin (bononun) tekrar ciro edilmesini yasaklayarak, bu yasağa rağmen poliçeyi ciro yoluyla devralan şahıslara karşı garanti vecibesinin doğurduğu sonuçlardan kendisini kurtarması mümkündür. Senet üzerinde 'Ciro edilemez kaydını' nasıl ciranta koyabilirse, aynı şekilde keşideci de koyabilir. Bono, poliçe ve çek kanun gereği emre düzenlenen senetlerdir. Bu senetler üzerine ciranta tarafından konulan ciro edilemeyeceği kaydı senedi nama yazılı bir kambiyo senedi hâline getirmez. Bunun aksine keşideci tarafından konulan ciro edilemeyeceği kaydı senedi nama yazılı hâle getirir. Bu şekilde, keşideci tarafından konan kayıtla nama yazılı hâle gelen senedin ciro edilme imkânı kalmaz. Ancak alacağın temliki yolu ile devredilebilir. Bu yasağa rağmen yapılan ciro da alacağın temliki hükümlerine tâbi olur. ([e]TTK. m. 591) Bu durumda senedi temellük edene karşı keşideci her türlü defilerini ileri sürebilir (Prof. Dr. Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku 12. Bası, Eylül 2006 s. 118 vd.). Somut olayda takip konusu bono üzerine keşideci tarafından «ciro edilemez» şerhi konulmuş, lehtar tarafından senet ciro edilmemiş ve bizzat icra takibine konu edilmiştir. Hâl böyle olunca, bono üzerine konulan «ciro edilemez» şerhi ... senedin kambiyo senedi olma niteliğini engellemeyeceğinden Daire Bozması doğrudur. ..." Karar için bkz.: Soykan, s. 247-248.

14 Soykan, s. 247-248.

15 Soykan, s. 249.

16 Soykan, s. 250.

17 Soykan, s. 250.

18 Soykan, s. 251.

788/2), Kanun'da düzenlenmeyen bir yoldan, düzenleyen tarafından ciro yasağı konulmasının kanuni bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim *"kanunen emre yazılı bir senedin nama yazılabilmesi için senedin emre yazılı olmadığının veya nama yazılı olduğunun senette açıkça ve kesin olarak belirtilmesi"* gerekmektedir.[19] Düzenleyen tarafından konulan ciro edilemez yasağı, konuldukları kambiyo senedinin nama yazılı olduğunu kabul edebilmek için aranacak olan bu kesinlikten yoksun olduğu görülmektedir.[20] Bu açıdan düzenleyenin öngördüğü bu yasağın amacı senedi nama yazılı hale getirmek değil, senedin devredilmemesini sağlamaktır.[21] Nitekim bu ciro yasağı kaydının menfi emre kaydı olduğunu savunmak aynı zamanda düzenleyen ile lehtarın, senedin tedavüle çıkarılmaması hususundaki iradesine aykırılık oluşturmaktadır. Söz konusu kayıt, senedin *"devir şeklini belirlemeye ya da değiştirmeye"* yönelik olmayıp senedin *"devredilmeyeceğine ilişkin anlaşmayı göstermeye"* yöneliktir.[22]

Emre yazılı kıymetli evrak kural olarak "ciro ve zilyetliğin devri yoluyla" devredilir (TTK m. 647/1,2; TTK m. 648/2).[23] Düzenleyenin "*senede ciro edilemez kaydını yazarken kast ettiği 'ciro' 'senedin devir şekline' yani 'emre yazılı olup olmamasına' matuf değildir. Buradaki 'ciro' sözcüğü, 'senedin devredilmesi için yapılacak olan somut ciro işlemine/işlemlerine' yöneliktir. Yoksa kayıt konulurken, 'senedin devir usulünün, yani senedin devri için yapılması gereken işlemin değiştirilmesi (=senedin ciro değil de alacağın temliki yoluyla devredilebilir olması)' amaçlanmamaktadır. Dolayısıyla «ciro*

---

19 Durgut, Ramazan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Ders Notu, s. 26, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/hukukburo_ao/k%C4%B1ymetlievrakhukuku.pdf Erişim Tarihi: 2.3.2021; Soykan, s. 251-252; *"... Nama yazılı senet için verilen tanımda iki husus üzerinde durulmuştur. Bir defa, 'senedin belli bir şahsın namına (adına) yazılı olması' gerekir. Bu birinci şarttır (olumlu, pozitif şart). İkinci şart ise, 'senedin emre kaydını ihtiva etmemesi' ve 'kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmamasıdır' (olumsuz, negatif şart). Bazı kıymetli evrak vardır ki, Kanun bunları, aksine bir kayıt taşımadıkları takdirde, emre yazılı saymıştır. Bunlar, belli bir şahıs namına yazılı olsa ve emre kaydı ihtiva etmese bile, kanun hükmü gereği emre yazılı kıymetli evrak sayılır. Böyle senetleri, ancak emre yazılı olmadıklarını 'açıkça' belirtmek suretiyle nama yazılı olarak düzenlemek mümkündür. Bu belirtme, senede 'menfi emre kaydı' konarak yapılır. ..."* YHGK, 2014/2013-2113E., 2014/210K., 5.3.2014T. https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 17.08.2021.

20 Soykan, s. 252.

21 Yargıtay da ciro edilemez kaydının senedin artık ciro yoluyla devredilemeyeceğini kabul etmekle birlikte hatalı olarak senedin alacağın temliki yoluyla devredilebileceği sonucuna varmaktadır: *"6102 sayılı TTK.nun 788/2. maddesine göre ise, ciro edilemez kaydı bulunan çekin ancak alacağın temliki yolu ile devri mümkündür. Bu durumda, çekin yüzünde bulunan ciro edilemez kaydı çekin kambiyo senedi niteliğini etkilemez ise de, ciro yoluyla devrini engeller."* Y12.HD, 2018/8861E., 2018/5336K., 28.5.2018T. https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 17.08.2021

22 Soykan, s. 253.

23 Doğan, Özgür, "Tüketici Senetleri", Ankara Barosu Dergisi, C:76, S:2, Y:2018, s. 118.

edilemez» ya da «cirosu yasaktır» kaydı, senede, 'emre yazılı olduğundan ilke olarak ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebilecek olan bu senet üzerinde 'ciro işlemi yapılmaması', yani 'senedin tedavül etmemesi' için' yazılmaktadır."[24] Bu bağlamda düzenleyeni tarafından cirosu yasaklanan kambiyo senetlerinin, lehtar tarafından, düzenleyenin bu iradesine karşı senedi üçüncü bir kişiye ciro etmesi durumunda, senedin zilyetliğinin devir olgusuna aykırı tasarrufta bulunup bulunmadığının ortaya konması gerekecektir. Bu sebeple güveni kötüye kullanma suçu gündeme gelmesi ihtimali söz konusu olabileceği için öncelikle bu suç hakkında genel bilgiler verilmelidir.

II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Güveni kötüye kullanma suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın malvarlığına karşı suçları düzenleyen onuncu bölümünde, 155. maddede şu şekilde düzenlenmektedir:

"Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır".

"Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur".

Söz konusu suç 765 sayılı mülga TCK'nın 508. ve 510. maddelerinde düzenlenen emniyeti suiistimal suçlarının karşılığını oluşturmaktadır.[25] 5237 sayılı TCK'da güveni kötüye kullanma suçunun basit şekliyle nitelikli şekli TCK'nın 155. maddesinde ayrı bir suç olarak

---

[24] *"Şu durumda düzenleyen, «ciro edilemez» yahut «cirosu yasaktır» kaydını senedi nama yazılı olarak düzenlemek için değil, tam tersine, 'senet emre yazılı olduğu için' eklemektedir. Değişik bir söyleyişle, «ciro edilemez» veya «cirosu yasaktır» kaydının gerek lafız itibariyle sahip bulunduğu anlam, gerek kaydın senede yazılmasındaki irade, senedin "ciro yerine alacağın temliki yoluyla devredilebilmesini öngörmeye yönelmemiştir. Buradaki irade, 'senedin (hiç) devredilmemesinin kararlaştırıldığını göstermeye ve (hiç) devredilmemesini sağlamaya' yöneliktir. Yani bu kayıt senede, "senedin 'ciro yoluyla' devredilmesini' önlemeye matuf olarak konulmamaktadır. Bu bakımdan kaydın senede yazılması ile elde edilmek istenen netice de kesinlikle 'senedin alacağın temliki yoluyla serbestçe devredilebilmesi ve dolayısıyla senet üçüncü kişilere devredildiğinde düzenleyenin lehtara karşı sahip olduğu şahsi defileri senedi devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmesi' değildir. Bilâkis, bu kayıt konulurken, açıkça, 'senedin hiç devredilmeyip lehtarın elinde tutulması' istenmekte ve senedi söz konusu kayıtla teslim alan lehtar da düzenleyen ile aralarındaki temel ilişkiye uygun davranarak senedi devretmeyip elinde tutmayı kabul etmektedir."* Soykan, s. 255.

[25] Parlar Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu – Cilt 3*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, 3. Baskı, s. 2478.

düzenlenmiş; 765 sayılı TCK'nın 508. maddesinde düzenlenen bedelsiz senedi kullanma (TCK m. 156) ile açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu (TCK m. 209) da bağımsız birer suç tipi olarak ihdas edilmiştir.[26]

A. Korunan Hukuki Değer

Doktrinde genel olarak güveni kötüye kullanma suçunda *"mülkiyet hakkı, zilyetlik ve sözleşme ilişkisinden kaynaklanan, tarafların birbirlerine karşı duydukları güven ilişkisinin"* korunduğu savunulmaktadır.[27] Ancak *Aytekin İnceoğlu* yerinde olarak, bu suçun oluşabilmesi için geçerli bir sözleşmenin varlığının gerekmediği, zilyetliğin devri olgusunun yeterli olacağını düşünmekle birlikte bu suç tipiyle korunması amaçlanan hukuki değerin taraflar arasında sözleşmeye dayanan güven ilişkisi olmadığını savunmaktadır. Sözleşmeye dayanan hukuki bir yararın ceza hukuku vasıtasıyla korunmasının kural olarak gereksiz olduğunu düşünmektedir. Yazara göre sözleşmeye aykırılık hallerinde genelde güven ilişkisi zedelenmektedir; fakat ceza hukuku her zaman için güven ilişkisini zedeleyen kişileri cezalandırma amacında olmadığı gibi sözleşme ilişkisinin korunmasına yönelik normlar da ihdas etmemektedir. Suç ihdası *ultima ratio* ilkesi gereği ancak çok sınırlı ve zorunlu durumlarda gerçekleştirilmelidir. Bu sebeple ceza hukuku haksız fiillerden kaynaklanan yoğun değer ihlalini suç olarak ihdas etmekte, sözleşmeye aykırılık taşıyan fiillerin yaptırımını ihtiva etmemektedir ve bu husus medeni hukukun kapsamına girmektedir. Bu nedenle sözleşmeye dayalı güvenin ceza hukuku vasıtasıyla korunduğunun iddia edilmesi, *ultima ratio* ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca kanun koyucu sözleşmeye dayalı güven ilişkisini korumak istese idi güveni kötüye kullanma suçunun yaptırımını, aynı şekilde mülkiyet hakkının korunan hukuki değer olarak kabul edildiği hırsızlık suçuyla öngörülen müeyyideden daha ağır olacak şekilde düzenlerdi. İlgili suç tipinin isminde *"güven"* kelimesinin bulunması göz önünde bulundurulduğunda güven ilişkisi elbette bu suç bakımından önem arz etmektedir. Ancak burada sözleşmesel güven ilişkisi değil, zilyetliği devredenin mülkiyet hakkının ihlal edilmeyeceğine ya da zilyetliğinin devam edeceğine ilişkin güven (*itimat*) korunmaktadır. Bu suç tipiyle korunmak istenen taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan nihai güven ilişkisi değil, mülkiyet hakkı ve zilyetlik olgusunun sürdürülmesine

---

[26] İçer, Zafer, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu (m. 155),* Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 167.

[27] Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 1*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 3; Parlar/Hatipoğlu, s. 2478-2479. YCGK, 2017/818E., 2021/112K., 16.03.2021. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 1.11.2021.

yönelik güvendir.[28] Kanaatimizce bu suçla korunmak istenen hukuki değer mülkiyet hakkı, zilyetlik olgusu ve devir olgusuna aykırı davranmakla ya da zilyetliğin devri amacına aykırı tasarruflarda bulunmakla suçun konusu olan malın zilyetliğini devreden mağdurun mülkiyet hakkının ihlal edilmeyeceğine ya da zilyetliğinin devam edeceğine ilişkin güvenidir.[29]

B. Tipikliğin Maddi Unsuru

1. Fail

Güveni kötüye kullanma suçunda fail, devir ilişkisi gereği bu suça konu mal kendisine tevdi veya teslim edilen, geçici olarak malın zilyetliğini devralan kişidir (fer'i zilyet[30]).[31] Bu sebeple bu suç bir "özgü suç" olarak karşımıza çıkmaktadır.[32] Bu suçta fail, sadece mağdurun suç konusu eşyanın zilyetliğini devrettiği kişi olabilir. Zilyetliğin devri olmaksızın malı herhangi bir şekilde bulan kişi bu suçun faili sayılamayacaktır.[33] Devir ilişkisinde taraf sıfatını haiz bulundurmayan suç ortakları, bu suçun işlenmesine katılan *"şerik"* sıfatıyla sorumlu tutulabilirler.[34]

Doktrindeki genel kanıya göre bu suçun faili, zilyetliğini devraldığı malın maliki olmadığı için malın paylı veya elbirliği ile malikleri birbirlerine karşı bu suçu işleyemeyeceklerdir.[35] Ancak bu suçla korunan hukuki değer, zilyetliği devredenin mülkiyet hakkının ihlal edilmeyeceğine ya da zilyetliğinin devam edeceğine ilişkin güvenidir. Bu bağlamda malikin malının zilyetliğini devrettiği kişiye karşı devir olgusuna aykırı tasarruflarda bulunması ya da bu olguyu inkâr etmesi

---

28 Aytekin İnceoğlu, Asuman, *Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar,* On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 198-199.

29 Aynı yönde İçer, s. 167-168.

30 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 974/2. madde: "Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslî zilyet, diğeri fer'î zilyettir."

31 Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 83; İçer, s. 173.

32 Sarsıkoğlu, Şenel, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 165; Balcı, Umut, Türk Hukukunda Güvenî Kötüye Kullanma Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 164; Aytekin İnceoğlu, s. 200; İçer, s. 173; Aksi yönde Gözübüyük, s. 748.

33 Aytekin İnceoğlu, s. 200; Ancak bir kişi kaybolan eşyanın bulunması ile görevlendirilmişse bu eşyayı bulan kişi, bulduğu mal ile ilgili olarak güveni kötüye kullanma suçunun faili olarak değerlendirilebilir. Önder, s. 412.

34 Parlar/Hatipoğlu, s. 2479.

35 Özgenç, s. 73; Parlar/Hatipoğlu, s. 2479; Aytekin İnceoğlu, s. 203.

durumunda da güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağı kanaatindeyiz.[36]

Zilyet yardımcıları bu suçun faili olarak değerlendirilemeyecektir.[37] Nitekim zilyet yardımcısı; zilyedin gözetimi, denetimi ve fiili egemenliği altında (*elmenliğinde*) malı elinde bulundurduğu ve kendisine malın zilyetliği devredilmediği için fail olarak değerlendirilemezler.[38] [39]

2. Mağdur

Bu suçun mağduru taraflar arasındaki zilyetliği devir olgusuna dayanarak faile malın zilyetliğinin devredildiği ve güveni kötüye kullanma oluşturan fiillerin sonucunda güveni sarsılan ve genellikle de malvarlığı zararına uğrayan kişilerdir.[40] Somut olay özelinde bu kişi suç konusu malın maliki olabileceği gibi zilyedi de olabilecektir.[41]

3. Maddi Konu

Güveni kötüye kullanma suçunda maddi konu, zilyetliği faile devredilen mallardır.[42] Daha geniş bir anlatımla bu suçun konusunu *"mülkiyete konu olan ve ekonomik değeri olan taşınır veya taşınmaz mallar"* oluşturmaktadır.[43] Taşınır mal kapsamında; senetler, kuponlar, tahviller,

---

[36] Aynı yönde bkz. Meraklı, Serkan, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, Özel Sayı, Y:2010, s. 1682; Yalnızca paylı mülkiyet bakımından paydaşın güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceği görüşü hakkında bkz. Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, 4. Bası, s. 464.

[37] Elmalıca, Hasan, *Öğretide ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 141.

[38] Centel/Zafer/Çakmut, s. 471-472; Sarsıkoğlu, s. 87.

[39] Güveni kötüye kullanma suçunda zilyetlik olgusunun suçun temelinde yer alması sebebiyle bu suç TCK m. 289'da düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçu ile büyük ölçüde benzeşmektedir. İlgili madde gerekçesi ise aralarındaki farkı şu şekilde ortaya koymaktadır: "Madde metninde tanımlanan suç, esas itibarıyla güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Ancak, malın kişiye özel bir görevin gereği olarak teslim edilmiş ve kişinin bunları olduğu gibi muhafaza ile ödevlendirilmiş olması nedeniyle, fiil aynı zamanda bir görevin kötüye kullanılmasını da ifade etmektedir. Sümer, Reha, "Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:21, S: 75, Y:2008, s. 110.

[40] Parlar/Hatipoğlu, s. 2479.

[41] Centel/Zafer/Çakmut, s. 466; Sarsıkoğlu, s. 69; Aytekin İnceoğlu, s. 202-203; Doktrinde Tezcan;Erdem;Önok, zilyedin mağdur olarak nitelendirilemeyeceği, malikin bu suçun mağduru olabileceğini; ayrıca zilyedin bu kapsamda şikayet hakkına sahip olmadığını savunmaktadır. Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, R. Murat, *Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 15. Baskı, s. 740

[42] Elmalıca, s. 70-71.

[43] Parlar/Hatipoğlu, s. 2479; Ekonomik değeri olmayan eşyaların da bu suçun maddi konusunu oluşturabileceğine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. *"Sanığın suçtan*

hisse senetleri bu suçun maddi konusunu oluşturabilirler.[44] Çalışma konumuz bağlamında kanunen emre yazılı kambiyo senetleri de güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusunu oluşturmaktadırlar.

Söz konusu suçun maddi konusunun failin dışında başka bir kişiye ait olması gerekmektedir.[45] Kişinin kendi mülkiyetindeki mala karşı güveni kötüye kullanması suçunu işlemesi eşyanın doğasına aykırıdır. Zilyetliğin devriyle beraber mülkiyet hakkı da devralana geçtiğinde, kanunda yazılı *"başkasına ait olma"* koşulu gerçekleşmeyeceğinden güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.[46]

4. Fiil (Hareket)

Güveni kötüye kullanma suçunun fiil unsurunu, *"failin başkasına ait olan ve muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunması veya bu devir*

---

kurtulmaya yönelik soyut savunmaları, katılan beyanları, arama tutanakları ve tüm dosya kapsamı bir arada değerlendirilerek, sanığın katılan tarafından zilyetliği devredilmiş olan nüfus cüzdanının devir olgusunu inkâr edip uhdesinde tutarak "güveni kötüye kullanma" suçunu işlediğini sabit gören mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir."

Y15.CD, 2018/6759E., 2020/4702K., 6.4.2020T.
https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 17.08.2021.

[44] Elmalıca, s. 65; Çınar, Çağatay, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 280; Doktrinde Aytekin İnceoğlu, hisse senetlerinin bir malı değil de ortaklık hakkını temsil ettiği; kambiyo senetlerinin de alacak hakkını temsil ettiği gerekçesiyle bu senetlerin güveni kötüye kullanma suçunun maddi konusunu oluşturmayacağı kanaatindedir (Aytekin İnceoğlu, s. 206). Ancak kambiyo senetleri bir alacak hakkını temsil etmekle birlikte hamiline para yerine geçen bir malvarlığı değerini malik kılmaktadır. Bu açıdan para da taşınır bir eşya olduğundan kambiyo senetlerinin bu suçun maddi konusunu oluşturabileceği kanaatindeyiz. Nitekim senedin temelindeki hak maddi bir varlık haline getirilebildiği ölçüde bu suçun maddi konusunu oluşturabilecektir. Aynı yönde bkz. Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, 5. Baskı, s. 619; Centel/Zafer/Çakmut, s. 466; Özgenç, s. 72-73.

[45] Aytekin İnceoğlu, s. 207; Koca/Üzülmez, s. 633; Erem/Toroslu, s. 617.

[46] Tezcan/Erdem/Önok, s. 743; Centel/Zafer/Çakmut, s. 469; Bakıcı, s. 4; Yargıtay bir kararında mülkiyet zilyetliği devredilen kişiye geçtikten sonra güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceğini kabul etmiştir: *"Somut olayda; sanığın yabancı uyruklu olan katılanlarla samimi ilişkisi bulunduğu, birlikte varılan güvene dayalı anlaşma çerçevesinde, katılanların parasını sahibine ödeyerek satın aldıkları yazlık evi, yabancılara satış işlemi için gerekli izinler alınıncaya kadar tapu kaydını sanığın üzerine aldıkları, sanığın sözlü anlaşma gereği izinler alındıktan sonra bu evi katılanlara tapuda devretmesi gerektiği halde, güvene dayalı bu anlaşmaya aykırı davranarak para talebinde bulunduğu, kabul edilmeyince de gerçekte katılanlarca parası ödenip alınan bu evin kendisine ait olduğunu iddia edip tapuda devrini sağlamadığı anlaşılmakla, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna dair kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir."* Y15.CD, 2013/4524E., 2014/20771K., 9.12.2014T.

https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 17.08.2021.

olgusunu inkâr etmesi" oluşturmaktadır. Bu suç seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir.[47] Her iki seçimlik hareketin birlikte işlenmesi durumunda arada zaman birliği söz konusu ise tek bir güveni kötüye kullanma oluşacaktır.[48]

Söz konusu suç, Kanun'daki fiil tanımına bakıldığında sadece ilk fiil bakımından icraî olarak işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. *"Devir olgusunun inkâr edilmesi"* şeklindeki ikinci fiil, somut olaya göre icraî veya ihmalî bir davranışla işlenebilen bir fiil teşkil etmektedir.[49]

Güveni kötüye kullanma suçunun gündeme gelebilmesi için her şeyden önce zilyetliğin devri olgusunun hukuki bir temele dayanması gerekmektedir. Bu sayede bu suç benzer suçlardan da ayırt edilebilmektedir. Zilyetliğin devri rızaya dayanmıyorsa *"hırsızlık (TCK m. 141)"*[50], bu devir karşı tarafın hilesi ile gerçekleşmişse *"dolandırıcılık (TCK m. 157)"*, zilyetliğin cebir veya tehdit yoluyla elde edilmesi durumunda *"yağma (TCK m. 148)"*, zilyetliğin hata veya tesadüf yoluyla elde edilmesi halinde ise *"kaybolmuş veya hata sonucu ele geçirilmiş eşya üzerinde tasarruf suçu (TCK m. 160)"* gündeme gelecektir.[51]

"Devir amacı dışında tasarrufta bulunma" fiilinden anlaşılması gereken mal üzerinde sadece malikin kullanabileceği yetkilerin kullanılmasıdır.[52] Bu yetkiler eşyanın bir başkasına devredilmesi, üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesi; maddi konunun emre yazılı senet olduğu durumlarda senedin ciro edilmesi gibi somutlaşabilmektedir. Diğer bir anlatımla malın zilyedi olan fail, zilyetliğinin sebebini oluşturan olguyla bağdaşmayacak biçimde, *"zilyetliği mülkiyete dönüştürecek şekilde"* tasarruflarda bulunmaktadır.[53]

İkinci seçimlik hareket olan *"devir olgusunu inkâr etme"* davranışından anlaşılması gereken failin malın zilyetliğinin kendisine devredilmemiş olduğunu savunmasıdır.[54] Fail burada mağdur ile aralarında, sözleşmeye dayalı olsun veya olmasın, herhangi bir ilişki

---

47 Özgenç, s. 76.

48 Özgenç, s. 76.

49 Centel/Zafer/Çakmut, s. 472; Sarsıkoğlu, s. 62-63; Koca/Üzülmez, s. 636-637; İçer, s. 169.

Doktrinde Aytekin İnceoğlu'na göre "salt iradenin reddedilmesi" başlı başına bir suç teşkil etmeyeceği

50 İlaveten zilyetliğin devri kısa bir süre için devredilmesi durumunda geçerli bir devirden söz edilemeyecektir. Bu nedenle malı geçici bir süreliğine elinde bulunduran fail mal üzerinde haksız bir zilyetlik tesis ederse TCK m. 155 değil, TCK m. 141 gündeme gelecektir. İçer, s. 176.

51 İçer, s. 176.

52 Koca/Üzülmez, s. 636.

53 İçer, s. 170.

54 Centel/Zafer/Çakmut, s. 473, Sarsıkoğlu, s. 62; Koca/Üzülmez, s. 637.

olmadığını savunmaktadır.[55] Bu inkâr olgusu, malın zilyetliğinin devredilmediğinin savunulması, kendisinin zilyet değil zilyet yardımcısı olduğunun savunulması gibi karşımıza çıkabilir. Malın zilyetliğinin iadesi bakımından makul sayılabilecek bir sürenin geçmesine rağmen bu iade gerçekleşmediğinde de devir olgusunu inkâr etmekten bahsedilebilecektir.[56] [57] Failin, *"asli zilyedin kendisine yaptığı ihtar nedeniyle malı geri verme yükümlülüğü doğmuşsa"*, bu yükümlülüğünün bilincinde olmasına rağmen devir olgusunu inkâr kastıyla malı iade etmemesi durumu da bu suçun ikinci seçimlik hareketinin ihmali davranışla işlenebildiği hale vücut verecektir.[58]

Güveni kötüye kullanma suçu, zilyetliğin devri amacı dışında tasarruflarda bulunma veya devir olgusunun inkâr edilmesi ile birlikte tamamlanmaktadır.[59] Herhangi bir zararın doğması da aranmamakla birlikte herhangi bir neticenin doğması da aranmamaktadır. Bu bağlamda bu suç bir sırf hareket suçu[60] ve soyut tehlike suçu[61] teşkil etmektedir.

5. Nitelikli Hal

"Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi" hali (TCK m. 155/2), bu suçun cezayı ağırlaştıran nitelikli halini oluşturmaktadır. Bu

---

[55] Bakıcı, s. 15.

[56] Centel/Zafer/Çakmut, s. 473; Koca/Üzülmez, s. 637; Aytekin İnceoğlu ise makul süre geçtikten sonra zilyetlik konusu eşyanın iade edilmemesi olgusunun ikinci seçimlik fiil kapsamında mütalaa edilemeyeceğini savunmaktadır. Kiracının veyahut ödünç alanın iade yükümlülüğünün doğup doğmadığının tespiti gibi özel hukuk alanını ilgilendiren uyuşmazlıkların ceza yaptırımına tabi tutulması ultima ratio ilkesini ihlal edecektir. İlaveten her güven ilişkisinin suç oluşturacağı kabulü kanunilik ilkesine de aykırı görülmektedir (Aytekin İnceoğlu, s. 221).

[57] Ancak burada her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Failin inkâra yönelik davranışının suç teşkil edebilmesi için, iade etmemeye yönelik bir kastının olması gerekecektir. İnkâra yönelik fiilinin suç oluşturacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekmektedir. İçer, s. 172.

[58] İçer, s. 172.

[59] Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, 12. Baskı, s. 437; Güveni kötüye kullanmada esas itibarıyla suçun zilyetlik iradesi yerine mülkiyet iradesinin ikamesi anında teşekkül edeceği görüşü ile ilgili bkz. YCGK, 2016/1176E., 2020/437K., 3.11.2020T.

[60] İçer, s. 169.

[61] Somut tehlike suçlarında suç konusunun somut olarak tehlikeye sokulması söz konusudur (Heinrich, s. 93). Bu suçlarda suçun maddi konusunun zarara uğratılma ihtimali, tehlikesi netice olarak tanımlanmıştır (Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75),* Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, 7. Bası, s. 239). Burada maddi konunun somut olarak tehlike oluşturan bir neticeye bağlanmadığı ve tehlikenin de kanun tarafından somutlaştırılmadığı gerekçesi ile bu suç somut değil soyut bir tehlike suçu teşkil etmektedir.

durumda fail, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunacaktır. Bu nitelikli halde failin sıfatıyla zilyetliğin devri olgusu arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.[62] Failin ayrıca madde metninde belirtilen meslek, sanat veya ticari faaliyeti sürekli olarak yürütüyor olması gerekmektedir.[63]

C. Tipikliğin Manevi Unsuru

Güveni kötüye kullanma suçunda failin *"zilyetliğin devri amacı dışında tasarruflarda bulunma"* veya *"devir olgusunu inkâr etme"* şeklinde gerçekleştirdiği fiilleri, *"kendisinin veya başkasının yararına"* olacak şekilde ve *"kasten"* işlenmesi durumunda gerçekleşmektedir.[64] Güveni kötüye kullanma suçunda kast, suçun maddi konusu üzerindeki zilyetliğin faile devredilmesinden sonra oluşur.[65] Bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için taksir hükümleri söz konusu olamayacaktır. İlaveten bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür.[66]

Kanun, bu suçun yarar sağlama amacı ile işlenmesini aramamaktadır. *"Kendisinin veya başkasının yararına olarak"* ifadesi ile kanun koyucu *"suçun başkası lehine de işlenebileceğini belirtmek"* amacıyla tümceyi anlamlı biçimde bağlayabilmek istemiştir.[67] Nitekim suçun işlenmiş kabul edilmesi için bu yararın gerçekleşmesi gerekmemektedir.[68] Bu nedenle bu suçta özel kastın bulunması gerekli değildir.[69]

Kişinin aslında eşyanın devir konusu olmamasına rağmen hataya düşüp devre konu eşya olduğunu tasavvur etmesi durumunda *işlenemez suç (muhal suç)* söz konusu olacaktır.[70] Ayrıca failin suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi durumunda TCK m. 30/1 hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin fail malın zilyetliğini devralmakla aynı zamanda mülkiyet hakkını da devraldığı zannıyla veya devrin amacına

---

62 Centel/Zafer/Çakmut, s. 478.

63 Koca/Üzülmez, s. 640.

64 Parlar/Hatipoğlu, s. 2484.

65 Elmalıca, s. 70; Hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında kast güveni kötüye kullanma suçundan farklı olarak, zilyetliğin faile geçmesi anından önce var olmaktadır. Erem/Toroslu, s. 623.

66 İçer, s. 181; Özgenç, s. 87; Bakıcı, s. 18; Koca/Üzülmez, s. 638.

67 Meraklı, s. 1686; Aksi yönde bkz. Erem/Toroslu, s. 623; Ayhan, Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 409.

68 İçer, s. 171.

69 Koca/Üzülmez, s. 638; Özgenç, s. 87.

70 Fail, önceki suçun varlığı hususunda hataya düşüp eşyanın devir konusu olduğu zannındadır. Burada fail, hareketinin, var olan bir suç tipine uyduğunu tasavvur etmektedir. Heinrich, s. 447-448; Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku – Cilt: I (Özel Hükümler),* Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, 3. Baskı, s. 329.

aykırılık teşkil etmediğini tasavvur ettiği tasarruflarda bulunduğunda tipiklik hatası hükümlerinden yararlanabilecektir.[71]

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Güveni kötüye kullanma suçunda hukuka uygunluk nedenleri, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası olmak üzere iki şekilde söz konusu olmaktadır.[72] TCK m. 26/1 hükmüne göre: *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez."*. Bu kapsamdaki hak ise kanun, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası sözleşme, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yönetmelik gibi düzenlemelerle belirlenebilir. Bu düzenlemelerde zilyetliğin devri olgusuna aykırı tasarruflarda bulunma veya devir olgusunu inkâr etme fiilini meşru kılan bir hak söz konusuysa bu durumda TCK m. 155'ten bahsedilemeyecektir.

TCK m.26/2 hükmüne göre: *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* Bu kapsamda eşya üzerinde mutlak surette tasarruf edebilen malik, bu suçun işlenmesinde rızayı açıklama bakımından da yegâne yetkili kişi olacaktır.[73] Ancak burada rızanın tasarruftan önce verilmiş bulunması gerekecektir.[74]

E. Kusurluluk

Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile zilyetliği devredilen bir mal üzerinde devir olgusuna aykırı tasarrufta bulunan veya devir olgusunu reddeden kişi zorunluluk halinden yararlanabilecektir (TCK m. 25/2).[75] Şartları bulunduğu ölçüde fail hakkında TCK m. 30/2,3,4 hükümleri uygulanabilme imkânı bulacaktır.

F. Suça veya Cezaya Etki Eden Nedenler

1. Şahsi Cezasızlık Nedenleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Nedenler

Malvarlığına karşı suçlarda şahsi cezasızlık nedenlerinin düzenlendiği TCK'nın 167/1. maddesine göre: *"Yağma ve nitelikli yağma*

---

71 İçer, s. 181.

72 Koca/Üzülmez, s. 639.

73 Aytekin İnceoğlu, s. 228.

74 Bakıcı, s. 19.

75 Centel/Zafer/Çakmut, s. 475.

hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz."

Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri düzenleyen aynı maddenin ikinci fıkrasına göre: *"(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir."*

2. Etkin Pişmanlık

Malvarlığına karşı bazı suçlarda etkin pişmanlık hususunun düzenlendiği TCK'nın 168. maddesine göre: *"(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. (2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir. … (4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır. …"*

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Güveni kötüye kullanma suçu herhangi bir neticenin gerçekleşmesinin gerekmediği, sırf hareketin cezalandırıldığı bir suç olduğu gerekçesiyle kural olarak teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.[76] Suç yoluna (*iter criminis*) girmiş olan failin hareketi parçalara bölünebildiği durumlarda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.[77] Ancak devir olgusunun inkâr edilmesi bakımından icra hareketlerinin parçalara bölünmesi oldukça güçtür. İlk seçimlik hareket bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması daha olası görülmektedir.[78]

---

[76] Koca/Üzülmez, s. 638. Dönmezer'e göre kural olarak bu suça teşebbüs mümkün ise de bu durumun delilinin ispatı zorluk teşkil etmektedir. Dönmezer, s. 437.

[77] Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Cilt II, Der Yayınları, İstanbul, 2019, 14. Baskı, s. 108,155

[78] Aytekin İnceoğlu, s. 224.

2. İştirak

Güveni kötüye kullanma suçu özgü suç niteliğinde olduğundan iştirak hükümleri değişiklik arz edecektir. Burada fail dışında suçun işlenişine katılan kişiler, TCK'nın 40/2. maddesi uyarınca azmettiren ya da yardım eden olarak cezalandırılabilecektir.[79]

3. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı güveni kötüye kullanma suçunun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bu suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli aynı suç sayılır (TCK m. 43/1).

Güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi amacıyla failin sahte özel belge kullanılmışsa (TCK m. 207) TCK m. 44 gereği fikri içtima kuralları gibi tek cezaya hükmedilmesi gerekirken TCK m. 212'nin özel hüküm teşkil etmesi sebebiyle fail hem özel belgede sahtecilikten hem de güveni kötüye kullanma suçundan cezalandırılacaktır.[80] Failin devir olgusuna aykırı tasarrufta bulunmaya yönelik sahte resmi belge kullanması (TCK m. 204) durumunda bu suçta belgenin kullanılması aranmadığından iki farklı fiil söz konusu olacak ve gerçek içtima kuralları uyarınca fail cezalandırılacaktır.[81]

H. Yaptırımı ve Muhakemesi

Güveni kötüye kullanma suçunda altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası birlikte öngörülmüştür. Hâkim sonuç cezayı belirledikten sonra TCK'nın 50/1. maddesini uygulayıp sonuç cezayı adli para cezasına ya da diğer seçenek yaptırımlara çevirebilir. Adli para cezasına hangi miktarda hükmedileceği TCK'nın 155. maddesinde düzenlenmemiştir. Bu cezanın uygulanmasında öngörülen sistem, gün para cezası sistemidir.[82] TCK'nın 52/1. maddesi gereği adli para cezası, 5 ilâ 730 gün arasında hâkim tarafından belirlenecektir.[83] Adli para cezasının gün miktarı belirlendikten sonra en az 20 ve en fazla 100 Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir (TCK

---

79 Sarsıkoğlu, s. 141.

80 Aytekin İnceoğlu, s. 234-235; Aksi yönde bkz. Sarsıkoğlu, s. 148; Bakıcı, s. 30.

81 Centel/Zafer/Çakmut, s. 481; Aytekin İnceoğlu, s. 235.

82 Yerdelen, Erdal, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 138; Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, 14. Baskı, s. 927.

83 Centel/Zafer/Çakmut, s. 483; Yerdelen, Erdal, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması),* Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 34, 321.

m. 52/2).[84] Adli para cezası hesaplanırken cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılacak ve adlî para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunacaktır (TCK m. 61/8).

Bu suç için öngörülen sonuç ceza 1 yıl veya daha az olacak şekilde hapis cezası ise hükmedilecek yaptırım; suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre TCK'nın 50/1. maddesi uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Bu hususta hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.[85]

Güveni kötüye kullanma suçunun temel şekli kanunda şikâyete tabi olarak düzenlenmiştir. Nitelikli hali düzenleyen ikinci fıkrasında ise şikayet koşulu aranmamıştır. Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi iki durumda söz konusudur.[86] İlk olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar uzlaştırmaya tabidir (CMK m. 253/1-a). TCK'nın 155/1. maddesi bakımından uzlaşma hükümleri uygulanabilir; ancak ikinci fıkra bakımından aynı sonuç geçerli olmayacaktır. İkinci olarak ise suçun şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, 253/1-b alt bendinde sayılan suçlardan birinin varlığıdır. Güveni kötüye kullanma suçu da 253/1-b alt bendinde sayılan suçlardan biri arasında sayıldığından uzlaştırma hükümleri uygulanabilecektir.

5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçla madde itibariyle yetkili mahkeme asliye ceza

---

84 Yerdelen, (Cezanın Belirlenmesi), s. 32-33.

85 *"Kısa süreli hapis cezasının adli para cezası ya da diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilip çevrilmemesi konusundaki takdir yetkisini keyfilik olarak algılamamak gerekir. Hâkim, kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirme veya çevirmeme konusundaki yasal ve yeterli gerekçesini göstermek zorundadır. Talebin reddi halinde, maddedeki ibarelerin tekrarı ile yetinilmeyip, gerekçenin suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özelliklere dayanması ve olay ile uyumlu olması gerekir. Aksi durumun bir bozma nedeni olduğu kabul edilmektedir."* Nitekim Yargıtay kararlarında da durum böyledir: *"Hiçbir gerekçe gösterilmeden sanık hakkında 647 sayılı kanunun 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilemez.". (Y.9.CD, 1981/2417E., 1981/2598K., 3.7.1981T.); "Yasal gerekçe gösterilmeden, 647 sayılı yasanın 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesinin yasaya aykırıdır."*

(Y.2.CD., 1976/8113E., 1976/9104K., 27.10.1976T. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 17.08.2021). Çolak, Haluk/Altun, Uğurtan, "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:19, S:67, Y:2006, s. 194-195, dn. 76.

86 Ekici Şahin, Meral/ Yemenici, Kürşat, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, Y:2018, s. 466-467; Çakır, Kerim, "Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:1, Y:2018, s. 448.

mahkemesidir. Yer itibariyle yetkili mahkeme ise CMK'nın 12/1. maddesi gereği devir olgusuna aykırı tasarrufun yapıldığı veya devir olgusunun inkâr edildiği; yani suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Basit yargılama, iddianame mahkemesince kabul edilip kovuşturma aşamasına geçildikten sonra adlî para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından öngörülen bir *muhakeme türüdür*. Bu muhakeme türünde, seri muhakeme usulünde olduğu gibi katalog suç öngörülmemiştir.[87] Kanun kuyucu güveni kötüye kullanma suçunun üst sınırı olarak iki yıl hapis cezası öngördüğü için bu suçta basit yargılama usulü uygulanabilecektir. Seri muhakeme usulünün uygulanması noktasında da belirli şartlar öngörülmüştür.[88] Kanun koyucu, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesini katalog suçlarla sınırlamıştır (CMK m. 250/1). Ayrıca basit muhakeme usulünden farklı olarak seri muhakeme usulünde takdirilik öngörülmemiştir.[89] Bu suç, ilgili hükümde belirtilen katalog suçlardan biri olarak sayılmamıştır. Bu nedenle bu suçla ilgili seri muhakeme usulü de uygulanamayacaktır.

III. DÜZENLEYENİ TARAFINDAN CİROSU YASAKLANMIŞ KAMBİYO SENETLERİNİN LEHTARI TARAFINDAN CİRO EDİLMESİNİN GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU İLE İLİŞKİSİ

Savunduğumuz görüşe göre düzenleyeni tarafından ciro edilmesi yasaklanan kambiyo senetlerinin lehtarı tarafından ciro edilmesi hali senedi nama yazılı hale getirmemektedir. Burada düzenleyen ile lehtar arasında senedin üçüncü bir kişiye devredilemeyeceğine ilişkin bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Lehtarın bu ilişkiyi göz ardı edip, ciro yasağına aykırı olarak senedi üçüncü bir kişiye ciro etmesi durumunda zilyetlik olgusuna aykırı tasarrufta bulunduğu sonucuna varılacaktır. Bu açıdan lehtarın bu fiilinin güveni kötüye kullanma suçu teşkil edebilmesi için ikinci bölümde genel olarak bu suçla ilgili unsurlar bakımından inceleme yapmak gerekmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçunda failin mülkiyetinde bulunmayan bir malı devraldığı zilyetlik olgusuna aykırı tasarruflarda bulunması gerekmektedir. Bu açıdan düzenleyenin cirosunu yasaklayarak düzenlediği kambiyo senedini lehtara vermekle bu senedin mülkiyetini de devredip devretmediği hususu incelenmelidir. Yargıtay kararlarına

[87] Yılmaz, Zahit/Apiş, Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:26, S:1, Y:2020, s. 65; Atalay, Ayşe Özge, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:2, Y:2020, s. 664.

[88] Atalay, s. 660.

[89] Yılmaz/Apiş, s. 65.

bakıldığında ise nama yazılı senetlerin devrinde senette mündemiç hakkın sahibi olabilmek için, senedin mülkiyetini karşı tarafa geçiren işlemin yapılmasının şart olduğu vurgulanmaktadır.[90] Ancak daha önce de savunulduğu üzere düzenleyeni tarafından ciro işleminin yasaklanması senedi nama yazılı hale getirmeyeceği için burada senedin mülkiyetinin devredildiğinden söz edilemeyecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde temellendirdiğimiz üzere düzenleyenin senedin cirosunu yasaklaması, bu senedin lehtar ile aralarındaki hukuki ilişkiye bağlı olarak kullanılmasını gerektirmektedir. Senedin tedavülünün yasaklanması ise lehtarın bu senedi tahsil etmesi ile sınırlıdır. Makbuz ve senetlerin geri verilmesi bölümünde ve borçlunun hakkı başlığı altında düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 103. maddesine göre: *"Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz ve borcun tamamı ödenmişse, buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini isteyebilir.* Bu nedenle lehtarın senet bedelini tahsil ettikten sonra ciro yasağı sebebi ile senedi düzenleyenine iade etmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere mülkiyet hakkı ise sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlamakla birlikte eşyadan yararlanma, eşyayla ilgili tasarrufta bulunma ve eşyayı kullanma yetkilerini içerir.[91] Ayrıca bu hak herkese karşı ileri sürülebilen bir ayni hak niteliğindedir.[92] Ancak lehtar, cirosu yasaklı senet üzerinde devreme hakkına sahip değildir ve senetle mündemiç hakkını da herkese karşı değil sadece düzenleyenine karşı ileri sürebilmektedir. Bu yönüyle cirosu yasaklanmış kambiyo senedinin maliki halen düzenleyen olmakla birlikte lehtar, bu senedin fer'i ve dolaysız zilyedidir.[93] Bu açıdan güveni kötüye kullanma suçunda *"başkasına ait olma"* koşulunun gerçekleştiği söylenebilir.

Çalışmanın ilk bölümünde temellendirdiğimiz kabule göre fer'i zilyet olan lehtar (fail), zilyetliği devri olgusunun temel sebebi teşkil eden sebebe aykırı tasarruflarda bulunduğu anda güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır. Zilyetlik olgusunun temel sebebini, cirosu yasaklanmış senedin lehtarınca tahsil edildikten sonra düzenleyene iade etmesi gerekirken bir başkasına ciro etmesi oluşturmaktadır. Bu tasarrufun kapsamını ise senedi üçüncü bir kişiye

---

90 YHGK, 2017/341E., 2020/374K., 9.6.2020T; YHGK, 2014/407E., 2014/686K., 21.5.2014T. https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 17.08.2021

91 Odyakmaz, Nevzat/Demiralp, Tunç, *Uygulamalı-Örnekli Hukuk Rehberi*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 139; Şimşek, Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:23, S:91, Y:2010, s. 191.

92 Odyakmaz/Demiralp, s. 139.

93 Güveni kötüye kullanma suçunda malı devralan ve devreden arasındaki zilyetlik ilişkisinin genel olarak asli-tali zilyetlik ilişkisi doğurduğu görüşü hakkında bkz. Çınar, s. 301-302; Benzer yönde bkz. YCGK, 2016/1176E., 2020/437K., 3.11.2020T. https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 10.08.2021.

ciro edilmesi; yani zilyetliğin devir olgusuna aykırı davranılması oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay da *"Sanığın katılanla akdetmiş olduğu bayilik sözleşmesi kapsamında üçüncü kişilere ciro edilmemek kaydıyla teminat maksatlı olarak almış olduğu 6 adet çeki, sözleşmedeki kayda aykırı olarak üçüncü kişilere ciro ettiği ve bu şekilde kendisine zilyetliği devrolunan çekler üzerinde devir maksadının haricinde tasarrufta bulunduğu iddia olunan olayda; Sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir."* kabulü ile bu hususta iradesini ortaya koymuştur.[94] Ancak söz konusu kararın karşı oyunda *"Katılan ile sanık arasında yapılan bayilik sözleşmesine istinaden teminat amaçlı olarak katılan tarafından sanığa verilen çeklerin hangi durumda kullanılabileceğine ilişkin bayilik sözleşmesine hüküm eklenmiştir. Sanığın kendisine verilen çekleri sözleşmeye aykırı şekilde kullanmış olmasının nitelikli güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususu daire çoğunluğu ile aramızdaki ihtilafın özünü oluşturmaktadır. Katılan sözü edilen çekleri, sanığa saklayıp iade etmek üzere; yani emanet olarak vermemiştir. Sözleşmede yazılı şartların oluşması halinde kullanma yetkisi vermiştir. Sanığın sözleşmeye aykırı olarak kullanıp kullanmadığı hukuki bir uyuşmazlığın konusu olduğundan sanığa yüklenen suçun unsurları oluşmamıştır. Kaldı ki, borçlusu tarafından rızaen alacaklısına verilen senetlerin kullanılmış olması halinde şartları varsa ancak bedelsiz kalmış senedi kullanma suçu oluşur.[95] Bedel konusunda ise bir uyuşmazlıktan söz edilmemektedir."* denilmek suretiyle senedin sözleşmeye aykırı kullanımının hukuki bir uyuşmazlığın konusu olduğu belirtilmiştir. Ancak güven ilişkisinin güveni kötüye kullanma suçunun temeli olması karşısında senedin anlaşmaya aykırı kullanımının ceza hukukunu ilgilendirmeyeceği anlayışı, bu suçun dinamikleriyle bağdaşmamaktadır.

Doktrinde savunduğumuz bu görüşü destekler bir görüş bulunmasa da *Erem;Toroslu*'ya göre senet terhini suretiyle yapılmış ödünç sözleşmelerinde borcun ödenmiş olmasına rağmen senedin iade edilmeyip ciro edilmesi halinde emniyeti suiistimal suçu gündeme gelebilecektir.[96] ETCK döneminde emniyeti suiistimal suçunun bir parçasını oluşturan güveni kötüye kullanma fiili bakımından bu görüş savımızı destekler niteliktedir. Nitekim güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değerlerden biri de taraflar arasında zilyetliği devredilen malın malikine iade edileceğine dair güven duygusudur.[97] Bu

---

94 Y23.CD, 2015/8119E., 2016/7293K., 6.6.2016T. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ Erişim Tarihi: 10.08.2021.

95 Bedelsiz senedi kullanma suçunda taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı biçimde senedin kullanılması doğrudan bu suçun oluşmasına vücut vermeyecektir. Önemli olan senet bedelinin itfa edilmiş olması ve bu suretle bedelsiz kalmış olmasıdır. Bkz. Taş, Burak, *Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu (TCK m. 156),* Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 46 vd.

96 Erem/Toroslu, s. 619.

97 İçer, s. 167-168.

güven duygusu, tarafların senedin ciro edilmeyeceğine yönelik iradelerini de kapsadığından ortada suç oluşturan bir fiilden bahsedilecektir.

Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde (TCK m. 155/2) nitelikli güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.

Manevi unsur bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa lehtarın, düzenleyenini iradesini bildiği ortadadır. Nitekim ciro edilemez yasağı senedin ön yüzüne ya da arkasına yazılabilmektedir. Lehtar senedi ciro ederek düzenleyenin iradesine de karşı geldiğinin farkında olmaktadır. Bu bağlamda kastın unsurları bağlamında bilme ve isteme unsurlarının gerçekleştiği sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

Kanuna aykırı olarak Yargıtay uygulaması ile cirosu düzenleyen tarafından yasaklanan emre yazılı kambiyo senetleri, ciro yasağı menfi emre kaydı sayılarak bu senetlerin nama yazılı senede dönüştüğü kabul edilmektedir. Ayrıca bu uygulama ile suç teşkil eden bir fiil, Yargıtay uygulaması ile suç olarak değerlendirilememektedir. Ancak kanunilik ilkesi gereğince bir fiili suç olarak düzenlemek veya suç olmaktan çıkarmak ancak kanunla gerçekleşebilecektir.

SONUÇ

Kambiyo senetlerinde, düzenleyeni tarafından "ciro edilemez" kaydı eklenmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir uygulamadır. Cirantanın senedi ciro ederken ciro yasağı öngörmesi halinde senedin akıbeti TTK'da düzenlenmişken (m. 685/2, 778/1-a, 818/1-d) düzenleyen tarafından ciro yasağı öngörülmesi durumunda senedin akıbetinin ne olacağı TTK'da düzenlenmemiştir. Doktrindeki çoğunluk görüşüne ve Yargıtay'ın istikrarlı kararlarına göre düzenleyen tarafından öngörülen ciro edilmez kaydı menfi bir emre kaydı niteliğinde değerlendirilir. Bu kaydın ise senedi emre yazılı olmaktan çıkarıp nama yazılı hale dönüştürdüğü savunulmaktadır. Ancak kanunda böyle bir sonucun doğacağı öngörülmemiştir. "Ciro edilemez kaydı" lafzen menfi emre kaydı anlamı da taşımamaktadır. Bu kaydın, *"emre yazılı değildir" ibaresini veya aynı anlamı ifade eden bir kayıt* (TTK m. 685/2) niteliğinde değerlendirilmesi hükmün amacına aykırı görünmektedir. Çünkü bu kayıt senedin emre yazılı olmaktan çıkarılmasını amaçlayan kayıtları ihtiva etmemektedir. Ayrıca bu kayıt, lehtarın ve düzenleyenin iradesine aykırı bir sonuç doğurmaktadır; çünkü senedin düzenlenmesi anında hem düzenleyen hem de lehtar senedin ciro edilmeyeceği kaydıyla iradelerini ortaya koymuştur. Savunduğumuz bu görüşün güveni kötüye kullanma suçu bakımından önemi ise senedin ciro edilmesini yasaklayarak tedavül kabiliyetini engellemeye yönelik düzenleyenin iradesi karşısında, lehtarın *"başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal*

üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma" (TCK m. 155/1) şeklindeki fiilinin suç teşkil etmesidir. Fer'i zilyet olan lehtar (fail), zilyetliği devir olgusunun temel sebebine aykırı tasarrufta bulunduğu anda güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır. Zilyetlik olgusunun temel sebebini, cirosu yasaklanmış senedin lehtarınca tahsil edildikten sonra düzenleyene iade etmesi gerekirken bir başkasına ciro etmesi oluşturmaktadır.

Yargıtay uygulamasında cirosu düzenleyen tarafından yasaklanan emre yazılı kambiyo senetlerinin lehtar tarafından ciro edilmesi halinde ciro yasağı, menfi emre kaydı sayılmaktadır. Yargıtay bu senetlerin nama yazılı senede dönüştüğü kabul edilmektedir. Suç teşkil eden bir fiil, Yargıtay'ın söz konusu uygulaması ile cezalandırılamamaktadır. Kanunilik ilkesi gereğince bir fiili suç olarak düzenlemek veya suç olmaktan çıkarmak ancak kanunla gerçekleşebilir. Kanaatimizce olması gereken hukuk bağlamında Yargıtay'ın, düzenleyeni tarafından cirosu yasaklanan senetlerde bu yasağın kapsamını tartışması ve gerekçeli olarak bir sonuca ulaşması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, 14. Baskı.

Atalay, Ayşe Özge, "Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü Ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, S:2, Y:2020, ss, 653-732.

Aydın, Firuze, Kambiyo Senetlerinde Temlik Cirosu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2020.

Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 1*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Balcı, Umut, Türk Hukukunda Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Bayraktar, Köksal/Yıldız, Kemal/Aksoy, Retornaz Eylem/Akyürek, Güçlü/Sonay Evik, Vesie/Evik, Ali Hakan/Kangal, Zeynel T./Memiş Kartal, Pınar/Sınar, Hasan/Altunç, Sinan/ Aytekin İnceoğlu, Asuman/Bostancı Bozbayındır, Gülşah/Erman, Barış, *Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Bilgili, Fatih, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoda "Ciro Edilemez" Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:21, S:78, Y:2008, ss. 29-36.

Bilgili, Fatih, Demirkapı Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018, 9. Baskı.

Bozkurt, Tamer, *Kıymetli Evrak Hukuku,* On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Centel, Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, 4. Bası.

Çakır, Kerim, "Uzlaştırmanın Kapsamı Ve Şartları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:1, Y:2018, ss. 446-452.

Çınar, Çağatay, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Çolak, Haluk/Altun, Uğurtan, "Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar Ve İnfaz Rejimleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:19, S:67, Y:2006, ss. 163-229.

Coşkun, Mahmut, *Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 6. Baskı.

Doğan, Özgür, "Tüketici Senetleri", Ankara Barosu Dergisi, C:76, S:2, Y:2018, ss. 111-141.

Dönmezer, Sulhi, *Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, 12. Baskı.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Cilt II*, Der Yayınları, İstanbul, 2019, 14. Baskı.

Durgut, Ramazan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Açık Ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Ders Notu, Http://Auzefkitap.İstanbul.Edu.Tr/Kitap/Hukukburo_Ao/K%C4%B1ymetlievrakhukuku.Pdf Erişim Tarihi: 2.3.2021.

Ekici Şahin, Meral/Yemenici, Kürşat, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, Y:2018, ss. 445-507.

Elmalıca, Hasan, *Öğretide ve Uygulamada Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku – Cilt: I (Özel Hükümler),* Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, 3. Baskı.

Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, 5. Baskı.

Eriş, Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre: Kıymetli Evrak: Poliçe - Bono - Çek - Makbuz Senedi – Varant*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 2. Baskı.

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Pamuk, Gülfem/İçer, Zafer/Çakır, Kerim/Öztürk, Nurten/Apiş, Özge/Ünal, Ertuğrul/Gültekin Diken, Nil Melek/Yılmaz, Zahit/Erdin, Selim/Şenerdoğan, Büşra, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Hacıömeroğlu, Abdülhamid Oğuzhan, Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım - I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları – Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)*, (Ed. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

İçer, Zafer, Güveni Kötüye Kullanma Suçu (M. 155), Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Kayar, İsmail, *Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık,* Ankara, 2018, 5. Baskı.

Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, 4. Bası.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 4. Baskı.

Meraklı, Serkan, "Güveni Kötüye Kullanma Suçu (Tck M. 155)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, Özel Sayı, Y:2010, Ss. 1657-1713.

Odyakmaz, Nevzat/Demiralp, Tunç, *Uygulamalı-Örnekli Hukuk Rehberi*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, 2. Baskı.

Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu – Cilt 3*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, 3. Baskı.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2018, 22. Baskı.

Pulaşlı, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 7. Baskı.

Sarsıkoğlu, Şenel, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Soykan, İsmail Cem, "Kambiyo Senedinin Cirosunun Düzenleyen Tarafından Yasaklanması", İstanbul Hukuk Mecmuası, C:77, S:1, Y:2019, ss. 241-265.

Sümer, Reha, "Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:21, S: 75, Y:2008, ss. 109-137.

Şimşek, Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:23, S:91, Y:2010, ss. 181-228.

Taş, Burak, *Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu (TCK M. 156)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, R. Murat, *Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 15. Baskı.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsun, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2019, 11. Baskı.

Yerdelen, Erdal, *Cezanın Belirlenmesi (Türk Ve Alman Uygulaması)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Yerdelen, Erdal, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları Ve İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Yılmaz, Zahit/Apiş, Özge, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:26, S:1, Y:2020, ss. 62-106.

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75),* Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, 7. Bası.

https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/

TAM YARGI DAVALARINDA ZARARIN HESAPLANMASINA İLİŞKİN İLKELER

Principles Relating to the Calculation of Damages in Full Remedy Actions

Nazım Taha KOÇAK*

Özet: İdari yargıya özgü bir dava olan tam yargı davalarında idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğunun varlığının tespiti sonrasında idari yargı mercilerince uyuşmazlığın çözümü için davacı tarafın herhangi bir zararının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve şayet zarar söz konusu ise davacı tarafın uğradığı zararın belirlenerek bunun davalı tarafça davacı tarafa ödenmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Davacı tarafın uğradığı zararın belirlenmesi meselesi mala verilen zararlar açısından görece kolay bir yargısal faaliyettir. Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm nedeniyle açılan tam yargı davalarında ise zararın belirlenmesi meselesi mala verilen zararların tespiti kadar kolay bir iş değildir.

Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm nedeniyle açılan tam yargı davalarında mutlak anlamda gerçek zararın tespiti mümkün değildir. Bu tür davalarda idari yargı mercileri tıpkı adli yargı mercileri gibi bazı varsayımları kabul ederek gerçeğe en yakın maddi zararı tespit ederler. Bu tespit işlemi esnasında gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda kabul görmüş bazı verilerden ve istatistiklerden yararlanılır.

Çalışmada, gerçeğe en yakın maddi zararın tespiti gayesiyle Danıştayın ortaya koyduğu tazmin ilkeleri ortaya konulmuştur. Bu ilkeler ortaya konulmadan önce idarenin sorumluluğu kavramı üzerinde durulmuştur. Çalışmanın sonunda ise Danıştayın manevi tazminata ilişkin geliştirdiği ilke ve esaslara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargı, Tam Yargı, Zarar, Tazmin İlkeleri, İdari Eylem, Tazminat.

Abstract: In full remedy actions, which are specific to administrative justice, it is necessary for the resolution of the dispute, and upon the determination of faulty or non-faulty liability of the administration, that the administrative jurisdiction authorities determine if the plaintiff has been damaged and, in the affirmative, to determine the amount of damages sustained by the plaintiff, which the defendant shall followingly be ordered to pay to the plaintiff.

The determination of damages sustained by the plaintiff is rather a straightforward operation for damages to property. By contrast, in full remedy actions initiated due to personal injury or death, the determination of damages is not as straightforward an enterprise.

It is impossible to determine the absolutely exact amount of damages sustained due to personal injury or death. In such actions, administrative jurisdiction instances hold certain assumptions and determine the most accurate amount of damages possible, in a manner similar to the practice of civil jurisdiction authorities. In this exercise, nationally and internationally accepted data and statistics are being used.

In this work, the principles laid down by the Council of State for the purposes of determining the most accurate amount of damages possible have been explained. Before explaining these principles, the concept of the administrative liability has been addressed. Finally, the principles elaborated by the Council of State relating to non-pecuniary damages have been addressed.

Key Words: Administrative Justice, Full Remedy, Damages, Indemnity Principles, Administrative Action, Compensation.

* Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi Başkanı, tahakocak@gmail.com Orcid No:0000-0003-1175-1777)

Makale Geliş Tarihi: 17.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 20.10.2021

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun[1] "*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları; idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, idari dava türleri olarak sayılmıştır.

Buna göre, idari yargının görev alanı; kamu gücü kullanılarak tesis edilen, idarenin yönetim hukukuna dayanarak hukuki sonuç doğurmaya yönelik tek yanlı irade açıklamaları[2] olarak tanımlanan idari işlemler; idarenin işlevi sırasında hukuki sonuç doğuran davranış, hareket ve faaliyetleri[3] olarak tanımlanan idari eylemler ve taraflardan en az birisinin kamu tüzel kişisi olduğu, konusu kamu hizmetine ilişkin olan ve özel hukuku aşan koşullar içeren[4] idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davaların görüm ve çözümüyle sınırlıdır.

İptal davası, idarî işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırılığı halinde işlemi ortadan kaldırarak idarenin hukuka aykırı kararlar almasını önleyerek hukuk düzenini korumayı amaçlar.[5] Tam yargı davaları ise, ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan her türlü ihlâlin giderilmesini amaçlar. Bu niteliğinden dolayı özel hukuktaki eda davalarına benzemektedir. Tam yargı davalarında, idari yargı yeri uyuşmazlığa yol açan eylem, işlem veya sözleşmeyi maddi bir olay şeklinde ele alınır ve bu olayın ilgilinin subjektif hukuki durumuyla ilişkisini saptadıktan sonra, ihlâlin giderilmesine karar verilir.[6]

---

1 Bundan sonra "İYUK" olarak anılacaktır.

2 Gözler, Kemal (2003-1), *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 509.

3 Yenice, Kazım / Esin, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 12.

4 Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Kaman, Nur/ Özdemir, H. Eyüp/ Üstün, Gül/ Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, Güncellenmiş 5. Baskı, s. 463 - 464.

5 Gökalp, Ali Sıtkı, "*İdarî Dava Türleri*", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 443.

6 Yenice / Esin, 1983, s. 72.

Başka bir ifade ile, iptal davası ile idarî işlemlerin hukuka uygunluğunu temin edilmekte iken, tam yargı davası ile hakları muhtel olanların ihlâl edilmiş haklarının tazmin ve telâfisi sağlanır.[7]

Onar, tam yargı davasının niteliğini şu şekilde ortaya koymuştur:

"Tam kaza dâvaları; hukukun malûm ve klâsik dâvalarıdır. Bunlar idarî bir faaliyetin ferdin sübjektif hakları sahasında in'ikâsından ve bir zarar husule getirmesinden, bir hakkı ihlâl etmesinden, doğan dâvalardır. Binaenaleyh bunlar bir ferdin diğerinin hakkını ihlâl etmesinden doğan ve eskiden beri malûm olan dâvaların aynıdır ve bu dâvalarda hâkim maddî hâdiseler de dahil olduğu halde ihtilâfın bütün unsurlarını ve safhalarını tetkik eder ve bir hakkın ihlâl edildiğini tesbit edince, yukarıda söylediğimiz esaslar dairesinde, ihlâl edilen hakkın tazmin ve telâfisine karar verir. Binaenaleyh fertler arasındaki bir ihtilâfta adliye hâkiminin rolü ne ise bu nevi dâvalarda da idare hâkimi ayni şeyi yapar. ...görüldüğü gibi bu sahada tazmin sebepleri daha çok ve hâkimin takdir salâhiyeti daha geniştir. "[8]

Görüldüğü üzere, iptal davasında yargı yetkisi, bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığının tespiti ve şayet dava konusu idari işlem hukuka aykırı ise iptal edilmesi ile sınırlı tutulmasına karşın, tam yargı davasındaki idari yargı merciinin yetkisi kısıtlanmamıştır. Daha açık ifade ile tam yargı davalarında idari yargı mercii, verdiği karar ile davalı konumundaki idareye neyi yapması gerektiğini de söyleme yetkisine sahiptir.

Mahkemelerden talep edilen hukuki korumanın niteliğine göre özel hukukta davalar üçe ayrılır. Bunlar, 1) Eda davaları, 2) Tespit davaları, 3) İnşai davalarıdır.[9] Eda davası, davacı tarafından, davalının bir şey yapmaya, vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkum edilmesini istediği dava türüdür.[10] İdare hukukuna özgü tam yargı davaları da eda davası niteliğinde davalardır.

İdari yargının kendine has kuralları olmasına karşın özellikle zararın tespiti noktasında dayandığı veriler ve kararın kurulması noktasında kullandığı argümanlar dikkate alındığında idari yargıdaki tam yargı davaları ile adli yargıdaki klasik tazminat davaları arasında bir fark olmadığı söylenebilir.

---

7 Başpınar, Recep, "*Tam Yargı Davaları*", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 486.

8 Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, , İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, 3. Bası, s.1769-1770.

9 Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, Genişletilmiş 14. Baskı, s.324.

10 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 10. Bası, s.188-190.

Buraya kadar, idari işlem ve eylem kavramları ile iptal davaları ve bilhassa tam yargı davalarının mahiyetine değinilmiş olup, bundan sonra kısaca idarenin sorumluluğu kavramı üzerinde durulduktan sonra, idari yargı hâkiminin iptal davasına nazaran yetkisinin daha geniş olduğu tam yargı davalarında özellikle ilgilinin hakkının telafisi ve tazmini noktasında idari yargı hakimine tanınan bu yetkinin kullanılmasına ilişkin standartların neler olduğu ve bu kapsamda idari yargı pratiği ile gelişen tazmin ilkeleri ortaya konulacaktır.

Tazmin ilkeleri, daha çok bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm nedeniyle oluşan zararların hesaplanması aşamasında gündeme gelmektedir. Bu nedenle çalışmada malvarlığına ilişkin zararlara değinilmemiştir. Çalışmanın son kısmında ise manevi tazminata ilişkin olarak yargı kararları ile geliştirilen ilkeler üzerinde durulmuştur.

I. İDARENİN SORUMLULUĞU

Hukukta sorumluluk, bir şahsın hukuka aykırı fiilinin başkası hakkındaki zararlı neticesinden hesap vermeye mecbur olmasıdır. Bu mecburiyetin müeyyidesine göre, sorumluluk ya cezaî olur; ya da malî olur.[11]

İdarenin hukuki sorumluluğuna ilişkin kural, Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında öngörülmüştür. Anılan düzenlemede idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kamu idareleri, hukuka aykırı işlem veya eylemlerden dolayı kişilerin uğrayacakları zararları, anılan anayasa kuralı uyarınca tazmin etmek zorundadırlar.

Danıştay, idarenin hukuki sorumluluğunu şu şekilde tanımlamış ve söz konusu sorumluluğun kapsamını belirlemiştir: "*İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır*."[12]

İdarenin iki türlü sorumluluğu vardır. Bunlardan ilki kusurlu sorumluluk, ikincisi ise kusursuz sorumluluktur. İdarenin sorumluluğu

[11] Başgil, Ali Fuat, "*Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi*", (04.03.1939 tarihli Konferans Metni), Adliye Ceridesi (Adalet Dergisi), 6. sayı, Ankara, 1940, s. 583.

[12] Danıştay 13. Dairenin 24/06/2021 günlü ve E: 2015/3638, K: 2021/2483 sayılı kararı.

kural olarak kusuruna dayanır ancak istisnai hallerde idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelir.[13]

A. KUSURLU SORUMLULUK

İdarenin kusura dayanan sorumluluğuna "*hizmet kusuru*" denir.[14] İdari hizmetin kuruluşundan veya işleyişinden kaynaklanan nesnel nitelikteki bir aksaklık ve bozukluk olarak[15] tanımlanan hizmet kusuru, idarenin sorumluluğunu doğurur. Hizmet kusuru; örgütlenmenin yetersiz ve hatalı olmasından kaynaklanacağı gibi personelin çalışma tarzından da kaynaklanabilir.[16]

İdarenin mali sorumluluğuna yol açan hizmet kusuru; idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade eder.[17]

Yayla; "*...İdarenin, yürürlükteki yasalara ve hukuk kurallarına aykırı işlem yapması ve bunu uygulaması bir kusurdur...*"[18] derken; "*İdarenin eylemleri...hukuka uygun olsa da, aykırı olsa da kusurlu olabilirler.*"[19] diyerek, idarenin sorumluluğu açısından idari işlemler ile eylemler arasındaki farka işaret etmiştir.

Hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmektedir. Bu kapsamda, idarelerin kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemesini sağlayacak organizasyonları yaparak yeterli araç ve gereçle donatılmış bina, tesis ve araçlarla hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek yükümlülüğü bulunmaktadır.[20]

Danıştay, hizmet kusurunu, "*özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusur*" olarak nitelendirmekte ve hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğun, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturduğunu belirtmektedir.[21]

---

13 Gözler, Kemal, 2003-2*, İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 974.

14 Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 456.

15 Gözübüyük 2003, s. 285.

16 Yenice - Esin 1983, s. 85.

17 Danıştay 8. Dairenin 16/10/2019 günlü ve E: 2015/4759, K: 2019/8715 sayılı kararı.

18 Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.465.

19 Gözler, 2003-2, s. 979.

20 Danıştay 10. Dairenin 03/07/2019 günlü ve E: 2019/1157, K: 2019/5280 sayılı kararı.

21 Danıştay 10. Dairenin 23/12/2020 günlü ve E: 2019/6553, K: 2020/6841sayılı kararı.

Kusur sorumluluğunun unsurları; fiil, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır.[22]

Buna göre idarenin hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için ortada bir zarar bulunmalıdır ve bu zarar idarenin işleminden veya eyleminden kaynaklanmalıdır.[23]

B- KUSURSUZ SORUMLULUK

İdarenin sorumluluğu sadece kusurlu sorumluluk esasına dayanmaz aynı zamanda idarenin herhangi bir kusuru olmaksızın meydana gelen bazı zararlardan da sorumlu olacağı, başka bir ifade ile idarenin hizmet açısından kusuru olmasa dahi bireylerin gördüğü zararların kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edileceği kabul edilmektedir.[24]

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin olaya uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

"Risk ilkesi" ve “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi" olmak üzere iki ilkeye dayanan kusursuz sorumluluk, idarenin hukuka uygun işlem ve eylemlerinden doğan zararları bazı hallerde tazmin etmesini gerektiren sorumluluk türüdür.[25] Risk ilkesi olarak da adlandırılan tehlike ilkesinde, zarar idarenin tehlikeli bir faaliyetinden ya da araç gereçlerinden kaynaklanmakta, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde ise hizmetten yararlanan bazı kişilerin diğer hizmetten yararlananlara göre olağan dışı ve özel nitelikte zarara uğraması halinde idarenin tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.[26]

Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk hâlleri kanunda sayılan belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlı tutulmuşken, idari yargıda içtihatlarla geliştirilen kusursuz sorumluluk ilkeleri ile kişilerin

---

[22] Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, 6. Bası, s. 480.

[23] Yenice – Esin, 1983, s. 84.

[24] Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, *5*. Bası, s. 759.

[25] Gözler, 2003-2, s. 1071.

[26] Şaşmaz, Aysema Pelin, “*İdarenin Sorumluluğu Ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış*”, JEBPIR Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 2016, s.222.

idare karşısında korunma kapsamı özel hukuka nazaran daha geniş tutulmuştur.[27]

II. BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ VE ÖLÜM NEDENİYLE AÇILAN TAM YARGI DAVALARINDA MADDİ ZARARIN HESAPLANMASINA İLİŞKİN İLKELER

Beden bütünlüğünün ihlali ve ölüm nedeniyle açılan tam yargı davalarında, idarenin gerek hizmet kusuru gerekse de kusursuz sorumluluğu belirlendikten sonra yargı makamları tarafından yapılacak iş, uğranılan gerçek zararın tespitidir. İdari yargıda görülmekte olan bir tazminat davasına konu zararın hesaplanma yöntemi ve ilkelerini gösteren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[28] 55. maddesi[29] hariç herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, idarenin sorumluluk sebeplerine ilişkin ilkeler yargısal içtihatlarla geliştirilmiştir.[30]

İdare hukukunun özel hukuktan ayrı bir hukuk branşı olarak ortaya çıkması sonrası, Devletin sorumluluğu, esas olarak hukukun bütün şubelerine müşterek olan esaslara dayanmakla birlikte, teferruat bakımından özel hukuk kaidelerinden kesin surette ayrı bir takım hükümlerle düzenlenmiş bulunan bir kamu hukuku müessesesi hüvviyetini kazanmıştır.[31] Ancak idari işlem veya eylemden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında tazminat hukukunun genel kurallarından yararlanılmaktadır.[32]

TBK'nın 53. maddesinde, *ölüm hâlinde uğranılan zararlar* şu şekilde belirlenmiştir:

"-Cenaze giderleri.

---

27 Koçak, Nazım Taha, *Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 29.

28 Bundan sonra, "TBK" olarak anılacaktır.

29 Anılan maddenin birinci fıkrasında, "*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.*" hükmü yer almaktadır.

30 Yılmaz, Erkan, "Danıştay Kararları Işığında, Zararın Hesaplanmasına İlişkin Yöntemler Ve İlkeler*"*, 150. Yıl Anısına Danıştay, Ankara, 2019, s.704.

31 Zanobını, Guıdo, *İdare Hukuku, Umumiyet İtibarile İdari Nizam*, 1.Cilt, (Çev.: Atıf Akgüç – Sahir Erman), M. Sadık Kâğıtçı Matbaası – İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 270, Hukuk Fakültesi No. 66, İstanbul, 1945, s. 294.

32 TBK'nın 55. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

-Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

-Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

TBK'nın 54. maddesinde de, *bedensel zararlar* şu şekilde sıralanmıştır:

"-Tedavi giderleri.

-Kazanç kaybı.

-Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

-Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar."

Bu bölümde destekten yoksun kalma tazminatı ile ilkelere, bakıcı gideri ile ilgili olarak tazminata hükmedilirken dikkate alınması gereken hususlara, tazminata hükmedilirken esas alınacak gelir durumuna ve son olarak da efor (güç) kaybı tazminatındaki ilkelere değinilecektir.

A-DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI İLE İLGİLİ İLKELER

TBK'nın 55. maddesinde; "*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*" hükmü yer almıştır.

İdare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan toplam zarardan oluşur.

Destekten yoksun kalma tazminatı da, ölenin gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması için belirlenen maddi zarar miktarıdır. Bu zarar, eğer destek olan ölmeseydi, destekten yoksun kalanın gelecekte faydalanacağı yardım tespit edilmek suretiyle belirlenir ve zarar verici olay meydana gelmeseydi zarar gören, malvarlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun yeniden kurulması amaçlanır.

Destekten yoksun kalma zararına ilişkin istemlerin yasal dayanağını oluşturan 6098 sayılı TBK'nun 53. maddesi uyarınca, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararının karşılanması gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Destek kavramı, gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi umulan bir bakım ilişkisini gösterir. Destek sayılan kimsenin ya fiilen ilgiliye bir yardımda bulunması, bakması veya ileride böyle bir yardım veya bakım ihtimalinin olması gerekir. İlk durumda eylemli destek, ikinci durumda ise varsayılan (farazi) destek kavramı söz konusudur. Destek olma, para veya parayla ölçülebilecek bir değer olabileceği gibi, hizmet ifası ya da benzeri yardımlar şeklinde de olabilir.

Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararının hesaplanması/hüküm altına alınması aşamasında dikkate alınması gereken önemli meselelere yargı kararları ışığında değinilecektir.

1- Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Belirlenirken Nakdi Tazminat Tutarı Ve Vazife Malullüğü Aylığının Dikkate Alınması Meselesi

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun "5434 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri" başlıklı Geçici 4. maddesi gereğince uygulamasına devam edilen 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 53. maddesinde, en az 10 yıl fiili hizmet süresini tamamlamış iştirakçilere "adi malullük aylığı"; 55. maddesinde, görevin neden ve etkisiyle yaralanan iştirakçilere 53. maddeye göre hesaplanacak adi malüllük aylıklarına, malullük derecelerine göre %15 ila 60 oranında zam yapılmak suretiyle "vazife malullüğü aylığı" bağlanacağı hükmü yer almıştır.

01/10/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun "Vazife Malûllüğü" başlıklı 47. maddesinde ise, vazife malûllüğü aylığı, vazife malûllerinden itibari hizmet süreleri eklenmek suretiyle bulunacak prim ödeme gün sayısı toplamı 10800 güne kadar olanlara 10800 gün üzerinden, 10800 günden fazla olanlara, toplam prim ödeme gün sayıları üzerinden, en son prime esas kazancı esas alınmak suretiyle 29 uncu maddeye göre hesaplanacak aylıklara, malûllük derecelerine göre %2 ila %30 oranında zam yapılmak suretiyle "vazife malullüğü aylığı" bağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alınmasını ifade eder. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır.

Yasa koyucu, görevin neden ve etkisinden dolayı malul olan kamu görevlilerinin şartları taşımaları halinde bağlanacak adi malullük

aylığına, maluliyet derecelerine göre zam yapmak suretiyle zararlarının bir kısmının karşılanmasını amaçlamıştır. Şayet kamu görevlisi terör eylemleri nedeniyle malul olmuş ise, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 21. maddesinde olduğu gibi görevdeki emsalinin almakta olduğu aylık kadar vazife malullüğü aylığı bağlanacağı, bu hükme göre ilgililere fazla olarak yapılan ödemelerin ise, faturası karşılığı Sosyal Güvenlik Kurumunca Hazineden tahsil edileceği kurala bağlanmak suretiyle kamu görevlileri ile dul ve yetimlerinin maddi zararlarının tamamının karşılanmasını amaçlamıştır.

Vazife malullüğü aylığının, adi malullük aylığını aşan, bir başka ifade ile adi malullük aylığına yapılan zamma ilişkin kısmını, vazife malullüğüne sebep olan olay nedeniyle sağlanan yarar olarak kabul edilerek hesaplanan tazminat miktarın düşülmesi hukuka uygun değildir.

Danıştay, kamu görevlilerine, vazife malullüğüne sebep olan olaydan dolayı prim ödemek suretiyle kapsamında bulunulan sosyal güvenlik sisteminin doğal sonucu olarak bağlanan vazife malullüğü aylığının, adi malullük aylığını aşan, bir başka ifade ile adi malullük aylığına yapılan zamma ilişkin kısmını, vazife malullüğüne sebep olan olay nedeniyle sağlanan yarar olarak kabulüne olanak bulunmadığını; bu zammın, kamu görevlileri/hak sahipleri yönünden ifa amacını taşıyan bir ödeme niteliğinde olduğunu, yarar kabul edilip hesaplanan zarardan indirim yapılacak bir kalem olmadığını; aksine bir yaklaşımın, vazife malullüğüne sebep olan olaydan dolayı kamu görevlilerine/hak sahiplerine bağlanan vazife malullüğü aylığının idarenin bir lütfu, kamu görevlileri/hak sahipleri yönünden ise gerçekleşmesi istenilen ve beklenilen bir olay olduğu sonucunu ortaya çıkaracağını ki bu sonucun hayatın olağan akışına uygun olmadığını belirtmektedir.[33]

2- Destekten Yoksun Kalanların Muhtemel Yaşam Sürelerinin Tespitinde Esas Alınacak Yaşam Tablosu

Türkiye'de destekten yoksun kalanların muhtemel yaşam sürelerinin tespitinde üç farklı tablo esas alınmaktadır.

Bunlardan ilki sigorta şirketleri tarafından kullanılan CSO-1980 Amerikan Tablosudur. Bu tablo oluşturulurken devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü esas alınmaktadır.[34]

Bir diğer tabloda, Fransız nüfus verileri/istatistikleri kullanılarak 1931 yılında hazırlanmış bir tablo olan PMF (Population Masculine Et - Feminine) Hayat Tablosudur.

---

[33] Danıştay 10. Dairenin 23/12/2020 günlü ve E: 2016/11951, K: 2020/5394 sayılı kararı.

[34] Çelik, Ahmet, "Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar Ve Yöntem Arayışları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22 / 3 Aralık, 2016, s. 784.

Üçüncü ve son tabloda Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin ortak çalışmalarıyla hazırlanan "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosudur.

Yargıtay Daireleri arasında yaşam tablolarının kullanımı yönünden uygulama birliği bulunmamaktadır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi[35], 4. Hukuk Dairesi[36] *Population Masculine Et – Feminine (PMF 1931) Tablosunun* esas alınmasını gerektiğini belirtirken, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi[37] ise TRH 2010 tablosunun kullanılmasının gerektiğine hükmetmektedir.

Zarar hesabında dikkate alınacak muhtemel bakiye ömür süreleri özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesaba dayandığından, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. İdari yargı yerlerinde zarar hesabı yapılırken 2010 yılına kadar ülkemize özgü verilerek kullanılarak hazırlanmış bir hayat tablosu bulunmaması nedeniyle "PMF (Population Masculine Et - Feminine) Hayat Tablosu" kullanılmaktaydı. PMF 1931 hayat tablosunun Fransız nüfus verileri/istatistikleri kullanılarak 1931 yılında hazırlanmış bir tablo olduğu dikkate alındığında, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosunun, tazminat hesabına esas bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınması maddi gerçeğe daha uygun düşmektedir.[38]

Danıştayın tam yargı davalarına bakmakla görevli Dairelerinden (Kapanan) 15. Daire[39] ve 10. Daire[40] muhtemel bakiye ömür sürelerinin ülkemize özgü olan ve güncel verilere göre hazırlanan TRH 2010 Ulusal Mortalite Tablosuna göre belirlenmesi gerektiğini belirterek, muhtemel bakiye ömür sürelerinin PMF 1931 hayat tablosuna göre belirlenerek hazırlanan bilirkişi raporları esas alınarak verilen kararları hukuka aykırı bularak bozmaktadır.

---

35 01/07/2021 tarihli E: 2021/4346, K:2021/7777 sayılı kararında, *"…Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; TRH 2010 yaşam tablosuna göre zarar miktarı hesaplanmış, mahkemece işbu zarar miktarı esas alınmak suretiyle hüküm kurulmuştur. Oysa, Dairemizin yerleşik içtihatları gereği, Population Masculine Et-Feminine (PMF 1931) tablosu esas alınarak davacının muhtemel yaşam süresinin belirlenmesi ve tazminat hesabı yapılması gerekmektedir…"* şeklindeki gerekçe ile bozma kararı verilmiştir.

36 08/06/2021 tarihli E: 2021/4346, K:2021/7777 sayılı kararında, "*…Dairemizin yerleşik kriterlerine uygun olarak Population Masculine Et – Feminine (PMF 1931) Tablosuna göre bakiye ömür süresinin doğru biçimde belirlenmesi suretiyle hesaplama yapılması konusunda, bilirkişiden rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken; eksik incelemeyle yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir…*" denilerek temyize konu karar bozulmuştur.

37 18/05/2021 tarihli E: 2020/11295, K:2021/6494 sayılı kararında, bakiye ömrün tespitinde "TRH 2010" tablosu esas alınması gerekirken bunun yerine, "PMF 1931" tablosunun esas alınmasının hatalı olduğuna hükmetmiştir.

38 Danıştay 10. Dairenin 03/03/2021 günlü ve E: 2018/4813, K: 2021/828 sayılı kararı.

39 Danıştay 15. Dairenin 05/05/2016 günlü ve E: 2013/4453, K : 2016/3196 sayılı kararı.

40 Danıştay 10. Dairenin 23/09/2019 günlü ve E: 2019/3015, K : 2019/5939 sayılı kararı.

Danıştay kararları tetkik edildiğinde, 2016 yılından[41] itibaren Türk İdari Yargısında muhtemel bakiye ömür sürelerinin TRH 2010 Ulusal Mortalite Tablosuna göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin istikrarlı bir içtihadın oluştuğu görülmektedir.

Tablo-1. TRH – 2010 YAŞAM TABLOSU[42]

Yaş	Erkek	Kadın	Yaş	Erkek	Kadın	Yaş	Erkek	Kadın
0	71,93	78,02	**33**	41,58	46,06	**66**	13,37	15,85
1	72,35	77,66	**34**	40,62	45,08	**67**	12,72	15,08
2	71,42	76,68	**35**	39,67	44,1	**68**	12,08	14,32
3	70,47	75,7	**36**	38,72	43,12	**69**	11,47	13,58
4	69,52	74,72	**37**	37,77	42,15	**70**	10,87	12,87
5	68,57	73,73	**38**	36,81	41,17	**71**	10,29	12,18
6	67,6	72,74	**39**	35,87	40,2	**72**	9,73	11,51
7	66,63	71,75	**40**	34,93	39,23	**73**	9,2	10,85
8	65,66	70,76	**41**	33,99	38,26	**74**	8,68	10,22
9	64,68	69,76	**42**	33,05	37,3	**75**	8,17	9,62
10	63,7	68,77	**43**	32,12	36,34	**76**	7,69	9,05
11	62,72	67,78	**44**	31,19	35,38	**77**	7,24	8,51
12	61,74	66,78	**45**	30,27	34,43	**78**	6,81	8

[41] UYAP Karar Arama Ekranında yapılan inceleme sonucu, muhtemel bakiye ömrün hesabında, PMF 1931 hayat tablosu yerine TRH 2010 Ulusal Mortalite Tablosunun esas alınması gerektiğine ilişkin ilk kararın Danıştay 15. Dairenin 24/03/2016 günlü ve E: 2015/9336, K : 2016/2014 sayılı kararı olduğu tespit edilmiştir.

[42] http://www.aktuerya.hacettepe.edu.tr/HayatTablolari/TRH_2010_1507_k_e.pdf (Erişim Tarihi:18/07/2021)

13	60,76	65,79	**46**	29,36	33,48	**79**	6,4	7,5
14	59,78	64,79	**47**	28,46	32,54	**80**	5,99	7,01
15	58,8	63,8	**48**	27,56	31,6	**81**	5,59	6,55
16	57,84	62,81	**49**	26,67	30,67	**82**	5,23	6,12
17	56,87	61,82	**50**	25,79	29,74	**83**	4,9	5,71
18	55,91	60,83	**51**	24,93	28,82	**84**	4,57	5,32
19	54,95	59,84	**52**	24,06	27,9	**85**	4,25	4,93
20	53,99	58,85	**53**	23,21	26,98	**86**	3,93	4,54
21	53,04	57,86	**54**	22,37	26,08	**87**	3,64	4,2
22	52,09	56,88	**55**	21,54	25,18	**88**	3,37	3,88
23	51,14	55,89	**56**	20,74	24,29	**89**	3,12	3,59
24	50,19	54,9	**57**	19,94	23,4	**90**	2,9	3,29
25	49,24	53,92	**58**	19,15	22,52	**91**	2,66	2,97
26	48,28	52,93	**59**	18,38	21,65	**92**	2,39	2,64
27	47,33	51,95	**60**	17,62	20,79	**93**	2,1	2,32
28	46,37	50,97	**61**	16,88	19,94	**94**	1,8	1,99
29	45,41	49,98	**62**	16,14	19,09	**95**	1,55	1,67
30	44,45	49	**63**	15,42	18,26	**96**	1,4	1,36
31	43,5	48,02	**64**	14,72	17,43	**97**	1,23	1,05
32	42,54	47,04	**65**	14,04	16,63	**98**	0,9	0,75
99	0,5	0,5						

3- Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hesabında Yetiştirme Gideri Meselesi

Her anne ve babanın çocuğunu belli bir yaşa kadar büyütmek, yetiştirmek ödevi olduğundan, çocuğun ölümü halinde artık yapılması gerekmeyecek yetiştirme giderlerinin hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesi gerektiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak sadece gelir getirici faaliyette bulunan ebeveyne ilişkin olarak yapılacak hesapta yetiştirme gideri tutarında bir indirim yapılması gerekmesine karşın, gelir getirici herhangi bir faaliyette bulunmayan ebeveyne ilişkin olarak yapılacak hesapta yetiştirme gideri tutarında bir indirim yapılması ise yersizdir.[43]

Danıştay, temyizen incelediği bir uyuşmazlıkta, davacı annenin gelir getirici bir işte çalışmadığı göz önünde bulundurulmayıp, davacı anneye ödenecek tazminat miktarından %10 oranında yetiştirme gideri indirimi yapılmasının doğru olmadığını, yalnızca baba yönünden hesaplanacak tazminattan %10 oranında yetiştirme giderinin indirilmesi yerinde olacağını ifade etmiştir.[44]

4- Destek Gören Eşin Yeniden Evlenme İhtimali

Destek gören eşe ödenecek tazminatı belirlenirken destek gören eşin yeniden evlenme ihtimali dikkate alınmalıdır. Uygulamada, yeniden evlenme ihtimali Moser tablosu veya Askeri Yüksek İdare Mahkemesi[45] tablosu kullanılarak hesaplanmaktadır.[46] Bir de bu tablolara ilaveten Stauffer/Schaetzle evlenme olasılık tablosu vardır.

Tablo- 2 YENİDEN EVLENME OLASILIK TABLOLARI

Moser tablosu :

20 yaşındaki dul kadın için	%72
25 yaşındaki dul kadın için	%48
30 yaşındaki dul kadın için	%28
35 yaşındaki dul kadın için	%17
40 yaşındaki dul kadın için	% 9

43 Danıştay 10. Dairenin 06/01/2021 günlü ve E: 2019/953, K: 2021/12 sayılı kararı.

44 Danıştay 10. Dairenin 05/06/2018 günlü ve E: 2017/3023, K: 2018/2031 sayılı kararı.

45 Bundan sonra "AYİM" olarak anılacaktır.

46 Oğuz, Fuat/ Benli, Erman, "Hayatımız Kaç Para Eder?", Ankara Barosu Dergisi, S. 2018/1, 2018 s. 47.

Stauffer/Schaetzle tablosu :

18 yaşındaki dul kadın için	%75
20 yaşındaki dul kadın için	%70
25 yaşındaki dul kadın için	%40
30 yaşındaki dul kadın için	%26
35 yaşındaki dul kadın için	%15
40 yaşındaki dul kadın için	% 9
45 yaşındaki dul kadın için	% 7
50 yaşındaki dul kadın için	% 4
55 yaşındaki dul kadın için	% 3

AYİM (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) tablosu :

17-20 yaş arası	dul kadın için	%52	dul erkek için	%90
21-25 yaş arası	dul kadın için	%40	dul erkek için	%70
26-30 yaş arası	dul kadın için	%27	dul erkek için	%48
31-35 yaş arası	dul kadın için	%17	dul erkek için	%30
36-40 yaş arası	dul kadın için	% 9	dul erkek için	%15
41-50 yaş arası	dul kadın için	% 2	dul erkek için	% 4
51-55 yaş arası	dul kadın için	% 1	dul erkek için	% 2

Yukarıdaki yüzdeler, çocuksuz eşler için olup, AYİM uygulamasında 18 yaşından küçük her çocuk için %5 indirim yapılmaktadır.

İsviçre Federal Sigortalar Bürosu tarafından düzenletilen Hans Moser ve Stauffer/Schaetzle evlenme olasılık tabloları yalnızca kadınlar için düzenlenmiş olduğundan, uygulamada bilirkişiler tarafından Devlet İstatistik Enstitüsü'nün (Şu anki adıyla Türkiye İstatistik Kurumu'nun) erkeklerin kadınlara oranla %77,13 daha fazla evlenme şansları bulunduğuna ilişkin 1997 yılında yaptırdığı araştırma sonuçlarından yararlanarak, bu oranı kadınlar için düzenlenen tablolara uygulanarak dul erkeğin yeniden evlenme şansı belirlenmektedir.[47]

Yukarıda da belirtildiği üzere uygulamada, dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok hazır tablolardan

[47] Çelik, 2016, s. 797.

yararlanılmaktadır. En sık başvurulan İsviçreli Hans Moser'in tablosu ile AYİM tarafından kullanılan tablodur. Moser'in tablosu 1940'dan önceye ait olduğundan günümüz koşullarına uygun değildir. İsviçre kaynaklı Stauffer/Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de, bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır.[48] Bu nedenle AYİM tarafından hazırlanan ve kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına daha çok uyumlu olduğu değerlendirilmektedir.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, dul eşin yeniden evlenme olasılığı saptanırken, olay tarihindeki yaşına göre değil, rapor tarihindeki ve hüküm tarihine en yakın tarihteki yaşına göre evlenme şansını belirlemek gerekmektedir. Çünkü:

- Tazminat hesabında, rapor (hüküm) tarihindeki en son veriler dikkate alınır.

- Gerçek belli iken varsayımlara göre değerlendirme yapılamaz.

Destekten yoksun kalma tazminatında bilinmeyen dönem için farazi bazı kriterlere göre hesaplama yapılmakta ise de, dul eşin hesap tarihi itibari ile evlenip evlenmediği belirlenebilir bir veridir.[49]

Yukarıda belirtilen tablolar ancak dul kalan eşin davanın açıldığı ve hatta hüküm kuruluncaya kadar evlenmediği durumlarda dikkate alınacak tablolardır. Hüküm kuruluncaya kadar evlenmiş kişiler için ancak evlenmenin geçekleştiği tarihe kadarki dönem esas alınıp tazminata ilişkin hüküm kurulmalıdır.

Danıştay, dava konusu olay nedeniyle dul kalıp ardından evlenen ve boşanan destek görenin evlenme ihtimalinin %100 oranında gerçekleşmiş sayılacağı ve bu nedenle ikinci evliliğini sonlandırsa dahi olay nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmasının mümkün bulunmadığına hükmetmiştir.[50]

---

[48] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (YHGK) 01/10/2019 günlü ve E: 2017/17-2038, K: 2019/979 sayılı kararı.

[49] YHGK'nin 01/10/2019 günlü ve E: 2017/17-2038, K: 2019/979 sayılı kararı. YHGK'de yapılan görüşmeler sırasında, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında sağ kalan eşin evlenme ihtimalinin bir veri değil de tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirilebileceği, hesaplamada muhtemel yaşam süreleri belirlenirken desteğin ölüm tarihinin esas alındığı, tüm unsurlarda desteğin ölüm tarihi esas alınırken evlenme şansının değerlendirilmesinde rapor tarihinin baz alınmasının bir çelişki olduğu, değerlendirmenin haksız fiilin meydana geldiği ve zararın doğduğu tarih olan ölüm tarihi itibari ile yapılması gerektiği, tazminatın belirlenmesindeki ilkelerin herkese eşit olarak uygulanması gerektiği, olay tarihindeki verilerin dikkate alınmaması durumunda aynı tarihte desteklerini yitiren, aynı konumda olan sağ kalan eşlere raporun alındığı tarihlerin farklı olmasına bağlı olarak başka başka indirimlerin uygulanabileceği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de bu görüş çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir.

[50] Danıştay 10. Dairenin 19/11/2019 günlü ve E: 2019/6142, K: 2019/8168 sayılı kararı.

5- Ebeveynler Tarafından Açılan Tazminat Davalarında Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Belirlenirken Esas Alınacak Oranlar

Anne ve babanın, çocukları kaç tane olursa olsun, maddi durumları ne derecede bulunursa bulunsun, hatta gelecekleri müesseselerce garanti altına alınmış olsa bile, bir gün zarurete düşüp düşmeyecekleri, çocuklarına muhtaç olmayacakları önceden kestirilemeyeceğinden, küçük yaşta ölen çocukları dahi, anne ve babasının farazi desteği olarak kabul edilmelidir.

Yerleşik yargı uygulamalarında da, çocuk yaşasaydı gelirinden anne ve babasına destek olacağı kabul edilmektedir. Sosyal ve kültürel tecrübeler dikkate alındığında, çocuğun ebeveynine desteğinin evleninceye kadarki dönem ile evlendikten sonra ve çocuk sahibi olduktan sonraki dönemlerde farklı şekilde tezahür edeceği açıktır. Daha açık bir ifade ile bekâr bir çocuğun anne ve babasına vereceği destek ile evli ve çocukları olan bir çocuğun anne ve babasına vereceği destek arasında bir fark olacağının kabulü gerekmektedir.

Danıştay tarafından da, bu toplumsal gerçeklikten hareketle, çocuğun evli olup olmadığı, evli ise çocuğunun olup olmadığı ve çocuğu var ise kaç çocuğu olduğu gözetilerek belli bir oran dâhilinde çocuğun ebeveynine destek payının belirlenmesi cihetine gidilmektedir.

Danıştay pratiğinde, çocuğunun ebeveynine destek payı şu şekilde belirlenmiştir:

Evleninceye kadar %25,

Evlendikten sonra %16,

İlk çocuk olduktan sonra %14,

İkinci çocuk olduktan sonra %12,5.

Bu oranlar dikkate alınmadan yapılan hesap bilirkişisi raporları esas alınarak verilen kararlar hukuka aykırı kabul edilmektedir.[51]

6- Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Gerçekleşmiş Ve Gerçekleşecek Zarar İle Aktif Ve Pasif Dönem Zarar Hesabı

Destekten yoksun kalma tazminatında, olay tarihi ile tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin bilirkişi raporunun düzenlendiği tarih arası döneme ilişkin hesap edilen zarara "*gerçekleşmiş (işlemiş) zarar*", bilirkişi raporunun düzenlendiği tarihten sonraki döneme ilişkin zarara da "*gerçekleşecek (işleyecek) zarar*"; desteğin yasal emeklilik yaşını dolduracağı tarihe kadar olan döneme ilişkin zarar "*aktif dönem zararı*" desteğin yasal emeklilik yaşını tamamladığı tarih ile muhtemel

[51] Danıştay 10. Dairenin 23/09/2019 günlü ve E: 2019/3015, K: 2019/5939 sayılı kararı.

ömrünün sonuna kadar olan döneme ilişkin zarar "*pasif dönem zararı*" olarak adlandırılmaktadır.[52]

Danıştay destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesine ilişkin bilirkişi incelemesinde aktif dönemde işlemiş dönem zararı, aktif dönemde işleyecek dönem zararı ve pasif dönemdeki zararı ile ilgili olarak dikkate alınması gerekli olan standartları şu şekilde ortaya koymuştur:[53]

"Aktif dönemde işlemiş dönem zararı, bilirkişi raporunun düzenleneceği tarih itibarıyla davacının emsali uzman çavuşun almakta olduğu görev aylıklarının aylar itibarıyla dökümünün davalı idareden, davacının almakta olduğu vazife malüllüğü aylıklarının aylar itibarıyla dökümünün ise Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan istenilerek, gelen cevaplara göre görev aylığı ile vazife malüllüğü aylığı karşılaştırılarak aradaki farkın, davacının aktif dönemde işlemiş zararı olduğu kabul edilmelidir.

Aktif dönemde işleyecek dönem zararı, bilirkişi raporunun düzenleneceği tarihten, davacının yasal emeklilik yaşını tamamladığı/tamamlayacağı tarih arasını kapsayan bu dönemde, davacının emsalinin almış olduğu görev aylıkları ile bu dönem içerisinde de almaya devam edeceği vazife malüllüğü aylıkları dikkate alınmak suretiyle, işlemiş dönem zararının hesaplanmasındaki yöntemle (görev aylığı ile vazife malüllüğü aylığı arasındaki fark zarar olarak kabul edilmek suretiyle) hesaplanmalıdır. İşlemiş dönem zararından farklı olarak, bu dönemdeki zararın hesabında, her iki aylıkta meydana gelen artışlar ile zararın peşin sermaye değerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Davacının yasal emeklilik yaşını tamamladığı tarih ile TRH 2010 Ulusal Mortalite Tablosuna göre muhtemel ömrünün sonuna kadar olan pasif dönemdeki zararı ise, bilirkişi raporunun düzenlendiği tarih itibarıyla davacı yasal emekli olma koşullarına sahip olsaydı bağlanabilecek emekli aylığının tutarı Sosyal Güvenlik Kurumu'na sorularak gelen cevaba göre, emekli aylığı ile bu dönemde de almaya devam edeceği vazife malüllüğü aylığı arasında aylar itibarıyla oluşan farkın peşin sermaye değeri kadar olmaktadır.

Yapılacak hesaplamada, 5434 sayılı Kanunun ek 79. maddesi kapsamında yapılan tütün ikramiyesi ödemesinin, davacıya ne kadar süreyle ödenmeye devam edileceğinin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığından sorularak tespit edilmesi sonrasında, bu madde kapsamında yapılan ödemelerin yarar kabul edilip, yeniden düzenlenecek rapor tarihindeki yasal faize göre güncel değerinin bulunarak yukarıda aktarılan şekilde hesaplanan maddi zarar tutarından indirilmesi gerekmektedir."

Aktif dönemde işlemiş dönem zararının hesabında zarar gerçekleşmiş olduğundan peşin değer hesabı yapılmamakta, aktif dönemde işleyecek dönem zararı ve pasif dönem zararı hesabında ise

[52] Çelik, 2016, s. 794-796.

[53] Danıştay 10. Dairenin 28/12/2020 günlü ve E: 2020/4312, K: 2020/6965 sayılı kararı.

zarar fiilen gerçekleşmemiş olduğundan (bir başka ifade ile zarar gerçekleşmeden tazminata hükmedildiğinden hareketle) yıl sayısının karşılığı iskonto katsayısı uygulanarak tazminatın peşin değeri belirlenmektedir. Peşin sermaye değeri, her yıl %10 artırılmak ve %10 iskontoya tabi tutulmak suretiyle 1/kn formülü uygulanarak bulunmalıdır.[54]

Danıştay desteğin 18 yaşından küçük olması halinde maddi zararın, küçüğün çalışma hayatına katılacağı 18 yaşını doldurduğu tarihten itibaren muhtemel bakiye ömrünün sonuna kadar olan dönemle sınırlı olarak hesaplama yapılarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.[55]

Destekten yoksun kalma tazminatının hesabında, nakdi tazminat miktarının ödeme tarihindeki değil rapor tarihindeki güncel değerinin yasal faiz işletilerek hesaplanmak suretiyle düşülmesi gerekir.[56]

Destek gören, destekten sonra ölmüş ise, desteğin ölüm tarihi ile destek görenin ölüm tarihi arasındaki dönemle sınırlı olmak üzere zarar hesaplanmalıdır.[57]

Destek gören kız çocuğu evlenmiş ise, desteğin ölüm tarihi ile evlenme tarihine kadar olan dönemle sınırlı olmak üzere[58] destekten yoksun kalma zararına hükmedilmelidir.[59]

Küçük çocukların destekten yararlanacakları süre hesaplanırken, içinde bulundukları ekonomik ve sosyal koşullara göre yükseköğrenim görüp görmeyecekleri belirlenmeli; düzenli bir gelire sahip ailelerin bu kapsamda kamu görevlilerinin öğrenime devam eden çocuklarının kız/erkek ayrımı yapılmaksızın yükseköğrenim göreceği, dolayısıyla çocukların 25 yaşını doldurduğu tarihe kadar destekten yoksun kaldıkları kabul edilmelidir.[60]

Danıştay, genel sağlık sigortalısının yüksek öğrenim gören çocuklarının, 25 yaşını doldurduğu tarihe kadar genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişiler kapsamında olduğu gözetilerek, destek zararının bu yaşa göre hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir.[61]

---

54 Danıştay 10. Dairenin 05/12/2019 günlü ve E: 2016/13167, K: 2019/9403 sayılı kararı.

55 Danıştay 10. Dairenin 12/04/2021 günlü ve E: 2019/6921, K: 2021/1741 sayılı kararı.

56 Danıştay 10. Dairenin 23/09/2019 günlü ve E: 2019/3015, K: 2019/5939 sayılı kararı.

57 Danıştay 10. Dairenin 16/10/2017 günlü ve E: 2017/2511, K: 2017/4114 sayılı kararı.

58 Danıştay 10. Dairenin 17.10.2017 günlü ve E: 2017/1407, K: 2017/4179 sayılı kararı.

59 Yılmaz, 2019, s. 736 737.

60 Yılmaz, 2019, s. 738.

61 Danıştay 10. Dairenin 03/04/2014 günlü ve E: 2013/3712, K: 2014/2102 sayılı kararı.

B- BAKICI GİDERİNİN HESABI

İdarenin eylemi sonucu ağır engelli konuma gelen ve başkasının desteği olmaksızın günlük yaşam aktivitelerini yerine getiremeyecek olanların bakımının üstlenilmesi nedeniyle açılan davalarda, muhtemel yaşam süresi dikkate alınarak yapılan hesaplamalara dayalı olarak belirlenen toplu tazminat miktarlarının idarelerce ilgililere ödenmesine karar verilmektedir.

Tazminatın toplu olarak ödenmesine karar verilen bu durumlarda, bakıma muhtaç kişinin hesaplanan muhtemel yaşam süresinden daha erken bir tarihte vefatı halinde, idare aleyhine bir sebepsiz zenginleşme ortaya çıkabilmekte ve ödenen tazminatlar geri istenebilmektedir.

Bu türden bir soruna neden olmamak için, bakıcı giderine ilişkin maddi tazminat hesabının yerleşik içtihatlar[62] gereği aşağıda belirtilen ilkelere göre yapılması gerekmektedir. Buna göre;

- Bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın hayatta olduğunun belgelendirildiği sürece bakıcı giderlerinin ödenmesine karar verilmesi,

- Ödemenin her takvim yılı başında yıllık peşin olarak yapılması,

- Bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın bakıcı giderine ilişkin maddi tazminat tutarının, aylık brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması,

- Anılan kriterler dikkate alınarak, olay tarihi ile mahkemece verilecek karar tarihi arasında geçen süre için bakıcı gideri tazminat tutarının bir bütün olarak hesaplanması, bu tutarın yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine karar verilmesi ve bu kısım açısından nispi vekalet ücretine hükmedilmesi,

- Mahkemece verilecek karar tarihinden sonraki dönemler için yapılacak bakıcı gideri tazminatına ilişkin ödemelerin, davalı idarece re'sen ağır engelli kişinin yaşadığı tespit edilmek ve ilgili yıldaki brüt asgari ücret üzerinden hesaplanmak suretiyle her takvim yılının başında peşin olarak yapılmasına karar verilmesi ve bu kısım açısından maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi, gerekmektedir.

[62] Danıştay 10. Dairenin 16/02/2021 günlü ve E: 2019/10269, K: 2021/530 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairenin 13/06/2019 günlü ve E: 2019/5321, K: 2019/4785 sayılı kararı.

C- TAZMİNATA ESAS ALINACAK GELİR DURUMU

İdarenin kusurlu eylemi ile zarar arasında tazminat ödemeyi gerektirir uygun illiyet bağının varlığının bu yolla tespiti halinde, davacının maddi kaybının ortaya konulması için yaptırılacak olan aktüerya hesabında, davacının zararının ortaya konulabilmesi için, gelir durumunun ortaya konulabilmesi gerekir.

Mühendislik Fakültesinden mezun eski bir hükümlü tarafından sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinden açılan davada, Danıştay, tazminat hesaplanırken esas alınacak gelir durumu ile alakalı olarak; davacının eski hükümlü olması nedeniyle kamu veya özel sektörde çalışma imkânı araştırılarak ve davacının mühendislik mesleğini icra etmek suretiyle çalışabileceği hususu da gözetilmek ve her halükarda asgari ücretin üzerinde bir gelir elde edeceği dikkate alınarak ilgili meslek odasından gelir durumunun sorulmak suretiyle davacının gelirinin açık ve net olarak belirlenmesinin gerektiğini, davacının geliri hesaplanırken zararın doğduğu tarihten mezun olduğu tarihe kadar olan dönem geliri ile mezun olduğu tarihten sonraki dönem gelirinin farklı olacağı hususunun da gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır.[63]

Tazminat istemine konu olayın gerçekleştiği esnada Beden Eğitimi ve Spor Yüksek Okulu öğrencisi olan bir şahıs tarafından açılan bir davada da, Danıştay, davacının geçmiş sporculuk yaşamına bakıldığında uluslararası yarışmalarda bir başarısının bulunmadığı, milli sporcu belgesinin de olmadığı dikkate alındığında, ilgili mevzuat hükmüne göre beden eğitimi öğretmeni olarak atanmasının zayıf bir ihtimal olduğu, bu sebeple davacının olay tarihinde üniversite öğrencisi olduğu ve üniversiteden mezun olduğunda asgari ücretin üzerinde bir gelir elde edeceği, bir başka ifadeyle davacının kamuda memur olarak çalışma ihtimalinin yüksek olduğu hususu göz önünde bulundurularak, memur maaşı üzerinden işgücü kaybından kaynaklanan maddi zararının hesaplanması gerektiği sonucuna varmıştır.[64]

Görüldüğü üzere, zararın gerçekleştiği tarihte herhangi bir meslek icra ediliyor ise bu meslek sonucu elde edilecek gelir; şayet zarar görenin herhangi bir mesleği yok ise gelecekte icra etmesi en muhtemel meslek nedeniyle elde edilecek gelir dikkate alınarak tazminat hesaplanmalıdır. Örneğin, kamu görevlisinin gerçek zararı, hesap tarihindeki bakiye ömrüne göre aktif ve pasif dönemde elde edebileceği gelirler olan görev aylığı ile emekli aylığı dikkate alınarak hesap edilmelidir.

---

[63] Danıştay 10. Dairenin 03/07/2019 günlü ve E: 2019/1157, K: 2019/5280 sayılı kararı.

[64] Danıştay 10. Dairenin 21/10/2019 günlü ve E: 2018/5028, K: 2019/6945 sayılı kararı.

Ç- EFOR (GÜÇ) KAYBI NEDENİYLE TAZMİNATA HÜKMEDİLİRKEN DİKKATE ALINACAK HUSUSLAR

Tazminat hukukunda, çağın gereklerine uygun olarak geliştirilen içtihatlarla, kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle beden gücü kaybına bağlı olarak gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi güç (efor) kaybı tazminatı olarak adlandırılan tazminatın ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı görevi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfıyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek zararı, bir anlamda, bu "fazladan sarf edilen gücün" oluşturduğu esası benimsenmektedir. Bu doğrultuda kamu görevlilerinin, görevlerinin neden ve etkisinden kaynaklanan güç (efor) kaybına dayanan maddi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğinde duraksama yoktur.

İşgücü kaybına uğramakla birlikte mevcut görevine devam eden veya başka bir göreve atanmak suretiyle kamu görevine devam eden kamu görevlilerinin, görevlerinin neden ve etkisinden kaynaklanan güç (efor) kaybına dayanan maddi tazminat istemleri, mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle aşağıda belirtilen ilkeler[65] çerçevesinde hesaplanmalıdır.

1- Kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan kamu görevlisi beden gücü kaybına uğramasından sonra, idarece bedensel kaybına uygun yeni bir göreve atanmış ve yeni görev yerindeki aylık gelirinde bir azalma olmamış ise, kamu görevlisi olan davacının yeni görev yerindeki aynı işi yapan emsali kamu görevlilerine nazaran ne kadar daha fazla güç (efor) sarfedeceği hususu oran olarak tespit edilmeli ve tespit edilen bu oran davacı kamu görevlisinin aylık net gelirine uygulanmak suretiyle güç (efor) tazminatı hesaplanmalıdır.

Güç (efor) oranı ise yalnızca Adli Tıp Kurumu veya diğer kamu hastanelerinin sağlık kurulları tarafından belirlenen meslekte kazanma gücü oranına bağlı olmayıp, kişinin yaptığı kamu görevinin niteliğine ve kalıcı sakatlığının yani mevcut sağlık durumunun sürdürdüğü kamu görevine etkisinin belirlendiği oran olmalıdır.

2- Kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan kamu görevlisi beden gücü kaybına uğramasından sonra, bedensel kaybına uygun yeni bir göreve atanmış ve yeni görev yerindeki aylık gelirinde bir azalma olmuş ise, davacı kamu görevlisinin önceki görev yeri aylık geliri ile yeni görev yeri aylığı arasındaki "fark" kadar ve ayrıca davacının yeni görev yerinde aynı işi yapan emsali kamu görevlilerine nazaran ne kadar daha fazla güç (efor) sarfedeceği hususu oran olarak tespit edilmeli ve davacı kamu görevlisinin aylık net gelirine tespit

[65] Söz konusu ilkeler Danıştay 10. Dairenin 21/10/2020 günlü ve E: 2019/6304, K: 2020/4044 sayılı kararı ile ortaya konulmuştur.

edilen bu oran uygulanmak suretiyle belirlenecek "tutar" kadar toplam güç (efor) zararı bulunduğu dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır.

3- Kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan davacı kamu görevlisi aynı işi yapmaya devam ediyor ise, kamu görevlisi davacının aynı işi yapan emsali kamu görevlilerine nazaran ne kadar daha fazla güç (efor) sarfedeceği hususu oran olarak tespit edilmeli ve tespit edilen bu oran davacı kamu görevlisinin aylık net gelirine uygulanmak suretiyle güç (efor) tazminatı hesaplanmalıdır.

Ayrıca, güç (efor) kaybına dayanan maddi tazminatın hesabında, kamu görevlisinin yasal emeklilik yaşını tamamladığı tarihten muhtemel bakiye yaşam süresinin sonuna kadar geçen pasif devrede de, beden gücü kaybı nedeniyle daha fazla efor sarf ederek yaşamını devam ettirmesi söz konusu olacağından, zararın oluşacağının ve bu zararın asgari ücret düzeyinde bir zarar olacağının kabulü gerekmektedir.

Pasif dönem zararının hesaplanması sırasında esas alınan ücret, bir çalışmanın karşılığı değil, ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığıdır. Hal böyle olunca da ücretle fiilen çalışanlara uygulanmak için getirilen asgari geçim indiriminin ücretli bir çalışmanın söz konusu olmadığı pasif dönem zararının hesaplanmasında dikkate alınamayacağı açıktır. Zira asgari geçim indirimi ücretin eki olmadığından, tazminat alacaklarının hesaplanmasında esas ücrete dâhil edilemez. Pasif dönemde güç (efor) kaybına dayanan maddi zararın asgari geçim indirimi hariç bilinen son asgari ücret miktarı 1/Kn katsayısına göre her yıl %10 artırılmak ve %10 iskontoya tabi tutulmak ve daha fazla güç (efor) sarfına ilişkin tespit edilecek oran uygulanmak suretiyle hesaplanmalıdır.

III- MANEVİ TAZMİNATA İLİŞKİN İLKELER

Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ızdırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte olup, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir. Manevi tazminat, kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik bir tazmin aracı değil, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, yaşama sevinci ve zevki azalan kişinin manen tatminini sağlamaya yönelik bir tazmin aracıdır. Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar.[66]

[66] Danıştay 10. Dairenin 10/04/2019 günlü ve E: 2016/13668, K: 2019/2798 sayılı kararı.

Manevi tazminatın bu niteliği dikkate alındığında, olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibarıyla uğradığı manevi zarara karşılık takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Danıştay, davacıların yakınının belediye parkı içerisindeki fıskiye havuzunda boğularak hayatını kaybettiği olayda, mahkemece takdir edilen 130.000,00 TL manevi tazminatı yetersiz bulmuştur.[67]

Başka bir davada da, davacıların çocuklarının okuluna gitmekte iken sokak köpeklerinin saldırısına uğrayarak yaralanması olayında 5.000,00-TL manevi tazminata hükmedilmesini, Danıştay, hakkaniyete aykırı bulmuş ve belirlenen miktarın, olayın oluş şekli ve zararın niteliği göz önüne alındığında yaşanılan korku, acı, elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek düzeyde olmadığını ifade etmiştir.[68]

Bu başlık altında, kusur oranının manevi tazminatın takdirinde öneminin bulunup bulunmadığı; tüzel kişiler tarafından manevi tazminat istenip istenemeyeceği; manevi tazminatta ıslah ve faiz müesseselerine bakış açısının ne olduğu meselelerine değinilecektir.

A- MANEVİ ZARARIN TAZMİNİNE HÜKMEDİLİRKEN KUSUR ORANININ DİKKATE ALINIP ALINMAYACAĞI HUSUSU

Maddi tazminata hükmedilirken, zarar görenin veya üçüncü bir kişinin kusuru var ise söz konusu zarar oranları dikkate alınarak (söz konusu kusur oranları uyarınca indirim yapılarak) maddi tazminata hükmedilmesi gerektiği açık olmakla birlikte manevi tazminata hükmedilirken zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurunun dikkate alınıp alınmayacağı meselesi tartışmalıdır.

Danıştay bir kararında, ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak, olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırı davranışını ortaya koyacak bir miktar belirlenirken maddi tazminattaki gibi davalıların kusur oranları değil ilgililerin olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın mahkemece resen takdir edilmek suretiyle manevi tazminatın belirlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.[69]

Daha yeni tarihli bir diğer Danıştay kararında ise, davacıların uğramış olduğu maddi ve manevi zararın tazminine karar verilirken, zarar görenin kusurlu davranışı da gözetilip meydana gelen olayda

[67] Danıştay 8. Dairenin 18/10/2019 günlü ve E: 2014/7430, K: 2019/8968 sayılı kararı.

[68] Danıştay 8. Dairenin 08/05/2019 günlü ve E: 2014/7091, K: 2019/4371 sayılı kararı.

[69] Danıştay 10. Dairenin 21/11/2017 günlü ve E: 2016/1958, K: 2017/8258 sayılı kararı.

davacılara düşen kusur oranı (müterafik kusur) takdiren belirlendikten sonra hükmedilecek tazminat miktarından indirime gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.[70]

B- TÜZEL KİŞİLER LEHİNE MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLİP HÜKMEDİLMEYECEĞİ MESELESİ

Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte olup; fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme ve Daire kararında belirtildiği üzere, burada belirtilen "kişi" kavramının gerçek kişiler yanında tüzel kişileri de kapsadığı; daha açık bir ifadeyle, hukuki şartların gerçekleşmesi halinde tüzel kişiler lehine de manevi tazminata hükmedilebileceği açıktır.

Tüzel kişilik; ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal topluluklarına veya malı tahsis eden kişiden bağımsız olarak tanınan kişilik olarak tanımlanmaktadır. Böylece tüzel kişiler, toplumsal yaşayışta bireylerin dağınık güçlerini bir araya toplayan, onları koruyan, faaliyet alanlarını genişleten ve insanların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri amaçları gerçekleştiren amaç birlikleri veya mal topluluklarıdır.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere tüzel kişiler, bağımsız varlığa ve iradeye sahip olduğundan, iradesini organları aracılığıyla kullanan, hak ve borçlara ehil olan hukuki varlıklardır.

Bu nedenle "kişi" olma yönünden, kural olarak gerçek kişilerle tüzel kişiler arasında fark gözetilmemiştir. Haklara ve borçlara ehil varlıklar olma bakımından eşit durumdadırlar.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun tüzel kişilerde "hak ehliyeti" başlıklı 48. maddesinde tüzel kişilerin hak ehliyeti "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler." şeklinde düzenlenmiştir. Medeni Kanundaki bu ayrık durum dışında, kişi sayılma bakımından gerçek ve tüzel kişiler arasında fark gözetilmemiştir. Kişi kavramı da, hem gerçek kişileri (insanları) hem de tüzel kişileri (dernek, köy, belediye, şirket vb,) içine alan geniş bir kavramdır.

Bir şahsın kişiliğine bağlı, fiziki, manevi ve fikri varlığı üzerinde kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişisel değerler üzerindeki mutlak hakka kişilik hakkı denir. Kişilik kavramı en geniş anlamda kişiyi ve

[70] Danıştay 10. Dairenin 10/10/2019 günlü ve E: 2019/7520, K: 2019/6506 sayılı kararı.

onun kişilik haklarını kapsamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 48. maddesinde doğal olarak belirtildiği şekliyle yalnızca gerçek kişilere ait olan cins, yaş, hısımlık gibi haklar, tüzel kişilere özgü hakların dışında kalmaktadır.

Kişilik hakkı çeşitli kişisel değerlerden oluşan bir bütünlük arz eder. Kişilik hakkı bir şahsın kişiliğini oluşturan maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı bu değerlerdendir.

Kanun koyucu kişilik haklarını oluşturan değerlerin sürekli değişen ve gelişen yansımalarını dikkate alarak sınırlandırma yoluna gitmemiş; kişisel değerlerden oluşan kişilik hakkı esnek bir çerçeve içinde ele alınmıştır. Medeni Kanunda açıkça düzenlendiği gibi tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği olarak ancak insanlara özgü olanlardan başka bütün hakları edinebilirler ve borç altına girebilirler.

Tüzel kişiler, insanlar gibi maddi bir yapıya sahip olmadıklarından, onların bedensel bütünlüğü, yaşamı, sağlığı gibi, maddi bedensel değerler üzerinde kişilik haklarının varlığı tabii olarak söz konusu olmamakla birlikte; saygınlık, onur, sır çevresi gibi manevi nitelikteki kişisel değerlerle, mesleki ve ekonomik kişisel değerlere, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de sahip olduğu kuşkusuzdur.

Bu nedenle tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Bu itibarla, ekonomik faaliyetleri azaltan veya ortadan kaldıran olaylar da kişiliği ihlale yönelik nitelik taşır.

Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de kişilik haklarına yönelik bir saldırı nedeniyle manevi zarara uğrayabilecekleri açık olduğundan, koşulların varlığı halinde bu tür zararların da tazmini gerekmektedir.

İdare hukuku çerçevesinde, bir tüzel kişiliğin manevi zararından söz edilebilmesi için idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğuna yol açan eyleme bağlı olarak tüzel kişiliğin itibarının zedelemesi veya tüzel kişiliğin faaliyetlerinin açıkça olumsuz biçimde etkilemesi halinde, idarenin manevi tazminat sorumluluğunun varlığı kabul edilebilir.

Danıştay, bir terör eylemi sonucunda işyeri kullanılamaz hale gelen davacı şirketin, bu olay nedeniyle işyerini kapatıp başka bir adreste faaliyette bulunmak zorunda kaldığı göz önüne alındığında, terör eylemine bağlı olarak ticari itibarının ve faaliyetlerinin olumsuz şekilde etkilendiği anlaşıldığı gerekçesiyle, terör eylemi nedeniyle işyeri zarar

gören davacı şirkete, olay ve idareye başvuru tarihinin 5233 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarih olduğu da dikkate alınarak sosyal risk ilkesi uyarınca manevi tazminat ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.[71]

C- MANEVİ TAZMİNATTA ISLAH

2577 sayılı İYUK'un 16. maddesinin dördüncü fıkrasına 11/04/2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 4. maddesi ile eklenen hüküm ile, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabileceği ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçenin otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edileceği kuralı getirilmiştir.

Yukarıda yer alan hükümler uyarınca; ıslah müessesi davanın görülmesi sırasında tarafların kusurlarında, zararı doğuran nedenlerin ve olayların tespitinde ve uğranılan zararın miktarında bir değişiklik olması durumunda maddi tazminat için işletileceği gibi; zararı doğuran olayın meydana geliş biçiminin yeni ortaya çıkan bulgu ve tespitler sonucu, kişilerin manevi yönden çok daha fazla etkilendiğinin saptanması halinde manevi tazminat için de uygulanabilir. Ancak bu durumun istisnai bir durum olduğu ve manevi zararın sonradan gerçekten artmış olduğunun tespiti halinde işletilebileceği kuşkusuzdur.

Ayrıca manevi tazminat talepleri açısından konunun manevi tazminatın amacı ve niteliğinin dikkate alınması suretiyle ele alınması gerektiğinde de duraksama bulunmamaktadır.

Manevi zarar, kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıztırabı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade etmekte, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu kabul edilmektedir. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ıztırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Manevi zararın niteliği gereği sonradan gelişen veya öğrenilen yeni bir olgu olmadığı sürece kişinin manevi varlığında oluşan zararın arttığından bahsedilemez.[72]

Ç- MANEVİ TAZMİNATA FAİZ YÜRÜTÜLMESİ

En basit biçimiyle, idarenin tazmin borcu bağlamında faiz; kişilerin, idarenin eylem ve/veya işlemlerinden dolayı uğradıkları

---

[71] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 11/02/2016 günlü ve E: 2015/4671, K: 2016/236 sayılı kararı.

[72] Danıştay 10. Dairenin 16/02/2021 günlü ve E:2019/10269, K: 2021/530 sayılı kararı.

zararların giderilmesi istemiyle başvurmalarına karşın, idarenin zararı kendiliğinden ödemeyip, yargı kararıyla tazminata mahkûm edilmesi sonucunda, tazminatın ödendiği tarihe kadar geçen süre için 3095 sayılı Kanuna göre hesaplanacak tutarı ifade etmektedir. Tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatın ödenmesine hükmedilmesi halinde şayet talepte bulunulmuş ise faize hükmedilmesi gerekmektedir.

Danıştay, hatalı tıbbi tedavi iddiasıyla açılan bir tam yargı davasında, davacıların dava dilekçesindeki istemi göz önünde bulundurularak 3095 sayılı Yasa esas alınarak manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiğinden bahisle Mahkeme kararının hükmedilen manevi tazminata yasal faiz uygulanması isteminin reddine ilişkin kısmında hukuki isabet görmemiştir.[73]

Bir diğer Danıştay kararı ile manevi tazminata faiz yürütülmesi usul ve hukuka uygun bulunmuştur. Anılan karara katılmayan Başkan vekili ve bir üye tarafından, "*...ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ödemede gecikmeden bahsedilemeyeceği gibi, manevi tazminat, esasen bütün hususlar dikkate alınarak "takdiren" belirlendiğinden manevi tazminata faiz uygulanmaması gerektiği..."* anılan karara karşı oy gerekçesi olarak şerh edilmiştir.[74]

D- MANEVİ TAZMİNAT HAKKININ MİRASÇILARA İNTİKALİ

Türk Medeni Kanunu'nun 25. Maddesinin 4. fıkrasında, "Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez." hükmü yer almaktadır.

Anılan mevzuat hükmü uyarınca, manevi tazminat hakkı kural olarak zarar görene ait bir hak olmakla birlikte; zarar gören, ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini açıklamışsa manevi tazminat isteme hakkı mirasçılara intikal edecektir.

Davacılar tarafından, murisleri F.Ç.'nin, 31/05/2002 tarihinde yapılan hatalı bel ameliyatı ve ameliyat sonrasında sevk edildiği hastanede zamanında gerekli müdahalelerin yapılmaması nedeniyle hayatını kaybettiği, olayda davalı idarelerin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararların tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay, Ş.Ç.'nin eşini 01/06/2002 tarihinde kaybettiği, kendisinin de 23/10/2005 tarihinde vefat ettiği gözetildiğinde ölünceye kadar eşinin ölümü nedeniyle üzüntü yaşadığı ve manevi zarara uğradığının kabulü gerektiği, bu durumda; A.Ç.'nin, babası Ş.Ç. için mirasçı sıfatıyla talep ettiği manevi tazminat talebinin

[73] Danıştay 10. Dairenin 18/04/2006 günlü ve E: 2003/1764, K: 2006/2503 sayılı kararı.

[74] Danıştay 6. Dairenin 19/02/2020 günlü ve E: 2019/17612, K: 2020/2179 sayılı kararı.

değerlendirilmesi gerekirken 23/10/2005 tarihinde vefat eden Ş.Ç. için manevi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle talebin reddinde hukuki isabet bulunmadığı belirtilmiştir.[75]

Sonuç

Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, başka bir ifadeyle zararı doğuran işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığını, hem de bunlardan çıkan hukuki sonucu tespit edecektir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, somut uyuşmazlıkta idarenin hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi gerekmektedir.

Zarara sebebiyet veren olay nedeniyle tazmin yükümlülüğü; kusurlu ve kusursuz sorumluluktan kaynaklanabilir. İdari yargıda, hizmet kusuruna dayanan sorumluluğun unsurları, fiil, zarar ve zarar ile fiil arasında illiyet bağı ve kusurlu olmaktır. Kusurlu sorumlulukta, idarenin kusuru bir şart iken, kusursuz sorumlulukta illiyet bağı yeterli olup ayrıca "kusur" aranmaz; kusursuz sorumluluk esasına dayanan sosyal risk ilkesine göre ise; idarenin eylem ya da işlem niteliğindeki fiili ile zarar arasında “illiyet bağı” aranmamaktadır.

İster kusurlu sorumluluk halinde olsun isterse de kusursuz sorumluluk halinde olsun idarenin tazmin sorumluluğundan bahsedebilmek için gerek şart zarardır. Daha açık bir ifade ile “zarar” söz konusu değilse ise idarenin tazmin sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir.

Mala verilen zararlarda yargı makamlarının, o malın değerini uzman bir bilirkişiye veya bilirkişi heyetine tespit ettirmeleri kâfidir. Gerek menkul olsun gerekse de gayrimenkul olsun zarara uğradığı iddia edilen malın geçek değerini tespit etmek görece kolay bir faaliyettir. Ancak bedensel bütünlüğün ihlali veya ölüm halinde ise bazı ön kabuller (sosyolojik ve kültürel sebepler ve bunların doğurduğu sonuçlar ile bu alanlardaki gelişme ve değişiklikler dikkate alındığında bu ön kabullerin bazıları evrensel olmasına karşın bazı ön kabullerin içinde yaşanılan topluma göre belirlenmesi, şu an için benimsenen kabullerin zamanla

[75] Danıştay 10. Dairenin 10/10/2019 günlü ve E: 2019/6079, K: 2019/6559 sayılı karar.

değişebileceği hususları) gündeme gelmekte ve bu nedenle varsayımsal bir zarar hesabı cihetine gidilmektedir.

Ön kabullerin ve varsayımların söz konusu olduğu bir alanda yargı makamlarına düşen görev, gerçeğe en yakın zararın tespiti gayesiyle hesaplama yöntemlerine dair ilke ve standartların belirlenmesi ve bunların istikrarlı bir şekilde kararlara yansıtılmasıdır.

Burada kastedilen istikrar belli bir zaman dilimi içindeki istikrardır. Yoksa toplumsal ve kültürel değişikliklerin çok önemli olduğu bir alanda yüzyılları aşan bir ilke ve buna dair bir istikrardan bu alanda bahsetmek mümkün değildir. Daha açık bir ifade ile çocuğun ebeveynine desteğinin oransal olarak dikkate alındığı veya dul kalan eşin evlenme ihtimalinin gündeme geldiği bir alanda belli bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşecek olan toplumsal ve kültürel değişikliklerin, gerek sosyolojik alanda yapılacak araştırmalar gerekse de üretilen istatistik tablolarından fark edilmesi halinde artık gerçek zararın tespitine yönelik gerçekleşmesi en muhtemel durumun veya tablonun esas alınması gerekmektedir. İşte istikrardan kastettiğimiz de tam olarak budur.

Bu noktada özellikle bedensel bütünlüğün ihlali veya ölüm nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında Danıştay, varsayıma dayalı zararın tespitinde günün koşullarını da dikkate alarak konuya dair gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde kabul gören formül ve tabloların kullanılarak zararın tespit edilmesini beklemektedir.

Danıştay, somut olayın özelliğine (zarara uğrayan kişi veya kişilerin cinsiyetine, yaşına, mesleğine vs.) göre hangi formül ve veya tablonun kullanılacağını ilke kararları ile ortaya koyarak, konuya alakalı bilirkişileri ve bilirkişilerce hazırlanacak raporu değerlendirecek birinci ve ikinci derece idari yargı makamlarını yönlendirmektedir.

Manevi tazminata ilişkin olarak da Danıştay, bu tazminat türü açısından da belli şartlar dâhilinde ıslahın söz konusu olabileceğini, faiz açısından maddi ve manevi tazminat arasında herhangi bir fark olmadığını, şartların gerçekleşmesi halinde tıpkı gerçek kişiler lehine olduğu gibi tüzel kişiler lehine de manevi tazminata hükmedilebileceğini belirtmektedir.

Danıştay, daha önceki kararlarında ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak, olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırı davranışını ortaya koyacak bir miktar belirlenirken maddi tazminattaki gibi davalıların kusur oranları değil ilgililerin olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın mahkemece resen takdir edilmek suretiyle manevi tazminatın belirlenmesi gerektiğini belirtmekte iken yeni tarihli kararlarında bu görüşünü değiştirmiş ve tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatta da kusur oranının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Son söz olarak, Danıştayın konuya ilişkin kararları dikkate alındığında, içtihatlarla gelişen idare hukukunun ve bunun özelinde Türk idari yargı pratiğinin bedensel bütünlüğün ihlali veya ölüm halinde gerçekleşen zararların tazmini istemiyle açılan davalarda günün koşullarına uygun tazmin ilkelerini benimseyerek içtihat oluşturduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, 5. Bası.

Başgil, Ali Fuat, "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi", (04.03.1939 tarihli Konferans Metni), Adliye Ceridesi (Adalet Dergisi), 6. sayı, Ankara, 1940, s. 582 - 613.

Başpınar, Recep, "*Tam Yargı Davaları"*, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968.

Çelik, Ahmet, "Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar Ve Yöntem Arayışları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22/ 3 (Aralık), 2016, s. 765-802.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, 6. Bası.

Gökalp, Ali Sıtkı, "*İdarî Dava Türleri*", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968.

Gözler, Kemal (2003-1), *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

Gözler, Kemal (2003-2), *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, Genişletilmiş 14. Baskı.

Koçak, Nazım Taha, *Tam Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Oğuz, Fuat/ Benli, Erman, "Hayatımız Kaç Para Eder?", Ankara Barosu Dergisi, S. 2018/1, 2018, s. 25-52.

Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Cilt, , İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, 3. Bası.

Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 10. Bası.

Şaşmaz, Aysema Pelin, "İdarenin Sorumluluğu Ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış", JEBPIR Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 2016, s. 211-235.

Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Yenice, Kazım / Esin, Yüksel, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Kaman, Nur/ Özdemir, H. Eyüp/ Üstün, Gül/ Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, Güncellenmiş 5. Baskı.

Yılmaz, Erkan, "Danıştay Kararları Işığında, Zararın Hesaplanmasına İlişkin Yöntemler Ve İlkeler", 150. Yıl Anısına Danıştay, Ankara, 2019, s. 703-758.

Zanobını, Guıdo, *İdare Hukuku, Umumiyet İtibarile İdari Nizam*, 1.Cilt, (Çev.: Atıf Akgüç – Sahir Erman), M. Sadık Kâğıtçı Matbaası – İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 270, Hukuk Fakültesi No. 66, İstanbul, 1945.

http://www.aktuerya.hacettepe.edu.tr/HayatTablolari/TRH_2010_1507_k_e.pdf (Erişim Tarihi:18/07/2021)

CUMHURİYET ÖNCESİ TÜRK ANAYASA HUKUKU DOKTRİNİNDE DEVLETİN HUKUKİ KİŞİLİĞİ SORUNU : CELALETTİN ARİF BEY ÖRNEĞİ

The problem of the legal personality of the state in the doctrine of pre-republican Turkish constitutional law: the example of Celalettin Arif Bey

Anıl İbrahim BAKIRCI*

Özet: II. Meşrutiyet döneminde ilk anayasa hukuku eserlerimizden birisini de Celalettin Arif Bey kaleme almıştır. Kamu hukukumuzun hususiyetle de anayasa doktrinimizin gelişimi açısından Hukuk-ı Esasiye'si oldukça büyük önem ihtiva etmektedir. Celalettin Arif Bey anayasa hukukçuluğunun yanısıra önemli bir siyasi figür olarak döneme damgasını vurmuş Mebusan Meclisi'ne riyaset etmiş ve 1921 Anayasası'nın hazırlanmasında rol üstlenmiştir. Hali ile Celalettin Arif Bey Osmanlı ile Türkiye arasında anayasal birikimin teorik panoromasını izlemek bakımından köprü vazifesi sahibi başlıca isimlerden de bir tanesidir. Modern devletin ortaya çıkışı ile beraber modern kamu hukukundaki en büyük sorunlardan birisi devletin tüzel kişiliğinin tanınması olmuştur. Bu bakımdan devletin hukuken tescil edilmiş olan tüzel kişiliği modern devletleri kendinden önceki devletlerden keyfiyet itibari ile farklılaştıran ayırıcı nitelik olmuştur. Devletin soyut bir varlık ve hukuki cepheden ise tüzel bir kişilik olarak ele alınışı ise II .Meşrutiyet akabinde Darulfunun ve İstanbul Hukuk Mektebi'nde verilen dersler üzerinden izlenilebilinmektedir. Bu tarihçe içerisinde Celalettin Arif Bey başlıca isimlerden birisini ifade etmektedir. Bu makalede Celalettin Arif Bey'in anayasa hukukçusu sıfatı ile devlet tüzel kişiliğine bakışı ve yüklediği anlam incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Celalettin Arif Bey, Hukuk-ı Esasiye, Anayasa Hukuku, Devlet, Hükümet, Devletin Tüzel Kişiliği

Abstract: II. Celalettin Arif Bey wrote one of our first works on constitutional law during the Second Constitutional Era. In terms of the development of our public law, especially our constitutional doctrine, the Hukuk-ı Esasiye is of great importance. Celalettin Arif Bey, besides being a constitutional lawyer, was an important political figure, presided over the Parliament of Parliament and played a role in the preparation of the 1921 Constitution. Hali ile Celalettin Arif Bey is one of the main names who have the task of bridging the theoretical panorama of constitutional accumulation between the Ottoman Empire and Turkey. With the emergence of the modern state, one of the biggest problems in modern public law has been the recognition of the legal personality of the state. In this respect, the legal personality of the state, which is legally registered, has been the distinguishing feature that differentiates modern states from the previous states in terms of arbitrariness. The handling of the state as an intangible entity and from the legal side as a legal entity can be followed through the courses given in Darulfunun and Istanbul Law School after the Second Constitutional Monarchy. In this history, Celalettin Arif Bey refers to one of the main names. In this article, Celalettin Arif Bey's view of the state legal entity as a constitutional lawyer and the meaning he attributed to it are examined.

Keywords :Celalettin Arif Bey, Hukuk-ı Esasiye, Constitutional Law, State, Government, Legal Personality of State

* Adalet Bakanlığı Tetkik Hâkimi, Ankara Hacıbayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, anilalaca@hotmail.com, ORCİD. 0000-0002-8633-0937

Makale Geliş Tarihi: 12.9.2021, Makale Kabul Tarihi: 27.10.2021

GİRİŞ

Modern kamu hukuku düşüncesi içerisinde Machiavelli'den Jellinek'e kadar bir genişlikte[1] Osmanlı Devleti hükmettiği coğrafya ve devlet teşkilatı itibari ile birçok siyaset teorisyeni ve hukukçunun ilgi odağı olmuştur. Hem batı dünyasında hem doğu dünyasında devlet olarak varlığına ilişkin yapılmış birçok çalışma olmasına rağmen Osmanlı devleti kendi hususiyeti içerisinde incelenmemiş doktrinde kahir ekseriyetle iktidarın kaynağı itibari ile bir tasniften hareketle kişiselleşmiş iktidar şeklinde bir ezber üzerinden kolayca çözümlenmeye çalışılmıştır.[2] Genel bir ifade ile Osmanoğulları ile devlet arasında mülkiyet ilişkisi olduğuna ilişkin bir ön kabul üzerinden devlet ile hükümdar arasında tam bir geçişkenlik olduğu[3] devletin hiçbir soyut keyfiyet ve varlık arz etmediği tezi kabul edilmiştir. Nitekim Osmanlı Devletine dair benzer bir ezber devletin modern devlete ilişkin alamet ve nitelik taşımadığına ilişkin tezlerde kendini göstermektedir. Bu bakımdan Osmanlı Devleti'nin halen modern kamu hukuku perspektifi içerisinde değerlendirilmesi hususunda nakısa mevcuttur.

---

1 Modern devletin temel teorisyenlerinden Machiavelli'den Genel Devlet Teorisi disiplininin başlıca isimlerinden Jellinek'e kadar Osmanlı Devleti ve devletin teşkilatı ilham verici olmuştur. Bkz. Niccolo, Machiavell, *Hükümdar,* İş Bankası Kültür Yay., Çev.: Necdet Adabağ, İstanbul, 2016, 6.Basım. Jellinek, George, *Allgemeine Staatslehre, verlag von o.Haring,* 1. Auflage, Berlin, 1914.

2 Anayasa Hukuku Genel Hükümleri ve Türk Anayasa Hukukunu ihtiva eden hemen bütün eserlerde bu hakim yaklaşım mevcuttur. Osmanlı çağdaşı Avrupa devletlerine muadil olarak Avrupa'nın kendi krizini anlamlandırmak bakımından hatta Avrupa içinde dahi Fransa için daha yerinde olan teokratik yapı ve bunun üzerinden gelişen mülk devlet tipi ile özdeşleştirilmeye gayret edilmiştir. Bu modelin Osmanlı'ya da doğrudan tatbik edilen teorik çerçevesi için bkz. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar,* Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, 22. Bası, s.103-107. Ayrıca bkz. Berkes, Niyazi, *Teokrasi ve Laiklik,* Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2016, ss.268.

3 Umumiyetle külli mütefekkir hususiyetle tarihçi sıfatı ile İbn-ül Emin Mahmut Kemal İnal'a Devlet-i Aliyye'nin hukuki niteliğini kavramak bakımından müracaat ettiğimizde devletin bir sultanlar devleti olduğu kadar aynı zamanda bir sadrazamlar devleti de olduğu gerçeği ile karşılaşırız. Aynı zamanda tarihin kahraman kültü esaslı olarak okunması devletler tarihimiz hususunda hükümdarların hem biyografik olarak hem de siyasal yönetimi ve devleti kavramak noktasında kişilik dışı olarak devlet kurumuna odaklanmayı zayıflatmıştır. Hukuken ve fiilen bir imparatorluk olarak sona eren Osmanlı altıyüzyıllık varlığı ve devlet teşkilatının tekamül süreci incelendiği takdirde devlet hayatında sadrazamların ve nesiller boyu sadrazam ailelerinin etkinliğinin uygulamada sarfı nazar etmek imkan dahilinde değildir. Bir başka yaklaşım olarak Ahmet Cevdet Paşa Osmanlı'da hükümdarın hem hilafeti hem de saltanatın şahsında cem ederek tekemmül eden bir makam olduğunu ifade etse de devleti açıklarken İbn Haldun üzerinden asabiyet teorisi hatta sosyal sözleşme teorisinden de istifade etmektedir. Bu bakımdan Osmanlı hem kendi tarihçesi bakımından hem de devletin modern teoriler üzerinden kavranması bakımından 19.yy verimlilik arz etmektedir. Bkz: Meriç, Ümit, *Cevdet Paşa'nın Cemiyet ve Devlet Görüşü,* Ötüken Yay., İstanbul 1970, s.30-34. Hususiyetle sadrazamlık kurumunun 2.Meşrutiyet dönemindeki hukuki ve fiili baskınlığı adına bkz. Okandan, Recai Galip *Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları 1.Kitap,* İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948 s.303-307.

Osmanlı'nın modern kamu hukuku perspektifinden sağlıklı bir şekilde vasıflandırılması ile beraber hiç şüphesiz Türkiye ile kurulan süreklilik ilişkisi derinliğine kuvvetlenecektir. Özellikle devletin hukuken belirlenmesi bakımından anayasal bir ilk adım olarak Sened-i İttifak ve bilhassa da Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilani ile başlayan süreçte ayrıca bir milat olarak gözetilmelidir.[4] 1876 tarihli Kanun-ı Esasi ile anayasalı devlet niteliği kazanan Osmanlı'da anayasal değerler manzumesinin imparatorluk kültünün imkanları içerisinde tekamülü ise hiç şüphesiz 2. Meşrutiyet ile başlar. Nitekim modern kamu hukukuna göre devletlerin halefiyeti prensibi dahilinde Türkiye'yi doğuran, Türkiye'nin siyasal sistemi ve devletin temel niteliklerinin çekirdeğinin teorik zeminde mayalandığı bir dönem olarak 19.yy'ı değerlendirsek dahi[5] modern anayasa doktrinimiz anayasa hukukunun kendi metodoljisi üzerinden II. Meşrutiyet akabinde gelişim sağlamıştır.[6] Ancak 1908 devriminde devlete dair temel gündem liberal anayasacılığın tesisi ve tahkim edilmesinden ziyade iktidar ve beka sorunun telafisi hususunda siyasi sistemin yeniden tanzimidir. Dönem içinde soyut bir devlet fikri mevcut olsa dahi bu toplumsal beden temelli bir gelişimden ziyade[7] Türk tarihi boyunca devletin tek olduğu yalnızca hanedan değişikliği ifade ettiği silsile üzerinden devletin soyutlanmasını kavramak gerekir. Ancak bu durum devletin hukuki bir kişi olarak varlığını açıklayacak olan kişilik dışı iktidarın varlığını göstermek yahut da ispat etmek adına kafi değildir. Nitekim sadrazamın sultanın varlığına rağmen etkinliğini de kişiselleşmiş iktidarın sultanın devlet teşkilatına hakimiyeti bakımından pasifliğine istinaden sultan lehine tadili ve ikmali olarak sistem adına okumak mümkündür.[8] II. Meşrutiyet'e ilişkin bu parantezi kapattıktan sonra esasında devletin soyut kişiliğinden ziyade devlete atfedilen kutsal ve mistik değerin olduğunu görürüz.[9]

Tarık Zafer Tunaya'ya göre Türk Anayasa Hukuku doktrini Osmanlı ve Cumhuriyet devri olarak ikiye ayrılmakta Osmanlı dönemi

---

4 Bkz. Kaynar, Reşat *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat,* Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2010, s.164, 165.

5 Bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku,* Ekin Basım Yayım Dağ., Bursa, 2018, 2.Baskı, s.19-57.

6 Bkz. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukuku'nun Metodolojisi,* Ekin Kitabevi Yay., 2. Baskı, s.198.

7 Özellikle bu hususta ulus devletin teorisinin sözleşme teorilerine dayanmasından hareketle toplumun meydana getirdiği devlete dair milli bir bilinç düzeyine sahip olması ve bir anlamda da toplumsal yaşamın kendiliğinden siyasi organizasyon var eden doğasına ilaveten taşınan yüksek siyasi bilinç bakımından kahir ekseriyetle devlete olan bağlılığın gelenekselliği dikkate alındığında bu çıkarım yapılmaktadır. Bkz. Köktürk, Milay *Devlet ve Siyaset,* Ötüken Yay., İstanbul 2017, s.17-20.

8 Bu anlamda anayasanın devlet teşkilatını biçimlendirmesi bakımından kurumculuk ve davranışçılık ekolleri tasnifinden hareket edildiğinde Osmanlı sistemi için davranışçı bir okuma elzem görünmektedir.

9 Niyazi, Mehmed, *Türk Devlet Felsefesi,* Ötüken Yay., İstanbul, 2021, 14.Baskı, ss.287. Ayrıca bkz. Milay Köktürk, *Devlet ve Siyaset,* Ötüken Yay., İstanbul, 2017, s.24-30.

de kendi içerisinde II. Meşrutiyet milat alınarak iki döneme bölünmektedir.[10] Bu bakımdan Türk anayasa hukuku doktrininin Osmanlı devrinin ikinci dönemine tekabül eden Celalettin Arif Bey'in[11] devletin hukuki kişiliğine ilişkin görüşleri her ne kadar kendi dönemi içerisinde aktüel bir anlam ifade etmese dahi modern Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundaki teorik birikime ve hukuk devleti kültüne etkin bir katkıda bulunmuştur. Modern kamu hukukunda hakim bir ezber niteliğinde olarak imparatorlukların siyasi hedefleri bakımından tekamül etmiş birer modern krallık olarak devlet tüzel kişiliğinden mahrum olduğu yaklaşımı dikkate alındığında eserin telif edildiği dönem her ne kadar anayasal kültürün Osmanlı siyasi sistemi içerisinde varlık gösterdiği gerçeği mahfuz olsa dahi rejimin karakteri itibari ile devlet tüzel kişiliğinin tesisi bakımından ulusun devlet yaratıcı toplumsal bir beden fenomeni barındırmadığı apaçık ortadadır.[12] Bu bakımdan Celalettin Arif Bey'de devletin tüzel kişiliği sorunu kıta Avrupası'ndaki kamu hukuku doktrininden etkilenmeye dönük bir aktarım ve anlatım olup devletin ne Hegelyan anlamda mistik bir soyutlaması ne de Fransız İhtilali'ne bağlı olunarak egemen niteliğini haiz iktidarın ulus minvalinden kavranmasından hareketle devletin soyutlanması şeklinde doğrudan nitelendirilemez. Bu bakımdan Tunaya'nın Esmein ve Duguit dönemi[13] olarak tabir ettiği bu dönem içerisinde her ne kadar doğrudan bir etkilenme mevcut ise de Osmanlı Devleti'ni yalnızca modern kamu hukukunun imkanları üzerinden anlamlandırmamaktadır.

I. CELALETTİN ARİF BEY VE DÖNEMİ

A. II.MEŞRUTİYET'İN ANAYASAL İKLİMİ

Yukarıda da değindiğimiz üzere anayasa doktrinimizi iki safha halinde tasnif ettiğimizde Osmanlı döneminde II. Meşrutiyet iklimi ile anayasal anlamda devletin bir canlılık kazandığı izahtan varestedir. II. Meşrutiyet ile beraber Osmanlı devlet sisteminin parlamenter bir nitelik kazanması, milletin meclis üzerinden temsil edileceğinin beyan

[10] Tunaya'ya göre ilk devir 1880-1908 tarihleri arası iken ikinci dönem 1908-1922 arasını ifade etmektedir. Bkz. Gözler, 2013, s.197, 198.

[11] Bkz. Gözler, Kemal, 2013, s.198.

[12] Aynı zamanda bu durum için *"...halkın anayasayı oluşturan iktidarı..."* nitelemesinde bulunulduğunda 2.Meşrutiyet için Rumeli havzasının ve İstanbul tebasının tesiri olsa dahi Osmanlı milletinin yekununa teşmil edilebilir nitelikte bir halk iktidarı yahut belirleyiciliğini iddia etmek mümkün değildir. Nitekim 2.Meşrutiyet bir zimni halk olarak burjuvaziden mahrumdur. Tabir için bkz. Kirchhof, Paul,,, ''Anayasa ve Anayasa Teorisi'' , Çev. Meriç, Nedim, *Anayasa Teorisi,* Ed. İlyas Doğan, Lale Yay., Ankara, 2014, s.88.

[13] Gözler, s.198.

edilmesi, 1909 değişiklikleri[14] ile beraber parlamenter ruhun daha da baskın hale gelmesi iklimi meydana getiren etmenlerin başlıcalarıdır.[15] II. Meşrutiyet dönem içerisinde ideolojik cihet fark etmeksizin münevverlerin kahir ekseriyeti tarafından çoşku ile karşılanmıştır.[16] Bu ortam içerisinde hukuk doktrininin üretimi ile ilgili olarak İstanbul merkezli Darulfünun Hukuk Mektebi ve İstanbul Mektebi Hukuk'ta verilen dersler ehemmiyet taşımaktadır. Nitekim Tunaya'dan hareketle biz bu devri Babanzade İsmail Hakkı Bey'in ve Celalettin Arif Bey'in Hukuk-ı Esasiye eserleri üzerinden müşahede etmekteyiz. Her iki anayasa hukukçusu da Kıta'da anayasa hukukuna ilişkin temel problemleri Türk düşüncesine doktrinel anlamda aktarmış ve anayasal problemler hakkında açıkça tartışmada bulunmuşlardır.[17] Ancak anayasal gelişmeleri meydana getiren siyasal hareketler karşısında anayasa doktrinimiz yetersiz kalmıştır. Anayasal gelişmeleri şekillendiren bütüncül bir anayasal okumadan ziyade dönem içerisinde yaşanan gelişmeler üzerinden kamusal hayatta sağlanmaya çalışılan yeni dengenin tesis edilmesi adına elde edilen kazanımlardır. Devletin hukuki kişiliği ilkesi bakımından hem Kıta Avrupa'sında hem de Osmanlı'da en kriz mesele devletin üç erki üzerinde de baskınlığını koruyan hükümdarın konumu olmuştur. Konumuz itibari ile II. Meşrutiyet'e bakacak olursak padişah ile devlet kurumu arasındaki geçişkenliği azaltan bir takım anayasal önlemler geliştirilmiştir. Bunlar sırası ile padişahın Meclis-i Umumi'de anayasaya bağlılık yemini etmesi, yetkilerini kabine usulü dahilinde bakanlar kurulu ile birlikte kullanması, sadrazamın meclisten güvenoyu alması, yasamanın gücünün artırılması, mutlak veto edici yetkisinin kaldırılması ve meclisin padişahtan bağımsız şekilde yasama sürecini başlatması olarak belirtilebilinir.[18] Hali ile yasama üzerinden milletin anayasal statüsü pekişmiştir. Millet soyutlaması devletin hukuki kişiliği bakımından devletin soyutlanmasının öncülü olduğu üzere modern ulus devlet için kayda değer bir gelişme yaşanmış olmaktadır.

---

[14] Bkz. Gözübüyük, A.Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 9.Bası, s.25-30.

[15] Gözübüyük, A.Şeref *Anayasa Hukuku,* Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 19.Bası, s.117-119.

[16] Bkz. Türk, Hatem, *10 Temmuz Meşrutiyet Bayramı,* Boğaziçi Yay., İstanbul, 2017, ss.333.

[17] Babanzade İsmail Hakkı Bey'in temel anayasal görüşleri için bkz. Babanzâde, İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye,* (Haz. : Fernaz Balcıoğlu, Ayşe Büşra Balcıoğlu), Erguvani Yayınevi, Ankara, 2014.

[18] Tanör, 2.Meşrutiyet'i değerlendirmesinde egemenlik yetkisinin padişah ve millet ile paylaştırıldığını ifade etmektedir. Bu bakımdan ulus devleti besleyici bir ana kırılma olarak dönemi ele alırken ilaveten de Heyet-İ Ayan kararnamesinde milli egemenlik ilkesinin kabul edildiğini belirtmektedir. Tanör, Bülent, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri,* Yapı Kredi Yay., 32.Baskı, İstanbul 2019, s.193, 194. Ancak buradaki millet vurgusu yanıltıcı olmamalıdır. Anayasal tarihimiz içerisindeki kazanım ve gelişimler aşağıdan yukarı bir dönüşümden ziyade dikey bir hareketi ifade etmektedir. Bu anlamda bkz. Tanör, Bülent, *Anayasal Gelişme Tezleri,* Yapı Kredi Yay. 1.Baskı, Ankara 2008, ss.174.

Babanzade İsmail Hakkı Bey, Hukuk-ı Esasiye'nde eserinin birçok yerinde bu sorunu ele almış hem de bu soruna müstakil bir başlık ayırmıştır. Babanzade temelde devletin tüzel bir kişi olarak varlığını şu ifadelerle açıklamaktadır : *"Cemiyet haline gelen devlet hiçbir nevi insan kümesinde mevcut olmayan bir hal-i içtimaiyyeyi de nefsinde tecessüm ettirmiştir. Devlet bu hal-i içtimaiyyenin terceme-i hukukisi ve tekemmül etmiş şeklidir. Bu hal-i içtimai ise millet denilen şeydir ki semere-i tarih ve tabiattır."*[19] Burada Babanzade Fransız kamu hukukçusu Esmein'in düşüncelerini anayasa doktrinimize kazandıracak şekildeki yaklaşımını özetler niteliktedir. Bu noktada Babanzade'nin yapmış olduğu tanımda 19.yy'da olgunlaşan Klasik Dönem Fransız Anayasa hukuku doktrinin hemen bütün yaklaşımları görülmektedir. Temelde devlete teşkilatlı halde varlık gösteren millet olarak belirli bir nizama sahip olan insan topluluğu olarak bakılmaktadır. Ancak insan topluluğunun teşkilatlı haldeki varlığı bilhassa olarak devlet olarak nitelendirmek siyasi organizasyon kabiliyeti bakımından bir tamlık haline mal edilirken bir de devletin bu objektif durumun hukuki bir yansıması olduğunu ifade etmektedir. Hiç şüphesiz devletin aynı zamanda insan topluluğunun hukuki anlamda bir varlık ifade ettiğini ortaya koymak devletin hukuki kişiliğinden dahası hukukun devlete verdiği temel manayı da gösterir niteliktedir. Devletin kendini oluşturan belirli bir nizam sahibi insan topluluğunun organizasyonu olmak bakımından soyut karşılığının hukuken tescil edilmesi ve böylelikle devlet olarak nitelendirmenin bizatihi hukuki bir anlam içerdiği yaklaşımı hususunda Celalettin Arif Bey'in düşünceleri önem kazanmaktadır. Çünkü Celalettin Arif Bey, Babanzade ile başlayan ve cumhuriyet dönemi anayasa doktrinimizde de gördüğümüz yaklaşıma ilaveten devletin bizatihi sahip olduğu hukuki anlamın esas olduğunu ifade ederek özgün bir yerde durmaktadır.

B. CELALETTİN ARİF BEY'İN HAYATI VE HUKUKÇULUĞU

Celalettin Arif Bey (1875 – 1930)*'Başımıza Gelenler"* eseri ile entelektüel hafızamızda yer alan Mehmet Arif Bey'in oğludur. Hukuk öğrenimini Paris'te tamamlamıştır. 1908 devrimi ile beraber İstanbul'a dönerek İstanbul Mekteb-i Mülkiye'de Anayasa Hukuku dersi vermiştir. Hukuk ve siyaset adamlığının muhtelif alanlarında tebarüz etmiştir. İttihat ve Terakki Fırkası'na muhalefeti ile mukayyet Milli Ahrar Fırkası'nın kurucu kadrosu arasında yer almış 1914 yılında İstanbul Baro'su başkanlığında bulunmuş 1920 yılında Erzurum'dan milletvekili seçilerek Mebusan Meclisi'ne girmiş ve mecliste Başkanvekilliği vazifesini deruhte etmiştir. Mebusan Meclisi'nde bulunduğu bir yıllık süre içerisinde daha sonra Milli Mücadele taraftarı olan Felah-ı Vatan grubuna başkanlık etmiş ve Misak-ı Milli'nin kabulü esnasında Mebusan Meclisi'ne başkanlık etmiştir. Mebusan Meclisi'nin feshedilmesi ile

[19] Babanzâde, s.122.

beraber Heyet-i Temsiliye'nin talimatına bağlı kalarak Ankara'ya gelmiş ve Millet Meclisi'nin açılışında bulunarak vekillik vazifesini sürdürmüştür.[20] Aynı yıl Adliye Vekilliği görevine getirildi. 1921 anayasasını hazırlamakla vazifeli komisyona riyaset etti. 1930 yılında Paris'te ölmüştür.[21] Bu temel biyografik anlatım akabinde hukuka yaklaşımını çerçevelendirecek olursak Arif Bey hukuk düşüncesini insan tekinden hareketle başlatarak hukuku, yürürlükte olan kanunlar üzerinden pozitif ve doğal hukuk anlamında iki şekilde ele alır.[22] Bu noktada pozitif hukuktan ve doğal hukuktan istifade hususunda tıpkı Babanzade İsmail Hakkı Bey gibi açıktır. Anayasa hukuku hususiyetinde çağdaşı anayasalara ilişkin farkındalığı yalnızca Kıta Avrupası ve Anglo Sakson dünya ile sınırlı olmayıp muhtelif kıtalardaki hareketliliği de gözlemdiği eserinde açıkça bellidir.[23] Ancak anayasa hukukunun temel konularına ilişkin tartışmayı Batı kanonu içinde kalarak teorik olarak yürütmüş ve Osmanlı siyasal sistemini teşrih etmemiştir. Arif Bey, hukuki kişiliğe ilişkin birçok teorinin temelde tek bir esasa dayandığını ifade ederek meseleyi insanın varlığında düğümler. İnsanın özgür olarak doğan akıl sahibi bir canlı olması ile hukuki kişilik düşüncesini temellendirir.[24] Bu bakımdan her bir bireyin hukuki kişiliği evleviyetle varlık hakkını perçinlerken bu durum tersinden başkalarının varlık hakkına olan riayet ile[25] dengelenerek hukukun haklar ve ödevler dikatomisi vurgulanarak insan toplumsal bir varlık şeklinde düşünülmüş olunur.[26] Bu bakımdan bizim için insan ile hukuk arasındaki ilişkide iki cihet görünür. Bunlardan ilki insanın diğer insanlardan tenzih edilerek tahayyüli hatta mücerret olarak münferiden sahip olduğu hak, ikincisi ise toplumsal bir varlık olması bakımından yeryüzündeki somut durumudur. Arif Bey sosyal yönü itibari ile insanlardan teşkil eden bir toplumda idare edenlerle idere edilenler arasındaki bir farklılaşma üzerinden iktidar düşüncesini ortaya koyarak devleti toplum içindeki bu

---

20 Anayasal meselelerde muhafazakar bir tavır ortaya koymuştur. Bkz. Gözler, s.199.

21 Bkz. *TDV İslam Ansiklopedisi,* C : 7, , İstanbul, 1993, s.246, 247.

22 Celalettin Arif Bey, *Hukuk-ı Esasiye,* Yay. Haz. Ekrem Yıldırım, Erguvani Yay., Ankara, 2015, s.11.

23 İngiltere, Amerika, Almanya, Avusturya, İsviçre, Norveç, Belçika, Lüksemburg, Yunanistan, Romanya, Sırbıstan, Bulgaristan, Rusya, Japonya, Mısır ve İran'dan bahsetmektedir. Celalettin Arif Bey, s.146-154. Fransa'nın anayasal gelişmelerini tafsilatlıca incelemektedir. Celalettin Arif Bey, s.154-178.

24 Celalettin Arif Bey, s.12.

25 Bu noktada Arif Bey'de Fransız devriminin ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin temel değerlerinin etkileri bütünü ile görülür.

26 Celalettin Arif Bey, s.13, 14. Cumhuriyet dönemi hukuk müfredatımız da benzer bir dil üzerinden insan, toplum ve hukuk ilişkilerini temellendirmektedir. Bkz. Aybay Rona, *An Introductıon To Law,* İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları , 5.Baskı , İstanbul 2018 , s 3-4. İnsanın sosyalliği ve toplumsal düzen ihtiyacı ve hukuk ilişkisi için Ayrıca Bkz.Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,* Oniki Levha Yay., İstanbul, 2012, 7. Baskı, s.16-17.

ayrışmadan kavrayarak iktidar kavramı üzerinden düşünür.[27] Bu noktada görüşlerini Fransız anayasa hukukçusu Duguit üzerinden ifade etmektedir.[28] Arif Bey eserinde evleviyetle iktidarın ilahi kaynağı sorununu tartışırken akabinde demokrasi doktrinini ele alır. Demokrasinin mutlak surette halkın özgürlüğünü sağlayan bir idare şekli olduğunu iddia etmenin feragat edilmesi gereken bir zehap olduğunu belirterek tartışmaya başlar.[29] Demokrasiyi siyasi iktidarın oluşması bakımından halkın ortak iradesine dayalı hali ile de meşru bir kuvvet veren doktrin şeklinde hülasa eder.[30] Ancak Arif Bey'e göre demokrasi hiçbir zaman siyasal sisteme kendi başına bir cumhuriyet niteliği kazandırmamaktadır.[31] Bir başka ifade ile iktidarın gücünü halktan alıyor olması doğrudan bir cumhuriyet neticesi doğurmayacağı gibi muhtelif siyasal rejimler türetebilecektir.[32] Arif Bey 19.yy'da Fransa'da halktan güç alan bir parlamentonun teşekkül etmesi ile bütün siyasal krizlerin ve sorunların önüne geçilebileceği noktasındaki yaygın kanaat ile cumhuriyetin demokrasi usulüne en uygun yönetim şekli olduğu yönündeki yaklaşımları ezber olarak nitelendirmektedir.[33] Ancak yönetim hususunda bir ezberi yahut fikri sabitesi yoktur. Arif Bey demokratik bir seçim usulü ve husule gelen parlamentonun da *istibadat* (otoriter idare) meydana getirebileceğini ve hatta müstebit bir idarenin bu şekilde hükümdarlar tarafından tesis olunan istibdattan daha kesin olacağını ifade ederek temelde bireylerin hakkının müdafası bakımından siyasal sistemi ele alır.[34] Demokrasinin anayasal felsefesini 1789 tarihli Fransız beyannamesine ve 1791 tarihli Fransız Anayasasına dayandırır.[35] Bu noktada Fransa'daki parlamenter usulün esasında hükümeti bir zümre eline hapsettiği üzere oligarşi olduğunu ifade

---

27 Arif Bey bu noktada Fransız Anayasa hukukçusu Duguit'in görüşlerini paylaşmaktadır. Bu farklılaşma Afrika'daki kabile riyaseti nevinden bir farklılaşmadan ziyade zorlayıcı bir iktidar mekanizmasını gerektirecektir şeklinde durumu örneklendirir. Celalettin Arif Bey, s.19.

28 Bkz. Zabunoğlu, Yahya K., *Devlet Kuramına Giriş, Tanım- Kaynak-Unsurlar,* İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.85, 86. Ayrıca bkz. Bkz. Abadan, Yavuz, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri,* Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952, s.137, 138.

29 Celalettin Arif Bey, s.22.

30 a.e.

31 a.e.

32 Nitekim demokrasi ve cumhuriyetin geçişken yaygın kullanımı sorunu bugün için de mevcuttur. a.e.

33 a.e.

34 Bu bakımdan iki meclisin meydana getirdiği tek bir parlamento ile yasama faaliyetinin yapılması ve parlamentonun gücünün yine iki meclis vasıtası ile dengelenmesi gerektiği fikrini savunmaktadır. Bkz. Celalettin Arif Bey, s.23, 121, 122.

35 Arif Bey demokrasinin bu yolu tercih edenler tarafından adeta din gibi telakki edildiğini belirterek mealen taassup arz eden bir fikri sabite olduğunu ifade etmektedir. Celalettin Arif Bey, s.23.

etmektedir.[36] Arif Bey'in yine çağdaşı Babanzade İsmail Hakkı Bey gibi kamusal meselelere ve kamu hukukuna liberal bir yaklaşım içinde bulunduğu görülmektedir.

II. DEVLET VE HÜKÜMET GÖRÜŞÜ

A. DEVLETİN HUKUKİ KİŞİLİĞİ SORUNUNA YAKLAŞIMI

Devletin hukuki kişiliği, devletin bir tüzel kişi olarak kendini meydana getiren insan topluluğundan ve yürütücü gücünden bağımsızlaşarak kişilik dışı, bütün ve süreklilik arz eden özetle kurumsal varlığını ifade etmektedir.[37] Devletin tüzel bir kişi olarak düşünülmesi öncelikle devletin toplumsal bir yapı olarak ön kabulünü gerektirir. Hali ile toplum devletten önce kurularak topluma da kendini meydana getiren insanlardan farklılaşan bağımsız bir varlık atfedilmiş olunur. Arif Bey kollektif bir bünye olarak toplumun teşkilatlanmasını ve bu kollektiviteye bağlı olarak tek bir iradeye sahip olması için bu yapıya bir kişilik atfedilmesi ve bu durumıun ispatının da imkansız olduğunu dile getirir.[38] Kendi tabiri ile *müşterek bir benlik* günümüzde doktrindeki karşılığı ile ulusun tüzel kişiliğinin tesisi için Rousseau ve Hobbes'un sosyal sözleşme teorisine müracaat edinildiğini söylemektedir.[39] Arif Bey topluluğun her bir bireyinin ortak bir arzu ve irade sahibi olmasından hareketle meydana tek bir kişilik ve ve bu bireylerden bağımsız bir iradenin meydana geleceği tezini mutlak surette imkansız bir ispat durumu doğurduğunu ifade etmektedir.[40] Eserde ulusun hali ile de yekpare bir bir varlık tesis etmek üzerinden tek bir tüzel kişilik ve irade olarak neşet edecek olan devletin tüzel kişiliğine ilişkin tez ve teklifleri Duguit'in görüşlerine muadil olarak şekillenmiştir.[41] Ortak bir iradenin teşekkül ettiği farz edilse dahi bu iradenin meşruiyeti[42] ve

---

36 Celalettin Arif Bey, s.140.

37 Akbay, Muvaffak, *Umumi Amme Hukuku Dersleri,* Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1958, 3.Baskı, s.458, 459. Konunun ayrıntılı tahlili için bkz. Anıl İbrahim Bakırcı, Devletin Hukuki Kişiliği (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı Ankara, 2020, s.314.

38 Celalettin Arif Bey, s.23.

39 Arif Bey'e göre bu durum yalnızca varsayımdan ibarettir. Zira topluluk olarak var olmak bir sözleşme üzerinden açıklandığı takdirde insanın zaten topluluk içinde var olmasından kaynaklanan sözleşme fikri gerçeği ıskalanmış olunacaktır. a.e.

40 Celalettin Arif Bey, s.24. Bu noktada da Duguit'in görüşlerinden etkilendiği açıktır. Bkz. Duguit, Leon, *Hak Kavramı Ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans,* Çev : Edip Serdengeçti, Yay. Haz. : Emre Partalcı, Pinhan Yay., İstanbul, 2019, s.22-44, 71-73, 97-99.

41 Duguit'in görüşleri için bkz. Leon, Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri,* Çev : Süheyp Derbil, İstikalal Matbaacılık, Ankara 1954, s.49-68.

42 Ancak şu nokta dikkate değerdir ki direnme hakkı şeklinde tevil edilebilecek olan otoriter idareci olarak hükümdara karşı yapılan devrimleri hikmeti kendinden menkul şekilde meşru bulmakta yalnızca demokrasi üzerinden doğacak olan şeyin bir halk

uygulanabilirliği noktasında tereddüt taşır.[43] Bu noktada Russocu anlamda genel iradenin tek bir kişiliğin iradesi olduğu yönündeki tezi reddederek nihayetinde iradenin insani bir nitelik ve dışavurum olmasından hareketle bireylerden müteşekkil ve bireyleri tenzih eden kamu adına tek ve bütün bir irade düşüncesini eleştirir, buradan bir tahakküm sahibi siyasi iktidar doğmasını imkansız olarak niteler.[44] Bu varsayımsal iradeyi Fransız devrimi öncesinde Kral üzerinde meşruiyet ve kuvvet dayanağı olduğu farz edilen ilahi hukuk cinsinden bir varsayım olduğunu belirtir.[45] Nitekim Duguit'te modern kamu hukukundaki egemenlik düşüncesini temelde Romavari olarak nitelerken Hristiyan teolojisindeki ilahi kudretin seküler manada Kral'a ve dolayısı ile devlete aktarıldığını dile getirmektedir.[46] Bu anlamda Arif Bey'e göre ulusal egemenlik düşüncesinde ispata kabil olmayan benzer bir kabulden ibarettir.[47] Egemenlik meselesine yaklaşımı egemenlik ve kişiliğin doktrinde birlikte ele alınması[48] bakımından önem teşkil etmektedir.

Siyasi iktidarın toplumun olgunlaşması ile doğduğunu belirterek toplum içerisindeki bir grup ya da zümrenin diğerlerine olan cebri üstünlüğünden kaynaklandığını düşünür.[49] Arif Bey kuvvet olarak

---

otoriterleşmesi olmasından kurtarmak gerektiğini ifade etmektdir. Celalettin Arif Bey, s.25

43 Celalettin Arif Bey, s.24

44 a.e. Örneğin bu noktada genel iradenin subüt etmesi bakımından demokratik kıstaslarla yapılan genel seçimler olsa dahi Fransa'da iktidarın belirli bir zümre elinde olmasını işaret etmektedir. Celalettin Arif Bey, s.30.

45 Celalettin Arif Bey, s.24. İlaveten otoriter bir siyasal sistem üretmek bakımından bir Kral ya da parlamentonun fark üretmeyeceğinden hareketle hem ilahi hukuk doktrinini hem de sosyal sözleşmeden kaynaklanan ve demokratik ilkeler ihtiva eden laik sistem arasında bir fark görmemektedir. Celalettin Arif Bey, s.27. İlaveten bu yaklaşımı modern devlet teorisine hristiyan ilahiyatının tesiri bakımından Carl Schmitt'in yaklaşımını gündeme getirmektedir. Bkz. Schmitt, Carl, *Siyasal İlahiyat,* Çev: A.Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yay., Ankara, 2010, 3. Baskı, s.52.

46 Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar),* Beta Basım Yayım , İstanbul, 2016, 22. Bası, s.139.

47 Celalettin Arif Bey, s.24.

48 Duguit, 2019, s.22-44, 71-73.

49 Celalettin Arif Bey, s.26, 64. Arif Bey'in bu görüşü Fransız Kamu hukukçusu Leon Duguit'in görüşlerini aynen yansıtmaktadır. Alternatif bir okuma için bu noktada belirtmek gerekir ki İbn Haldun'un El-İber isimli eserinin girişi mahiyetindeki kısmı olan Mukaddime'deki devlet ve toplum görüşüne müracaat etmek gerecektir. Haldun'un devlet ve siyaset düşüncesinin temelinde yeralan asabiyet teorisine göre kabileler şeklinde teşkilatlanmış ve bölünmüş olan toplum içerisinde siyasi iktidar bir grubun asabiyet tesis edip diğerlerine galebe çalması ile mümkün olacaktır. Bkz. İbn Haldun, *Mukaddime,* Haz. Süleyman Uludağ, Dergah Yay., İstanbul, 2018, 17. Baskı, s.385. Bir değerlendirme için ayrıca bkz. Ümit Hassan, *İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi,* DoğuBatı Yay., Ankara, 2015, 6. Baskı, s.212, 251. İlaveten bu yaklaşım Ahmet Cevdet Paşa tarafından Osmanlı modernleşmesi sürecinde de güçlü hükümet ihtiyacı

üstünlük bakımından muhtelif etkenler sayar. Bunlar : dini / manevi, fikri, maddi yahut da ekonomik anlamdadır.[50] Böylelikle Duguit'in devletin temeline koyduğu iktidar etkeni ve yöneten yönetilen ayrımı doğrudan gündeme gelmektedir.[51] Arif Bey devletin temeline iktidar olgusu dahilinde yöneten ile yönetilen farklılaşmasını yerleştirdikten sonra bu iktidarın meşruiyeti bakımından devletin meşruluğu bakımından hukukiliğini tartışır. İlaveten bu noktada şu hususu tefrik etmek gerecektir. Devletin sosyolojik şartlar içerisinde insanın toplumsal yönü ve varlığı dahilinde iktidar olgusu üzerinden oluşumu ile 19.yy'da hakim devlet doktrinlerinden biri olarak anayasal felsefeyi de biçimlendiren liberal hukuk devleti düşüncesi dahilinde bir hukuk devleti olarak kuruluşu tefrik edilmelidir. Böylelikle devletin hukuki teorisi bakımından devletin meşruiyetini temin etmesi bakımından bir hukuk dahilinde kurulması gerekecek hali ile de devlete hukuken tanınan bir kişilik atfetmek gerekecektir.[52] Bu ayrım devletin sosyolojik manada teşekkülü ile bir hukuk devletinin teşekkülü arasındaki farkı göstermektedir. Bir devlet hukuki anlamda kişilikten yoksun olsa dahi fiilen devlet irtifasında kavranacak bir siyasi iktidar olarak görülebilse dahi meşruiyet sahibi bir devletin hukuk devleti olarak tescili için devletin hukuki bir kişiliği hukuk önünde kazanması zaruri olacaktır. Bu noktada Arif Bey'e bir devletin hukuk devleti olabilmesi bir başka deyişle hukuka dayanan bir devlet statüsüne sahip olabilmesi için hukuki kişiliklerinin olması gerekecektir.[53] Nitekim adı Krallık ya da cumhuriyet olsun hukuku başlattığı insanın doğal olarak hayata gelmek ile insan olması bakımından sahibi olduğu haklar manzumesinin korunması hususundaki kaygısına rucü edecek olursak hükümet sistemi ve devlet şekli ne olursa olsun devletin liberal bir felsefe dahilinde teşekkülünü önemsemekte bunun da siyasal iktidar olarak görünümünü bir hukuk devleti (*devlet-i kanuniye fikri*) olarak nitelemektedir.[54] Arif Bey devletin kişiliğini var eden unsurları hukuk teorisinde Jellinek'in ismi ile müsemma olan üç unsur teorisi dahilinde ele almıştır. Bunlar : toplum (*heyet-i içtimaiye*) , arazi ve hükümet başlıkları ile verir. Ancak günümüz anayasa doktrininde ve Jellinek'in eserinde bu başlıklar ulus, vatan ve egemenlik olarak geçmektedir. Hali ile Arif Bey hükümeti

---

üzerinden benimsenmiştir. Bkz. Sözen, Kenan, *Ahmet Cevdet Paşa'nın Felsefi Düşüncesi,* M.Ü, İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, 1998, s.1-7. Nitekim Arif Bey'de iktidarı elde eden grup ve toplumsal birim olarak toplumun teşekkülü evvelinde taifelerin ve aşiretlerin olduğunu ifade etmektedir. Celalettin Arif Bey, s.27, 28.

50 Celalettin Arif Bey, s.26, 27.

51 Arif Bey bu ayrımı doğrudan kabul etmektedir. Celalettin Arif Bey, s.28.

52 Celalettin Arif Bey, s.32.

53 a.e.

54 Celalettin Arif Bey, s.32, 79, 104. Hukuk devletinin siyasi tarihimizdeki sergüzeşti için bkz. Kaynar, Reşat, *Türkiye'de Hukuk Devleti Kurma Yolundaki Hareketler,* İstanbul Tan Matbaası, İstanbul, 1960, ss.196.

anayasa hukuku anlamında iktidarı temsil eden bir zümre olarak teknik bir kullanım yerine iktidar olarak kullandığını görmekteyiz.[55] Bu açıklamadan sonra tekrar devletin hukuki kişiliğine (*devletin şahsiyet-i hukukiyesi, devletin şahs-ı kanunisi*) dönersek bu kavrama ilişkin teorileri tartışmaya açmaktadır. Bu noktada temelde iki yaklaşımdan hareket etmektedir. Bunlar : zarureten kabul edilen bir varsayım ve gerçekten bir kişiliği olması şeklindedir. Devletin hukuki kişiliğininin fiktif anlamda mevcut olan zaruri bir kabul olduğu tezini devletin hukuken kurulan bir siyasi iktidar olması bakımından verirken devletin kişiliğinin gerçeğe dayanması tezini ise temelde devletin esas unsuru olarak ifade ettiği toplumun gerçek anlamda bir idrak ve irade sahibi olmasında aramaktadır.[56] Arif Bey, topluma atfedilecek olan kişiliğinde hali iradenin de maddi anlamda bir gerçek ihtiva etmemesinden hareketle kişilik nitelendirmesinin hukuki bir tasarruf olarak hukuken üretilen ve takdir edilerek devlete özgülenen bir hukuki gerçeklik olduğunu belirtir.[57] Nitekim bu noktada devletin ne olduğunu ve kişiliğini hülasa ederken devlet için izaha gerek olmaksızın aşikar anlamında *bedahet* ifadesini kullanır.[58] Eserde devletin hukuki kişiliğinin delil ve ispata gerek duyulmaksızın aşikar bir biçimde bedihi şekilde idrak edilebilir varlığını şu cümleler ile dile getirmektedir : *''Devlet bir bedahettir, bir kitle-i içtimaidir. Ve heyet-i içtimaiyenin vahid-i kıyasisidir ve bu vahid-i kıyasilik de hiçbir zaman farzi değildir. Ohalde, heyet-i içtimaiyenin vahid-i kıyasileri de* insanlar *gibi, bir şahsiyet-i hukukiye malik olurlar.''* [59] Nitekim Arif Bey bu teorilerin artık bir anlam ifade etmediğini konunun tartışma ve tansiyon[60] barındırmadığını devletin kişiliğinin herkes tarafından kabul edildiğini ifade etmektedir.[61] Arif Bey bu hukuki kişiliğin maliki olduğu kuvveti egemenlik (*hakimiyet*) olarak ifade eder.[62] Hülasa edecek olursak Arif Bey'de devletin kişiliği devletin objektif anlamda fiziki mevcudiyetinden ziyade hukuk üzerine ve hukuk eli ile vasıflandırılarak teşekkül etmesine içkindir.[63]

---

[55] Hükümet kavramına ilişkin olarak hükümetin müstakil bir hukuki kişiliği haiz varlık yahut toplum adına vekaleten var olan bir zümre olduğu hususunu tartışmaktadır. Celalettin Arif Bey, s.32.

[56] a.e.

[57] Celalettin Arif Bey, s.33.

[58] a.e.

[59] a.e.

[60] 19.yy Alman hukuk doktrininde Almanya'ya hususi siyasi şartlar içerisinde tartışılmış ve Alman kamu hukuku doktrininin devlete ilişkin temel tartışmasını temsil etmiştir. Bkz. Akkaya Kia, Rukiye, *Bir Ders Konusu Olarak ''Devlet'' ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri,* Beta Basım Yay., İstanbul, 2016, 2.Baskı, s.87, 88, 90.

[61] Celalettin Arif Bey, s.33.

[62] a.e.

[63] Bunu hukuken varlığı ve faaliyetleri belirlenmiş devlet anlamında kullanmakta ve Alman hukuk devleti (Rechstaat) atıfta bulunmaktadır. Celalettin Arif Bey, s.33-37.

B. HUKUK-I ESASİYE'NDE OSMANLI DEVLETİ'NİN HUKUKİ TEŞRİHİ

Arif Bey, devlet ve hukuka ilişkin bu temel girizgah akabinde Osmanlı anayasa hukukunun (*Osmanlı hukuk-ı esasasiyesi*) esaslarını tartışır.[64] Devleti üç temel görev üzerinden kavramaktadır. Bu da devletin modern anayasa hukukunda da görülen üç temel fonksiyonunu göstermektedir. Bunları : yasama (*vazife-i kanuniye*), yürütme (*vazife-i idare*), yargı (*vazife-i kazaiye*) verir.[65] Yukarıdaki bölümde devlete yaklaşımını incelediğimiz Arif Bey'e göre hükümet ise temelde yürütücü heyet anlamında kullanılmaktadır.[66] Ancak hükümetin iki ayrı manaya delalet ettiğini ifade eder. Öncelikle hükümet müstakil bir erk olmaksızın devletin idari kurumlarının tamamına şamil parlamentonun denetimi altında bir heyet iken yürütmenin klasik fonksiyonları dışında da faaliyetleri mevcuttur.[67] Hükümeti Monark (*hükümet reisi*) temsil etmektedir.[68] Sistemde hükümet mevkiinde Monark bakımından kalıtsal bir süreklilik var ise sistemi Monarşi (*Hükümet-i vahid*) olarak nitelerken aksi yöndeki sistemi cumhuriyet (*hükümat-ı cumhuriye*)[69] olarak nitelendirir.[70] Mutlak monarşi ve otoriter rejim (*hükümat-ı müstebide*) arasında tefrike giderek mutlak monarşide kanunu vaaz eden Monark'ın kanun ile bağlılığının hilafına otoriter rejimde kanunla bağlılık yönünden keyfiliğe vurgu da bulunmaktadır.[71] Cumhuriyetlerde ise hükümetin bir ya da birkaç kişi elindeki heyet olduğunu ifade etse de devlete ait iktidarın bu heyetin elinde toplanması durumunda yine otoriter rejimin (*hükümet-i mutlak*) üreyeceğini ifade etmektedir.[72] Arif Bey devrindeki monarşilerinin sınırlandırılmış bir iktidara sahip olduklarını vurgulayarak parlamentoyu devletin yürütme erkine dayalı faaliyetleri bakımından etkin görmektedir.[73] Bu yönetime sınırlandırılmış monarşi (*mahdut monarşi*) adını vermektedir.[74] Arif Bey milli egemenlik doktrini çerçevesinde hükümdarın konumunun bir temsil organı olarak çözümlenmeye çalışıldığını bu noktada da 1791 tarihli Fransa anayasasını misal vererek Kral'ın Fransa'nın değil Fransızların kralı olmasından mülhem vasıflandırıldığını ifade

64 Celalettin Arif Bey, s.45.

65 Celalettin Arif Bey, s.80.

66 Celalettin Arif Bey, s.130.

67 a.e.

68 Celalettin Arif Bey, s.131.

69 Kullanım için bkz. Celalettin Arif Bey, s.132.

70 Celalettin Arif Bey, s.131, 133.

71 Celalettin Arif Bey, s.131.

72 a.e.

73 a.e.

74 Hükümdarın bahşettiği haklar ve meclisin varlığı lütfedilme olarak yine hükümdarın takdirindedir. Celalettin Arif Bey, s.132.

etmektedir.[75] Meseleyi meşruti monarşilerde parlamentonun zuhuratı üzerinden (*hükümat-ı meşrute*) iki hükümdarın bulunduğu bunların Kral ve parlamento olduğu tespiti ile hülasa eder.[76]

Osmanlı anayasa hukukunun temelinde İslam dininin ve hali ile de şeriat-ı Muhammediye de olduğunu ifade etmektedir.[77] Bunun da temelinde bulunan asli ilkenin meşveret olduğunu beyan eder.[78] Osmanlı yönetimini bu ana ilke üzerinden kavrarken Sultan Süleyman ile tekemmül eden idari düzenin Sultan Selim Salis ile beraber yenilenmeye başladığını belirterek Sultan Mahmut, Sadrazam Alemdar Mustafa Paşa, Sultan Abdülmecid, Sadrazam Mustafa Reşid Paşa, Sultan Abdülaziz, Ali Paşa ve Mithat Paşa'yı zikreder.[79] Ancak Arif Bey mevcut anayasal sistem ve devlet teşkilatını tartışmaz. Devleti husule getiren unsurlara ilişkin olarak evleviyetle insan topluluğunu (*heyet-i içtimaiye-i insaniye, millet*)[80] esas kabul ederken akabinde belirli bir ülkenin (*malumü'l- hudut bir ülke, vatan*) varlığını üçüncü unsur olarak ise egemenliği (*hakimiyet, kuvve - nufüz*) akabinde ise hükümet organını vermektedir.[81] Devleti tamaman modern devletin standartları ile kavradığını göstermektedir.[82] Arif Bey açıkça Osmanlı'da devletin hukuki anlamda tüzel kişiliğine ilişkin bir tartışmaya girmeksizin kişiliğin devlet bakımından varlığını bedihi bulduğu üzere kabul ederek millet-i Osmaniye'nin, devlet-i Osmaniyye'nin şahsiyetinin bir unsuru olduğunu dile getirirken zımnen bu kabulünü göstermektedir.[83] Osmanlı'yı bir hukuk üzerine inşa edilen bir devlet olarak tasavvur ettiği üzere kişiliği doğrudan Osmanlı hakkında takdir etmiş gözükmektedir. Bu tespiti akabinde Arif Bey milletin devletten ayrı bir kişiliğinin bulunup bulunmadığı sorusu üzerine yoğunlaşır. 19.yy içinde milletin devletten bağımsız bir kişilik teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Arif Bey evleviyetle Fransız teorisinin bir hülasasını sunar. Fransız İhtilaline

---

75 "*Milletin mümessilleri, heyet-i teşriiye ve kraldır."* a.e.

76 a.e.

77 Celalettin Arif Bey, s.45.

78 Birçok hadisi eserine iktibas etmiştir. İbnü'l Arabi ve İmam Gazali'den müşavere esasını desteklerken Hz. Ömer üzerinden rol model bakımından konuyu somutlaştırır. İbn Haldun'dan da misal verir. Celalettin Arif Bey, s.45-48, 178.

79 Arada bir otoriter dönem olduğunu belirterek isim vermeksizin Sultan Abdülhamid devrine atıfta bulunur. Osmanlıların tekrar yükselişini Kanun-ı Esasi olarak anayasaya dayanmakta bulur. Celalettin Arif Bey, s.179-182.

80 Osmanlı vatandaşlık hukuku bakımından meşrutiyetin de teşkil ettiği hukuki durum dahilinde Osmanlıcılığı müdaafa etmektedir. Celalettin Arif Bey, s.52.

81 Celalettin Arif Bey, s.49.

82 Nitekim devlet hakkında modern kamu hukuku doktrininin tanımlamasını benimser. "*Bugünkü kavanin-i esasiyenin kaffesi tarafından kabul olunup, meydan-ı intişara vaz'olunan nazariye mucibince devlet, kuvve ve iktidar-ı siyasiye malik ve bir arazi üzerinde meskun bir kitledir…"* şeklinde izah getirir. Celalettin Arif Bey, s.64.

83 Celalettin Arif Bey, s.53.

hakim olan siyasi felsefe dahilinde millet hem kendini meydana getiren bireylerden ayrılırken hem de devletten bağımsız bir varlık arz etmektedir. Devletin egemenlik unsuru da esasta millete ait olduğu üzere millet müstakil bir kişiliği haiz olarak görülür.[84] Fransız teorisinde milletin sahibi olduğu müstakil kişiliği egemenliğin asli sahibi olarak görülmesinden kaynaklandığını ifade eder.[85] Egemenliği devletin asli unsuru olarak işler.[86] Egemenliği evleviyetle bir irade hali olarak ele alırken esasta devletin de belirli bir ülke üzerinde teşkilatlı bir millet olduğu kabulünden hareketle Rousseau üzerinden millete ait olarak kabul ederek 1789 Fransız devrimine de atıfta bulunarak egemenliğin iradi anlamda ifadesini yasalar olarak kabul etmektedir.[87] İkincil olarak egemenliği emretme hali olarak nitelerken devletin meydana gelmesi bakımından hükümet edici mevkiideki grubun diğerlerine karşı üstünlüğüne de bir mehazda bulunur.[88] Egemenliği bütünü ile modern bir yaklaşım ile kavrar.[89] Millet üzerinden işlemesi ise laik bir iktidar üzerinden anayasal görüşlerini temellendirmektedir.

Devletin hukuki kişiliğine giden süreçte devletin toplumsal bir beden olarak kavranması hali ile de toplum minvalinde düşünülmesi bakımından millet kavramı özgül ağırlığı oluşturmaktadır. Arif Bey eserin hemen tamamında millet üzerinden kamu hukukuna ilişkin temel sorunları tartışır. Devletin hukuki kişiliği ilkesine devlet namına ve millet adına yapılacak faaliyetlerin üç ayrı erk[90] üzerinden yapılması hali ile de devlet ve hükümet edici mevkiide olanların müstakil bir organ olarak farklılaşan yürütme üzerinden gerçekleşmesi de yine devletin hukuki kişiliğine yönelik bir siyasi felsefeye sahip olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda Osmanlı'nın anayasal düzeni içerisinde kuvvetler ayrılığını tartışır. Arif Bey mevcut Osmanlı anayasal sisteminin 1791 tarihli Fransız anayasanın öngördüğü sisteme bütünü ile muhalif olduğunu zira kuvvetlerin birbirlerinden ayrılmasından ziyade kuvvetli irtibatı yönünde olduğunu belirtir.[91] Bu noktada özellikle hükümdar

---

84 a.e.

85 Nitekim milli egemenlik teorisinin temelinde yatan da budur. Celalettin Arif Bey, s.53, 54.

86 Celalettin Arif Bey, s.64-66.

87 Celalettin Arif Bey, s.67.

88 Celalettin Arif Bey, s.67-71.

89 Egemenliği emretme gücüne sahip ve dışardan sınırlandırılamaz bir irade olarak tanımlar. Bu yaklaşımı modern egemenlik teorisine şeklini veren Bodin'in egemenliğe ilişkin olarak mutlak, bölünmez ve devredilemez ve süreklilik kıstaslarını vermesi üzerinden görürüz. Celalettin Arif Bey, s.71-76.

90 Montesquieu ve Locke üzerinden teorik olarak konuyu işlemektedir. Ancak konuya ilişkin anayasal yaklaşımını kesin olarak şekillendiren 1791 tarihli Fransa anayasasında *"…bütün kuvanın masdarı olan millet, bu kuvayı ancak vekalet ile istimal eyliyebilir."* hükmüdür. Celalettin Arif Bey, s.115.

91 Celalettin Arif Bey, s.116.

olarak Osmanlı Sultanı'nın anayasal mevkiine odaklanıldığında makamın teoride yürütme içinde telakki edilmesine rağmen fiiliyatta devletin bütün faaliyetlerine katıldığını ifade etmektedir.[92] Egemenliğin temelde bir ve tek olduğunu bu erkler vasıtası ile ortak bir biçimde kullanıldığını ifade eder.[93] Hali ile her ne kadar devletin hukuk üzerine inşa edildiğini dile getirse de Osmanlı'da ideal bir yönetim bakımından kuvvetler ayrılığının varlığını kabul etmemektedir. Bu noktada Osmanlı'da devlete hukuki kişilik atfetmesi ilk olarak devletin olmazsa olmaz şartı olarak bir kişiliğinin olduğundan bahisle genel bir nitelendirmeye ve zaten devletin hukuk üzerinden temellendirilmesine hali ile de hukuki anlamda bir kişiliğe sahip olduğu yönündeki ön kabulden hareket etmektedir. Hali ile Celalettin Arif Bey'in devletin tüzel kişiliği ne Hegelyan anlamda tinsel bir gerçeklik olarak devletin mistifikasyonuna ne de sözleşme teorilerinden hareketle toplumsal beden tasavvurunun hukuki bir yansıması olarak gözlemlenemez. Aynı zamanda kişiliğe yüklediği anlamın bugün pozitif hukukta devlet işlemlerinin sürekliliği bakımından anlamlandırılması dahilinde de ilave bir hassasiyet barındırmamaktadır. Onun için devletin hukuki kişiliği devletin ontolojik olarak mevcudiyetinin hukuk üzerinden dış dünyada var olacağı bir temellendirmeye içkindir. Bu manada da Nizamülmülk'ün Siyasetname eserinden beridir Türk devletlerine hakim bir ilke olarak devletin zulüm ile abad olamayacağı sözünün mevhum-u muhalifinden hareketle gelen geleneksel bir adillik ve hukuk algısı baskın görülmektedir. Bu anlamda da modern kamu hukuku doktrininin devletin varlığı bakımından devletin hukuki kişiliğine ve bu kişiliğin varlık sebebi ve sonuçlarına yaklaşımı ile tam bir özdeşlik içinde değildir.

SONUÇ

Osmanlı'da 19.yy'da yaşanan anayasal gelişmeler etrafında modern anayasa hukuku doktrini de gelişim göstermiştir. Bu bakımdan Türk Anayasa Hukuku doktrininin Osmanlı Dönemi içerisinde ikinci devresi olarak telakki edilen Cumhuriyet'in kuruluşuna kadar geçen süre zarfında Celalettin Arif Bey ve Babanzade İsmail Hakkı Bey öne çıkan isimler olmuşlardır. Celalettin Arif Bey hem anayasa hukukçuluğu hem de önemli bir siyasi figür olarak anayasal gelişim sürecimizde bir köşetaşını ifade etmektedir. Hukuk-ı Esasiye isimli eseri Avrupa'da anayasa hukuku özelindeki tartışmaların Türk düşüncesi ve Türk

[92] Parlamento'ya ilişkin olarak ise Kanun-i Esasi dahilinde tertip edildiği kanuni hadler dahilinde çalıştığı ve Sultan'a yönelik olarak hukuk üretmini gerçekleştiren yasama faaliyetleri kapsamında sahip olduğu bazı hakları işaret etmektedir. İlaveten yargının üçüncü bir kuvvet olarak varlığını tartışmalı bulmakta ve müstakil bir kuvvet olarak telakki edilmesine karşı çıkmaktadır. Celalettin Arif Bey, s.117, 118.

[93] Celalettin Arif Bey, s.119, 120.

Anayasa Hukuku Doktrini içerisinde tanınması ve kavranması bakımından da öncü nitelikte bir metin olarak tarihe geçmiştir.

Osmanlı devleti muadili Avrupa Krallık'larına Avrupa'nın kendi gözü ile yapılan okuma üzerinden halihazırda anayasa doktrinimiz dahilinde ele alınmaktadır. Bu anlamda Osmanlı'ya yönelik olarak hususi bir okuma bir başka ifade ile anayasa hukuku üzerinden devletin teşrih edileceği çalışmalar halen ihtiyaç olarak görünmektedir. Özellikle modern ulus devlet olarak Türkiye'nin kuruluşu ve sahip olduğu anayasal felsefe dikkate alındığında devletlerin halefiyeti dahilinde silsile ifade ettiği Osmanlı ile ilişkisinin derinleşmesi ve daha da önemlisi Türkiye'nin daha iyi anlamlandırması bakımından Osmanlı ile modern kamu hukuku paradigması üzerinden kurulacak bilimsel ve objektif bir irtibatlandırmanın zarureti açıktır. Bu anlamda da en temel husus devletlerin halefiyeti dahilinde Osmanlı Devleti'nin hukuki bir kişi olarak Türkiye'nin hukuki kişiliğinde tekabül ettiği anlam olacaktır. Bu hususta da zorlama irtibatlandırmalar ve anokronizm payı yüksek ortaklıklar yerine objektif olarak devletlerin halefiyeti ilkesi dahilindeki bilimsel bakışın hem siyasi tansiyonu düşürücü hem de tarih ve hukuk algımız bakımından geniş bir mutabakatı toplum nezdinde tesis edici bir cihet ifade ettiği de açıktır. Bu tespitler arka planında hukuk düşüncesi bakımından Celalettin Arif Bey köprü vazifesi gören isimlerden başlıcalarındandır.

Celalettin Arif Bey'in Hukuk-ı Esasiye'sine baktığımızda Cumhuriyet sonrası anayasa hukukumuzda, anayasal gelişmelerde ve siyasal hayatımızda gözlemlenen tartışma ve olguların kahir ekseriyetinin nüveleri görülecektir. Devletin modern bir şekilde kavranması, devletin erkler üzerinden tarif edilmesi, millet unsuruna yapılan vurgular ve en önemlisi de devletin hukuk üzerinden kendini inşa ederek sahip olacağı kişiliğin ortaya konulması hukuk hafızamız bakımından ihmal edilmemesi gereken tarihi bir realite olarak yerini korumaktadır.

Celalettin Arif Bey'in anayasa hukuku düşüncesi Fransız Anayasa hukukçusu Leon Duguit'ten oldukça etki barındırmaktadır. Nitekim bu durum Tunaya'nın II. Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e kadar geçen süre içerisinde anayasal perspektifin yine Fransız kamu hukukçusu Esmein ve Duguit üzerinden tesis edildiği tespitinin sağlaması mahiyetindedir. Ancak devlete hukuken bahşedilmiş olan kişiliği kabul ederek gerçekliği tanımaktadır. Böylelikle nispeten fiksiyon teorisindeki hukuki yaratım ile beraber sosyolojik olarak ortak bir kişilik fikrini kabul etmektedir. Ancak Celalettin Arif Bey'i 19.yy'da ve 20.yy'ın başında temel tartışmalardan biri olan devletin hukuki kişiliği sorununda diğer hukukçulardan ayıran, devletin hukuk üzerine inşa edilmesi bakımından bir kişiliğe sahip olup olmayacağı hususundaki yaklaşımıdır. Böylelikle devletin varlık göstermesi için egemenliğin uhdesinde olduğu kişilik devletin hukuk devleti niteliğini gerçekleştirmesine bağlanarak halen

küresel ölçekte tahkimi devam eden devletin bütünü ile hukuk üzerinden var olması ve biçimlendirmesi süreci için anayasa doktrinimiz bakımından milat niteliğini haiz perspektif ortaya koymuş olmaktadır.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952.

Akbay, Muvaffak, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1958, 3.Baskı.

Akkaya Kia, Rukiye, *Bir Ders Konusu Olarak "Devlet" ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri*, Beta Basım Yay., İstanbul, 2016, 2.Baskı.

Aral, Vecdi *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2012, 7.Baskı.

Aybay, Rona, *An Introductıon To Law*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları , İstanbul, 2018, 5.Baskı.

Babanzâde, İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye,* (Haz. : Fernaz Balcıoğlu, Ayşe Büşra Balcıoğlu), Erguvani Yayınevi, Ankara, 2014.

Bakırcı, Anıl İbrahim Devletin Hukuki Kişiliği (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, Ankara, 2020, ss.314.

Berkes, Niyazi, *Teokrasi ve Laiklik*, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2016.

Celalettin Arif Bey, *Hukuk-ı Esasiye*, Yay. Haz. Av. Ekrem Yıldırım, Erguvani Yay., Ankara, 2015.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayım Dağ., Bursa, 2018, 2.Baskı.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukuku'nun Metodolojisi*, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2013, 2.Baskı.

Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 9.Bası.

Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, 19.Bası.

Hassan, Ümit, *İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi*, DoğuBatı Yay., Ankara, 2015, 6.Baskı.

İbn Haldun, *Mukaddime*, Haz. Süleyman Uludağ, Dergah Yay., İstanbul, 2018, 17.Baskı.

Jellinek, George, *Allgemeine Staatslehre*, verlag von o.Haring, 1. Auflage, Berlin, 1914.

Kaynar, Reşat, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat* , Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2010.

Kaynar, Reşat, *Türkiye'de Hukuk Devleti Kurma Yolundaki Hareketler*, İstanbul Tan Matbaası, İstanbul, 1960

Kirchhof, Paul, ''Anayasa ve Anayasa Teorisi'' , Çev. Nedim Meriç, *Anayasa Teorisi*, Ed. İlyas Doğan, Lale Yay., Ankara, 2014

Köktürk, Milay, *Devlet ve Siyaset*, Ötüken Yay., İstanbul, 2017.

Leon, Duguit, *Hak Kavramı Ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, Çev : Edip Serdengeçti, Yay. Haz. :Emre Partalcı, Pinhan Yay., İstanbul, 2019.

Leon, Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, Çev : Süheyp Derbil, İstikalal Matbaacılık, Ankara, 1954.

Machiavelli, Niccolo, *Hükümdar,* Çev.: Necdet Adabağ, İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2016, 6.Basım.

Mehmed, Niyazi, *Türk Devlet Felsefesi*, Ötüken Yay., İstanbul, 2021, 14.Baskı.

Meriç, Ümit, *Cevdet Paşa'nın Cemiyet ve Devlet Görüşü*, Ötüken Yay., İstanbul, 1970.

Okandan, Recai Galip *Umumi Amme Hukukumuzun Ana Hatları 1.Kitap*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948.

Schmitt, Carl, *Siyasal İlahiyat*, Çev: A.Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yay., Ankara, 2010, 3.Baskı.

Sözen, Kenan, *Ahmet Cevdet Paşa'nın Felsefi Düşüncesi,* M.Ü, İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., İstanbul, 1998.

Tanör, Bülent, *Anayasal Gelişme Tezleri*, Yapı Kredi Yay., Ankara, 2008.

Tanör, Bülent, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2019, 32.Baskı.

TDV İslam Ansiklopedisi, C : 7, İstanbul, 1993.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, 22. Bası.

Türk, Hatem, *10 Temmuz Meşrutiyet Bayramı*, Boğaziçi Yay., İstanbul, 2017.

Zabunoğlu, Yahya K., *Devlet Kuramına Giriş, Tanım- Kaynak-Unsurlar,* İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

7242 SAYILI KANUN SONRASI HÜKÜMLÜLERİN AÇIK CEZA İNFAZ KURUMLARINA AYRILMALARI

Relocation to the Open Penal Execution Institutes of the Convicts in Accordance With the Law No 7242

Orhan ÖZDEMİR*

Özet: Hükümlüler ceza infaz kurumlarında bulundukları sürece, özgürlük dışında, en temel insan haklarından yararlanmaya devam ederler. Açık ceza infaz kurumları temel haklardan yararlanma, dış dünya ile iletişim ve hükümlünün yeniden topluma kazandırılmasında çok önemli avantajlar sağlayan tesislerdir.

Açık ceza infaz kurumlarına ayrılmak, kapalı ceza infaz kurumlarındaki iyi halli hükümlülere tanınan bir ödül sistemidir.

7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, özellikle COVID-19 salgını nedeniyle verilen izinler göz önüne alındığında, hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaları daha da önem kazanmıştır.

Hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaları idare ve gözlem kurulu kararı ile yapılan bir işlemdir. Ancak 7242 sayılı kanun değişikliği ile bazı suç tipleri bakımından idare ve gözlem kurulu kararının infaz hakimi tarafından onaylanması usulü getirilmiştir. Ayrıca salgın süreciyle birlikte henüz açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmayan hükümlülerin bir yıl erken açık ceza infaz kurumuna gönderilmesi imkanı da hükümlüler bakımından çok önemli bir düzenleme olmuştur

Anahtar Kelimeler: Açık ceza infaz kurumu, 7242 sayılı Kanun, iyi hal, topluma kazandırma, COVID-19 salgını, izin hakkı

Abstract: The convicts have fundamental human rights except for the freedom of movement as long as they are in the penal execution institutes. The open penal execution institutes are facilities which have important advantages on enjoying the fundamental rights, communication with the outside world and reintegrating the convicts into society.

Relocation to the open penal execution institutes is a reward system given to well-behaved convicts in closed penal execution institutes.

In view of amendments with the law no 7242, especially the leaves given due to COVID-19 pandemic, the relocation to the open penal execution institutes became more important.

The convicts are relocated to the open penal execution institutes by a decision of the institution's administrative board. However, the amendments with the law no 7242 require a new procedure which the board's decision needs to be approved by the judge of execution regarding some offences. Besides, along with the pandemic, it became an important opportunity fort he convicts to be relocated to the open penal execution institutes even if they do not meet the conditions

Key words: Open penal execution institutes, Law No 7242, well-behaved convicts, reintergating into society, COVID-19 pandemic, right to leave.

* İnfaz Hakimi, Çorum Adliyesi, baskan.orhan@hotmail.com,
ORCID: 0000-0001-6723-1805.
Makale Geliş Tarihi:17.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 28.10.2021

GİRİŞ

Ceza muhakemesi sonucunda verilen mahkumiyet hükümleri kesinleşmekle, hakkında ceza davası bulunan kişinin sanık sıfatı sona erer ve hükümlü statüsüne geçer. Bu aşamadan itibaren hükümlünün hak ve yükümlülükleri, cezanın ne suretle infaz edileceği gibi hususlar, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerine tabidir.

Cezaların infazı, temel hak ve hürriyetlerle doğrudan ilgilidir. Hükümlü statüsünde bulunan kişilerin ceza infaz kurumunda bulundukları süre içinde dahi sahip oldukları hak ve özgürlüklere müdahale edilmeksizin, infaz işlemlerinin yürütülmesi gerekir. Bu hem anayasanın, hem de tarafı olduğumuz Uluslararası sözleşmelerin bir gereğidir. Hükümlülerin kapalı veya açık ceza infaz kurumlarında bulunmaları, temel hak ve özgürlükler ile özellikle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bakımından önemli sonuçlar doğurduğundan, hangi hükümlülerin hangi şartlarda açık ceza infaz kurumuna ayrılacakları konusu, infaz hukukunda çok önemli bir yere sahiptir. Zira cezanın açık kurumda çektirilmesi ile kapalı kurumda çektirilmesi arasında çok ciddi farklılıklar bulunmaktadır[1].

Hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaları kendiliğinden yapılan bir işlem olmayıp ve fakat objektif ve subjektif olmak üzere iki şart bulunmaktadır. Objektif şart kendi içinde suç tipine göre kapalı kurumda geçirilmesi gereken süre ve koşullu salıverilmeye kalan süre olarak ikiye ayrılır. Subjektif şart ise, hükümlünün iyi halli olmasıdır.

Bazı suç tipleri istisna olmak üzere, kasıtlı ve taksirli suçlarda belli süreli cezalar doğrudan açık ceza infaz kurumunda yerine getirilmektedir. Bu durumda hükümlü kapalı kurumda kalmadığı için açık ceza infaz kurumuna ayrılması yönünde bir karar alınmasına gerek yoktur.

15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile cezaların infazı bakımından önemli değişiklikler getirilmiştir. Başta denetimli serbestlik ve COVID-19 salgını nedeniyle hükümlülere tanınan izin hakkı ve *açık ceza infaz kurumuna gönderme* olmak üzere açık ceza infaz kurumlarına ayrılma ve iyi hal kararlarının alınması usulleri bakımından getirilen bu değişiklikler, konularla ilgili olduğu ölçüde incelenecektir.

Makale içeriğinde, okuma kolaylığı sağlaması için uygulamada yerleştiği şekliyle, açık ceza infaz kurumuna ayrılma tabiri yerine *açığa ayrılma* tabiri kullanılacaktır.

[1] Şen, Ersan, *Yorumluyorum X* , Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 444

I. CEZA İNFAZ KURUMLARININ TÜRLERİ

İnfaz kurumu, sadece cezaların değil tutuklama kararlarının da yerine getirildiği üst bir kavramdır. Bu kavramın içine çocuk eğitim evleri de dahildir[2]. Bu itibarla ceza infaz kurumu ifadesi, sadece hakkındaki mahkumiyet hükümleri kesinleşenlerin barındırıldığı yerleri ifade eden daha dar bir kavramdır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİHK) 8 ilâ 15. maddelerinde, ceza infaz kurumlarının türleri sayılmıştır. Buna göre ceza infaz kurumları, temel olarak, kapalı ceza infaz kurumları, açık ceza infaz kurumları ve çocuk eğitim evleri olarak üçe ayrılmaktadır[3].

A. Kapalı Ceza İnfaz Kurumları

Kapalı ceza infaz kurumları; CGTİHK'nın 8. maddesinde; *iç ve dış güvenlik görevlileri bulunan, firar karşı teknik, mekanik, elektronik veya fiziki engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği hallerde aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasın olanaklı bulunduğu, yeterli düzeyde güvenlik sağlanmış ve hükümlünün gereksinimine göre bireysel, grup halinde veya toplu olarak iyileştirme yöntemlerinin uygulanabileceği tesisler* olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kapalı ceza infaz kurumları, infazın sıkı bir şekilde yerine getirildiği kurumlardır. Hükümlünün gerek kurumdaki diğer hükümlülerle gerekse dış dünya ile teması sınırlı düzeydedir.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin (İnfaz Yönetmeliği) 32. maddesinde kurumların iç güvenliğinin ne şekilde yerine getirileceği ve 33. maddesinde ise oda ve koridor kapılarının hangi hallerde açılacağı düzenlenmiştir.

Kapalı ceza infaz kurumları kendi içinde; yüksek güvenlikli, kadın kapalı, çocuk kapalı ve gençlik kapalı ceza infaz kurumları olarak ayrılmaktadır. (CGTİHK m. 9-11)

B. Açık Ceza İnfaz Kurumları

Açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerinde, çalışma ve meslek edinmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum

---

[2] Özbek, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 277

[3] 29/03/2020 tarih ve 31083 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" kısmında ceza infaz kurumları kavramı içinde "gözlem ve sınıflandırma merkezleri" de sayılmıştır.

görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlardır. (CGTİHK m. 14)

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan açık ceza infaz kurumları, tanımından da anlaşılacağı üzere, kapalı kurumlara göre daha gevşetilmiş bir infaz rejiminin uygulandığı, sadece iç güvenlik görevlisi denilen infaz koruma memurlarının gözetimi ve denetimi altında olan tesislerdir.[4]

Mevzuat hükümlerine göre, açık ceza infaz kurumları hükümlülere kapalı kurumalara nazaran çok sayıda hak sağlar. Hükümlülerin bu kurumlara ayrılmaları, infazın neden olduğu zorlayıcı etkileri hafifletmekte, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirmelerine ve salıverilme sonrası toplumla yeniden bütünleşmelerine yardımcı olmaktadır. Bu itibarla, açık ceza infaz kurumuna ayrılmak hükümlüler için bir hak olmanın yanı sıra önemli bir ödüllendirme sistemidir[5].

Açığa ayrılma ile ilgili temel kurallar CGTİHK'nın 14. maddesinde düzenlenmiş, aynı maddenin 6. fıkrasına dayanılarak çıkarılan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinde [6] detaylı hükümlere yer verilmiştir.

C. Çocuk Eğitimevleri

Çocuklar, ceza hukuku bakımından yetişkinlerden ayrı değerlendirildiği gibi bu özel durumları nedeniyle infaz hukuku bakımından da ayrı değerlendirilmektedir.[7] 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesine göre çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder.[8]

Gerek tarafı olduğumuz insan hakları sözleşmeleri, gerekse Anayasanın çocukların korunmasına ilişkin hükümlerine göre, infaz sürecinde hükümlü çocukların bu özel durumlarına uygun şekilde ve yetişkinlerden ayrı bir infaz rejimine tabii tutulmaları gerekir. Bu gereklilik nedeniyle, CGTİHK'nın 15. maddesinde çocuk eğitimevleri adıyla ayrı bir ceza infaz kurumu şekli benimsenmiştir.

---

4 Erdoğan, Oktay, *İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 521; Yerdelen, Erdal, "Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.8, S. 16, Aralık 2020, s.475.

5 Yenidünya, Ahmet Caner, "Açık Cezaevine Ayrılma, Açık Cezaevinde İnfaza Dair Özellikler, Açık Ceza Evinde İzin", https://caneryenidunya.com/acik-cezaevi-ozel-izin-cezaevinde-covid-19-izni-acik-cezaevinde-infaz, (çevrimiçi erişim tarihi: 16/08/2021)

6 02.09.2012 tarih ve 28399 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

7 Erdoğan, 2016, s. 1376.

8 Türkiye, BM Çocuk Hakları Sözleşmesini 14.09.1990 tarihinde imzalamış, 09/12/1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun uyarınca 23/12/1994 tarihinde onaylamıştır.

Kanunun 15. maddesine göre, çocuk eğitimevleri; çocuk hükümlüler hakkında verilen cezaların, hükümlülerin eğitilmeleri, meslek edinmeleri ve yeniden toplumla bütünleştirilmeleri amaçları güdülerek yerine getirildiği tesislerdir. Bu kurumlarda firara karşı engel bulundurulmaz; kurum güvenliği iç güvenlik görevlilerinin gözetim ve sorumluluğunda sağlanır.

Çocuk eğitimevlerinde firara karşı engel bulunmaması ve güvenliğin sadece infaz koruma memurlarınca yerine getirilmesi, açık ceza infaz kurumları ile benzer bir özellik olmakla birlikte, bu kurumlar hukuki mahiyeti itibariyle açık ceza infaz kurumu değildir. Suç işlediği zaman 12-18 yaş aralığında bulunan ve cezayı infaz etmeye başladığında henüz 18 yaşını doldurmamış olan hükümlü çocuklar bu kurumlarda barındırılırlar. Burada suçun niteliği değil, hükümlünün yaşı belirleyici bir faktördür. [9]

18 yaşını doldurmuş olmakla birlikte eğitime devam eden hükümlü çocuklar, 21 yaşını bitirinceye kadar bu kurumlarda kalmaya devam edebilirler (CGTİHK m. 15/2, Açığa Ayrılma Yönetmeliği m. 7).

Ülkemizde Ankara, Elazığ ve İzmir olmak üzere 3 tane çocuk eğitim evi bulunmaktadır[10].

Çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin hangi durumlarda açık veya kapalı kurumlara gönderileceği, yeri geldikçe ayrıca ele alınacaktır.

II. CEZALARIN AÇIK CEZA İNFAZ KURUMLARINDA İNFAZI VE AÇIĞA AYRILMA ŞARTLARI

A. Doğrudan Açık Ceza İnfaz Kurumunda İnfaz Edilen Cezalar

CGTİHK'nın 14. maddesine göre; hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılma şartları yönetmelikle düzenlenir. Ancak kanun koyucu bu kurala istisna olarak doğrudan açık kurumlarda yerine getirilecek cezaları belirleme yoluna gitmiştir. CGTİHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, bu konuda yapılan düzenlemelere göz atmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

CGTİHK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasının ilk yürürlüğe girdiği şeklinde; *ilk kez suç işleyen ve iki veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum olanların* cezalarının doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebileceği düzenlenmişti. Bu düzenlemede, doğrudan açık kurumda infaz için kasıtlı ve taksirli suç ayrımı yapılmamış, ancak hükümlünün daha önce suç işlememiş olması şartı aranmıştır. Kanunun

[9] Erdoğan, 2016, s. 532.

[10] Özbek, 2020, s.315.

14. maddesine dayanılarak çıkarılan mülga Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin [11] 5. maddesinde iki yıl veya daha az hapis cezası yanında, adli para cezası iki yıl veya da az süreyle hapse çevrilenlerin de cezalarının doğrudan açık kurumlarda yerine getirilmesine imkan sağlanmıştır.

02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinin 2. fıkrası ile doğrudan açık kurumlarda infaz ile ilgili önemli bir hüküm getirilmiştir. Bu madde uyarınca, terör suçları, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç olmak üzere; kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az, taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezaları ile adli para cezasının infazı sürecinde tazyik hapsine tabi tutulanların cezalarının doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirileceği ve bu düzenlemenin 31/12/2017 [12] tarihine kadar uygulanacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme ile, bazı suçlar istisna dışında tutulmakla birlikte, CGTİHK'nın 14/2. maddesi ve mülga Açığa ayrılma Yönetmeliğinin 5. maddesine göre doğrudan açık kurumlarda yerine getirilecek ceza süreleri hükümlüler lehine artırılmış, yine mülga yönetmelikte öngörülen adli para cezaları bakımından, hapse çevrilme süresindeki iki yıl sınırı da kaldırılarak, süresine bakılmaksızın, adli para cezasından çevrilen hapis cezalarının tümünün açık kurumlarda yerine getirilmesi sağlanmıştır.

02/09/2012 tarih ve 28399 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinin 5. maddesinde; 6352 sayılı Kanunun geçici 3/2. maddesine benzer şekilde düzenleme yapılarak doğrudan açık kurumlarda infaz edilecek cezalar belirlenmiş, 6352 sayılı Kanundaki düzenlemeye ek olarak; İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanlar da kapsama alınmıştır. Her ne kadar Kanunda olmayan bir düzenlemenin Yönetmelik hükmü ile getirilmesinin normlar hiyerarşisine uygun olmadığı akla gelebilirse de; CGTİHK'nın 14. maddesi, açığa ayrılma ile ilgili düzenlemelerin Yönetmelik ile yapılacağını öngördüğünden, bu düzenlemenin kanuna aykırı yönü bulunmamaktadır.

15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanunun 67. maddesi ile 6352 sayılı Kanunun geçici 3/2. maddesi yürürlükten kaldırılmış; aynı Kanun ile CGTİHK'nın 14. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca doğrudan açık kurumda infaz edilecek cezalar

---

[11] 17/06/2005 tarih ve 25848 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, 02/09/2012 tarih ve 28399 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelikle yürürlükten kaldırılmıştır.

[12] Maddenin uygulanacağı son tarih 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 111. maddesi ile 31/12/2022 olarak değiştirilmiş, 15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile Geçici 3. maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

yeniden düzenlenmiştir. Buna göre; terör suçları, örgüt kurmak ve yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkum olanlar, ikinci defa mükerrir olanlar ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler hariç olmak üzere; kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkum olanların; taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olanların, adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenlerin ve İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanların cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumunda yerine getirilecektir.

7242 sayılı Kanun değişikliği ile 6352 sayılı Kanunun geçici 3/2. maddesindeki 31/12/2022 tarihine kadar uygulanacak olan geçici durum yürürlükten kaldırılarak, CGTİHK'nın açığa ayrılma ile ilgili 14. maddesine kalıcı olarak eklenmiş, daha önce 6352 sayılı Kanunda yer almayan, ancak Açığa Ayrılma Yönetmeliğinde yer verilen icra iflas kanununa göre verilen tazyik hapisleri de kanuna eklenerek, Yönetmelik ile uyum sağlanmıştır.

6352 sayılı Kanunun geçici 3/2. maddesinde kasıtlı suçlar bakımından yalnızca terör suçları, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar istisna kapsamında iken, 7242 sayılı Kanun değişikliği ile bu istisnalar listesine örgüt kurmak, yönetmek, örgüte üye olmak suçları, ikinci kez mükerrirlik ile koşullu salıverilmenin geri alınması halleri de eklenmiştir.

Esasen Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 8. maddesine göre, haklarında ikinci kez tekerrür uygulananlar ile koşullu salıverilmenin geri alınmasına karar verilenlerin geri kalan cezaları bakımından açığa ayrılma hükümlerinin uygulanamayacağından bu değişiklik yalnızca yönetmelikte yer alan durumun kanuni hale getirilmesinden ibarettir.

CGTİHK'nın 14/2-a maddesinde doğrudan açığa gönderilemeyecek istisna suçlar, yalnızca kasılı suçlar bakımından öngörülmüştür. Örneğin; taksirli bir suçtan koşullu salıverilen hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınması halinde, geri kalan sürenin 5 yıl veya daha az olması halinde, doğrudan açık kuruma gönderilmesine kanunen engel yoktur. Bu sebeple, 7242 sayılı Kanun değişikliğinden sonra, Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 8/2-b maddesinde yer alan istisnanın, sadece kasıtlı suçlar bakımından göz önüne alınması gerekir.

CGTİHK'nın 14/2. maddesinde sayılan şartları taşıyan hükümlülerin açık kurumlara gönderilmesi Kanunun emredici hükmü olduğundan, bu kapsamdaki bir cezanın infazında hükümlünün açık kuruma alınması için başkaca bir şart aranmaz. Bu bakımdan kişinin iyi halli olmasının önemi yoktur. Kanunun ilk yayınlandığı şeklinden farklı

olarak önceden suç işlemiş olma hali de yeni düzenleme ile kaldırılmıştır. [13]

Hükümlülerin kanun gereği doğrudan açık kurumlara gönderilmesinde, kasıtlı suçlarda 3 yıl veya daha az, taksirli suçlarda ise 5 yıl veya daha az ceza sınırının uygulanmasında, toplam cezaya bakılır. Birden fazla mahkumiyet hükmünün her biri ayrı ayrı üç veya beş yılı geçmemekle birlikte CGTİHK'nın 99. maddesine yapılacak toplama kararına göre, bu sınırları geçiyor ise, hükümlünün doğrudan açık kuruma gönderilmesi mümkün olmaz. Öncelikle kapalı kuruma alınması, daha sonra aşağıda belirtileceği üzere açığa ayrılması yönünde karar alınması gerekir.

Doğrudan açık kurumlarda infaz edilecek cezalar bakımından Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 9/4. maddesinin ilk şeklinde, kendilerine yapılan tebligata rağmen 10 gün içinde müracaat etmeyen hükümlüler hakkında yakalama emri çıkarılacağı ve yakalanmaları halinde açık kuruma değil kapalı kuruma gönderilecekleri düzenlenmişti. Ancak bu uygulama 22/08/2015 tarihli yönetmelik değişikliği ile kaldırılmış ve hakkında yakalama emri çıkarılan hükümlülerin de kapalı kuruma değil, doğrudan açık kuruma gönderilecekleri düzenlenmiştir.[14]

Doğrudan açık kurumlarda yerine getirilecek cezalar bakımından, hükümlünün açık kuruma gönderilmesi talebe bağlı değildir. [15]

B. Kapalı Kurumlardan Açık Kurumlara Ayrılma (Açığa Ayrılma)

Kesinleşen mahkumiyet kararlarının doğrudan açık kurumda infazı istisnai bir düzenleme olup, ana kural kapalı kurumlarda infazdır. Ancak infaz sisteminin amacı sadece genel önlemeyi sağlamak ve hükümlünün yeniden suç işlemesini önlemek değil, hükümlünün sosyalleşmesini de sağlamaktır.[16] Hükümlülerin infaz sürecinde sosyalleşmeleri ve yeniden topluma kazandırılmalarında açık ceza infaz kurumları önemli bir rol oynamaktadır.

CGTİHK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde açık-kapalı ceza infaz kurumu farkı gözetilmediğinden açık ceza infaz kurumlarına geçebilmek için belli şartlar aranmamakta idi.[17] CGTİHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise; açığa ayrılma bakımından Kanunda ve yönetmelikte belli şartlar getirilmiştir. Bu şartları; genel şartlar, suç

[13] Turhan, Faruk/ Altıkat, Abdurrahim, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2012, s. 19; Yenidünya.

[14] Şen, Ersan/ Başer, Beyza, *Koşullu Salıverilme, Denetimli Serbestlik ve Ceza Ceza İnfaz Sorunları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 154

[15] Mecit, Kemal, *İnfaz Hukuku,* Adelet Yayınevi, Ankara, 2020, 5. Baskı, s. 360.

[16] Özbek, 2020, s. 48

[17] Şen, 2015, s. 449.

tiplerine özgü şartlar ve terör ve örgütlü suçlara ilişkin şartlar olarak ayırabiliriz.

1. Açığa Ayrılmanın Genel Şartları:

Hükümlülerin açığa ayrılmaları bakımından suç ve ceza tipine bakılmaksızın tümü bakımından ortak bazı şartlar belirlenmiştir. CGTİHK'nın 14. maddesinde açığa ayrılmaya ilişkin şartların belirlenmesi yönetmeliğe bırakıldığından, bu şartlar Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6 vd. maddelerinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 6. vd maddeleri incelendiğinde; açığa ayrılmanın genel şartlarını; hapis cezasının belli bir süresini kapalı kurumda geçirmek, iyi halli olmak, koşullu salıverilmeye belli bir süre kalmak ve açığa ayrılma talebinde bulunmak olarak sayabiliriz.

a. Cezanın Belli Bir Kısmının Kapalı Kurumda İnfazı

Kapalı kurumdan açığa ayrılabilmek için, infaz edilen hapis cezasının on yıldan az olması halinde bir ayın; on yıldan fazla olması halinde ise bu cezanın onda birinin kapalı kurumda yerine getirilmesi zorunludur. Bu süreler her bir suç için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden hesaplanır. Nitekim Yönetmelikte açıkça *toplam ceza* ibaresi kullanılmıştır. Bir ay veya cezanın onda biri kadar süre kapalı kurumda kalmak, müebbet hapis cezası[18] ve yüksek güvenlikli kurumlarda infaz edilen cezalar dışında, tüm ceza türleri bakımından açığa ayrılmanın ön şartıdır. Bu şart gerçekleşmeden, hükümlünün açığa ayrılması için başkaca bir değerlendirme yapılamaz.

Hükümlülerin kapalı kurumda infaz etmeleri gereken süreler hesaplanırken, tutuklulukta ve gözaltında geçen ve mahsup edilen süreler de göz önüne alınır.

Burada, CGTİHK'da ve Açığa Ayrılma Yönetmeliğinde düzenlenmeyen, erken *açığa ayrılma* durumuna değinmek gerekir. Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmeliğin[19] 32/9. maddesinde düzenlenen bu durum, hükümlülerin değerlendirme sonunda erken iyileşme göstermeleri halinde, kapalı kurumda geçirmesi gereken sürenin onda biri kadar süre önce açığa ayrılmasına imkan vermektedir.[20]

---

18 Mecit, 2020 , s. 349.

19 Adı geçen Yönetmelik, 29/12/2020 tarih ve 31349 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

20 Şen, Ersan, "Hükümlülerin İyi Hal Değerlendirmesinde Yeni Kriterler", https://sen.av.tr/tr/makale (çevrimiçi erişim tarihi: 23.08.2021)

b. İyi Halli Olma

Açığa ayrılma ve cezanın açık kurumda yerine getirilmesi, hükümlünün sosyalleşmesini sağlayan bir nevi ödül sistemi olduğundan, bu haktan ancak *iyi halli* hükümlüler yararlanabilir. İyi hal kavramı, subjektif bir şart olarak, hükümlünün kapalı kurumda bulunduğu süre içinde, ceza infaz kurumu disiplinine uygun davranması, hak ve yükümlülüklere riayet etmesi ve toplumla bütünleşmeye hazır olduğunu ortaya koyan bir hayat tarzı içinde olması gibi durumları ifade eder.

İyi halli olmayı etkileyen en önemli faktörlerden biri disiplin cezalarıdır. Zira; CGTİHK'nın 48. maddesinin 4. fıkrasına göre, disiplin cezaları infaz edildikten sonra, kanunda öngörülen belli süreler geçmedikçe hükümlünün iyi hal değerlendirmesi yapılamaz. Ancak; 7242 sayılı kanunla CGTİHK'a eklenen Geçici 9. maddenin 1. fıkrasıyla disiplin cezaları bakımından bir anlamda sicil affı getirilmiştir. Bu bağlamda; terör ve örgüt suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümünde yazılı suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile Kanunun 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında (yüksek güvenli kurumlar) kalan hükümlüler hariç olmak üzere; 30/03/2020 tarihinden önceki disiplin eylemleri nedeniyle verilen disiplin cezaları, infaz edilmiş olmak kaydıyla, 48. maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın, idare ve gözlem kurulunca verilecek *iyi hal kararı üzerine* kaldırılır. Bu hüküm, disiplin cezası almış hükümlünün yeniden iyi hal kazanabilmesi için beklemesi gereken süreyi kaldırmış olmakla birlikte, kendiliğinden hükümlüye iyi hal bahşetmez. Nitekim madde metninde cezanın kaldırılması, idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hal kararına bağlanmıştır. Örneğin, 30/03/2020 tarihinden önce firar suçunu işleyen ve bu nedenle iyi hal kazanabilmek için disiplin cezasının infazından itibaren bir yıl beklemesi gereken bir hükümlü; kurumdaki başkaca davranışları nedeniyle idare ve gözlem kurulunca iyi halli görülmezse, bu cezası kaldırılmayacak ve geçici madde hükmünden yararlanamayacaktır. [21]

Hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına, ceza infaz kurumlarındaki idare ve gözlem kurullarınca karar verilir. CGTİHK'nın 7242 sayılı Kanun ile değişik 89. maddesinin 1. fıkrasında hükümlülerin iyi hal değerlendirmesine esas olacak kriterler belirlenmiştir. Bu kriterler göz önüne alınarak, idare ve gözlem kurullarınca en geç altı ayda bir hükümlülerin değerlendirmesi yapılır.[22] Ayrıca Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair

[21] Geçici 9/1. madde hükmüyle, disiplin cezasını infaz eden hükümlülerin iyi halli kabul edildikleri yönünde bkz. Yenidünya.

[22] CGTİHK'nın 89. maddesinde 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, 1/1/2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (bkz. CGTİHK'nın geçici 9/2. maddesi)

Yönetmeliğin 16. maddesinde de değerlendirme esasları ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

İdare ve gözlem kurulları kural olarak, ceza infaz kurumu müdürü başkanlığında, kurum görevlilerinden oluşur. Ancak, 7242 sayılı Kanun ile CGTİHK'nın 89. maddesinde yapılan değişiklik sonrası, bazı suç tipleri bakımından iyi hal değerlendirmesi yapmak üzere Cumhuriyet başsavcısının veya görevlendireceği cumhuriyet savcısının başkanlığında toplanan *özel bir idare ve gözlem kurulu* oluşturulmuştur. Toplam on yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkum olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek, veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından hükümlü olanlar hakkında iyi hal değerlendirmesi, bu özel kurul tarafından yapılır. Sayılan suçların ağırlığı göz önüne alınarak, açığa ayrılma ve iyi halli olmaya bağlı diğer durumlar bakımından, kanun koyucu bu kararların verilmesini sadece ceza infaz kurumu idaresine bırakmamış, cumhuriyet savcısının da denetimini öngörmüştür.

Yapılacak gözlem ve değerlendirme sonucunda hükümlünün iyi halli olmadığına karar verilirse, yeniden değerlendirmeye tabi tutulur. Bu değerlendirme süresince hükümlü henüz iyi halli olmadığından, diğer şartlar sağlansa bile kapalı kurumda kalmaya devam eder. Hükümlünün yeniden değerlendirmeye tabi tutulma süresi bir yılı geçemez (CGTİHK m. 89/6). İyi halli olmadığına ve yeniden değerlendirmeye tabi tutulmasına karar verilen hükümlünün yeniden değerlendirmeye tabi tutulacağı süre, idare ve gözlem kurulu kararında belirtir. Ancak bu süre altı aydan fazla belirlense bile, hükümlünün yine en geç altı ay sonra değerlendirmesi zorunludur. Nitekim 89. maddenin birinci fıkrasında değerlendirmenin en geç altı ayda bir yapılaması hükmü burada da geçerlidir.

Kanunda hükümlülerin yeniden değerlendirmeye tabi tutulma sürelerinin üst sınırı bir yıl olarak belirlenmişken, bu sürenin alt sınırı belirlenmemiş, 89. maddenin 7. fıkrasında bu sürelerin belirlenmesi Yönetmeliğe bırakılmıştır. Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri Yönetmeliğinin 17/2. maddesinde, yeniden değerlendirme süresinin altı aydan az bir yıldan fazla olamayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu süreler her halde hükümlünün hak ederek tahliye tarihini geçemez.

İyi halli olmak, hangi suç tipi olursa olsun açığa ayrılmak için mutlaka gereken bir şarttır. Bazı yazarlar bunun tek istisnasının müebbet hapis cezaları olduğunu kabul etmektedir.[23] Ancak Yönetmelikteki iyi hal şartının tüm suç ve ceza tipleri bakımından geçerli olduğu kanaatindeyiz.

[23] Turhan/Altıkat, 2012, s. 20.

c. Koşullu Salıverilmeye Belli Süre Kalması

Hükümlülerin açığa ayrılabilmesi için gereken bir diğer genel şart ise, koşullu salıverilmeye yedi yıl veya daha az süre kalmış olmasıdır.[24] Bu süre şartı, belli suç tipleri dışında genel bir süre olarak belirlenmiştir.

Hükümlünün birden çok mahkumiyet kararı bulunuyor ise, açığa ayrılmak için koşullu salıverilmeye yedi yıl veya daha az süre kalması, her bir ceza yönünden ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden belirlenir. Ancak; cezaların toplanması usulü, koşullu salıverilme süresinin tespitine yönelik bir işlem olduğundan, hükümlünün koşullu salıverilmesinden sonra kesinleşen yeni bir ceza, önceki cezalar ile toplanamaz[25]. Bu durumda yeni gelen ceza bakımından hükümlünün açığa ayrılması için aranan yedi yıl veya daha az süre şartı ayrıca değerlendirilir.

Hükümlünün koşullu salıverilme süresinin mülga 647 sayılı İnfaz Kanununa göre belirlenmesi ile CGTİHK'a göre belirlenmesi arasında, açığa ayrılma bakımından fark yoktur. Zira açığa ayrılma işlemi infaz hukuku kurumu olduğundan, derhal uygulanma ilkesi gereğince, hükümlünün ceza infaz kurumuna girdiği tarihteki hükümlere göre belirlenir.

d. Hükümlünün Talebi

Açığa ayrılma kural olarak hükümlülerin talebine bağlıdır. Ancak açık kurumda barınmalarında risk bulunmadığı takdirde ve Yönetmelikte belirtilen şartları taşımaları halinde idare ve gözlem kurulunun alacağı karar ile hükümlü talebi olmasa dahi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından re'sen açık kuruma ayrılabilir. [26] Bu durum Yönetmeliğin 10/7. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

2. Açığa Ayrılmanın Özel Şartları

a. Bazı Suç Tiplerine Özgü Şartlar

Açığa ayrılma bakımından, kapalı kurumlarda infaz edilmesi gereken süreler ile, koşullu salıverilmeye kalan süreler, bazı suç tipleri bakımından özel olarak belirlenmiştir. Bu suçlardan hükümlü olanların açığa ayrılma şartları değerlendirilirken, bu özel düzenlemelerin göz önünde tutulması gerekir. Ancak özel şarta bağlı hallerde dahi hükümlünün iyi halli olması gerektiği unutulmamalıdır.

---

[24] 22/08/2015 tarihli yönetmelik değişikliğine kadar, açığa ayrılmak için kapalı kurumda cezanın beşte birinin çekilmesi ve koşullu salıverilmeye altı yıl veya daha az süre kalması aranıyordu.

[25] Mecit, 2020, s. 285

[26] Mecit, 2020, s. 353.

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6/1-b maddesinde müebbet hapis cezasına hükümlü olanlar bakımından, cezanın kapalı kurumda infaz edilmesi gereken azami süresi belirtilmemiş, bunun yanında genel kuraldan ayrı olarak, koşullu salıverilmeye beş yıl veya daha az süre kalması aranmıştır. CGTİHK'nın 107/2. maddesine göre müebbet hapis cezasına mahkum edilmiş olanlar, yirmi dört yılını infaz kurumunda çekmek kaydı ile koşullu salıverilebilir. Bu kapsamdaki bir hükümlünün açık kuruma ayrılabilmesi için, 19 yılını kapalı kurumda geçirmesi zorunludur.

Yönetmeliğin 6/2. maddesine göre;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 142, 148, 188 ve 190. maddeleri ile mülga 765 sayılı Kanunun 403, 404, 491/3-4, 492, 494, 495, 496, 497, 498 ve 499 uncu mahkum olanların koşullu salıverilme tarihine beş yıldan az süre kalması,

b) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 ve 103. maddeleri ile eşe karşı işlenen 82/1-d, 86/3-a ve 96/2-b maddeleri ve mülga 765 sayılı Kanunun 414, 416/1, 418/1maddeleri ile eşe karşı işlenen 449/1, 456 ve 457/1 maddelerinden mahkum olanların koşullu salıverilme tarihine üç yıldan az süre kalması[27], gerekir.

Bu sayılan suç tiplerinden hükümlü olanların yine kapalı kurumlarda geçirmeleri gereken süre; ceza miktarına göre, bir ay veya cezanın onda biri kadardır. Yönetmelik bu suçlar yönünden sadece koşullu salıverilmeye kalacak süreleri daha uzun belirlemiştir.

b. Terör ve Örgütlü Suçlardan Hükümlü Olanlar

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6/2. maddesinin c ve ç bentlerinde terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olanların açığa ayrılma şartları ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre;

c) 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanunu, mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 14. maddesi ve 5237 sayılı Kanunun 221. maddesinden yararlananların koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az süre kalması,

ç) Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilenlerin koşullu salıverilme tarihine bir yıldan az süre kalması gerekir.

Bu maddenin c bendinde sayılan haller, terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, yargılama sürecinde etkin pişmanlıkta bulunmuş olanları ifade etmektedir.

[27] Bu bentte yer alan "*adli suçlardan hükümlü olup yabancı uyruklular* "ibaresi 11/04/2019 tarih ve 30742 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan yönetmelik değişikliği ile kaldırılmıştır.

Terör ve örgütlü suç hükümlüleri bakımından, kapalıda geçirmeleri gereken süre yönünden de Yönetmelikte istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6/1-c maddesine göre, cezaları yüksek güvenlikli kapalı kurumlarda veya diğer kapalı kurumların yüksek güvenlikli bölümlerinde infaz edilenlerin, toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda geçirmiş olmaları zorunludur. Ancak tüm örgüt suçlularının cezası yüksek güvenlikli kurumlarda infaz edilmediği için bu ayrıma dikkat edilmelidir.

Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilecek cezalar CGTİHK'nın 9/2. maddesinde sayılmıştır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları ile süresine bakılmaksızın, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen, Türk Ceza Kanununda yer alan, insanlığa karşı suçlardan (madde 77,78), kasten öldürme suçlarından (madde 81,82), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188), devletin güvenliğine karşı suçlardan (madde 302, 303, 304, 307,308) ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315) hükümlü olanların cezaları bu kurumlarda yerine getirileceği için, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası dışında, açığa ayrılabilmek için cezanın üçte birinin bu kurumlarda yerine getirilmesi gerekir. Cezanın üçte biri yüksek güvenlikli ceza infaz kurumunda yerine getirildikten sonra ise; etkin pişmanlıkta bulunalar bakımından koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az; etkin pişmanlıkta bulunmayanlar için bir yıldan az süre kalıp kalmadığı değerlendirilir.

CGTİHK'nın 9. maddesinde örgüt üyeliği (TCK 220/2) suçu sayılmadığı için, sadece bu suçtan alınmış mahkumiyet kararları bakımından istisna hükmü uygulanmaz. Bu nedenle cezanın üçte biri değil, Yönetmeliğin 6/1. maddesindeki genel kural olan bir ay veya cezanın onda birinin kapalı kurumlarda infaz edilmesi yeterlidir. Ancak bu durumda dahi koşullu salıverilmeye kalan süre bakımından istisna düzenleme uygulanır. Yani etkin pişmanlıkta bulunalar bakımından koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az; etkin pişmanlıkta bulunmayanlar için bir yıldan az süre kalıp kalmadığı değerlendirilir[28].

CGTİHK'nın 9. maddesinde terör suçları ifadesi yer almıyor olsa da; aynı maddenin 2-e fıkrasında TCK'nun 314. maddesi sayıldığından, terör suçluları bakımından da açığa ayrılabilmek için cezanın üçte birinin yüksek güvenlikli kurumlarda infaz edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6/2-ç maddesinde terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olanlar bakımından, tüm diğer suç tiplerinden ayrı bir şart daha getirilmiştir. Bu da, hükümlünün mensup olduğu örgütten ayrıldığının idare ve gözlem kurulunca tespit edilmiş olmasıdır.

[28] Şen/Başer, 2016, s. 161

Uygulamada bu karara *samimiyetin tasdiki kararı* adı verilmektedir. Samimiyetin tasdiki kararı; terör ve örgülü suçlardan mahkum olanlar ve etkin pişmanlıktan yararlanmayanlar bakımından alınır. Nitekim Yönetmeliğin 6/2-c maddesinde etkin pişmanlıkta bulunanlar bakımından samimiyetin tasdiki kararından söz edilmemiştir. Bunun yanında Türk Ceza Kanunun 220/7. maddesinde düzenlenen örgüte üye olmamakla birlikte örgüte yardım edenler ile terör örgütü propagandası yapmak suçundan hükümlü olanların da açığa ayrılması için örgütten ayrıldıklarına dair samimiyetin tasdiki kararına ihtiyaç yoktur. Zira bu kapsamdaki hükümlüler örgüt üyesi olarak kabul edilmemektedir[29]. Fakat bu suçlar da örgütlü suçlar kapsamında değerlendirildiğinden, koşullu salıverilmeye bir yıldan az süre kalması halinde açığa ayrılabileceklerdir[30].

Yine Terörle Mücadele Kanununun 3. maddesinde Türk Ceza Kanununun 314. maddesi açıkça terör suçu olarak sayıldığından, 314/3. madde atfıyla TCK'nun 220/7. maddesine göre hüküm giyenler, yani terör örgütüne yardım suçunu işleyenler, terör suçlusu sayılırlar.[31] Bu nedenle, terör örgütüne yardım edenler için açığa ayrılmada, samimiyetin tasdiki kararı olması gerekir.

c. Cezaların Toplanması Hali

Açığa ayrılma bakımından farklı şartlara tabi bulunan cezaların toplanması halinde nasıl bir uygulama yapılacağı Yönetmeliğin 6/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, birden fazla cezanın toplanarak infazı halinde, açık kuruma ayrılmada esas alınacak suç, koşullu salıverilme tarihine en az sürenin arandığı suçtur.

Konuyu bir örnek üzerinde açıklayacak olursak; kasten öldürmeye teşebbüs suçundan (TCK 81) 10 yıl ve bina içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında hırsızlık suçundan (TCK 142/2-h) 5 yıl hapis cezası bulunan hükümlünün bu cezaları CGTİHK'nın 99. maddesine göre 15 yıl hapis cezası olarak toplanmış olsun. Toplam ceza süresi on yılı geçtiği için hükümlünün öncelikle bu cezanın onda birini yani 1 yıl 6 ay süreyi kapalı kurumda infaz etmesi gerekir. 1 yıl 6 ay süre kapalıda infaz edildikten sonra hükümlünün müddetnamesindeki koşullu salıverilme süresine bakılır. Kasten öldürme suçu bakımından (eşe karşı hariç) açığa

[29] Şen, Ersan, Suç Örgütüne Yardım Etme Suçundan Verilen Cezaların İnfazı", https://www.hukukihaber.net (erişim tarihi 19/08/2021)

[30] Mecit, 2020, s. 351; örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyenlerin de örgüte bilerek ve isteyerek katılmış olmaları nedeniyle örgütün üyesi oldukları yönünde Hafızoğulları, Zeki/ Kurşun, Günal, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", TBB Dergisi, S. 71, 2007, s. 41

[31] Şen, (e.t. 19/08/2021); Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2019/3821 E. 2021/6471 K. sayılı kararında da terör örgütüne yardım suçundan cezalandırılanların terör suçlusu olduklarına karar verilmiştir.

ayrılabilmek için koşullu salıverilme tarihine 7 yıl veya daha az süre kalması, nitelikli hırsızlık suçu yönünden ise Yönetmeliğin 6/2-a maddesine göre 5 yıl veya da az süre kalması aranmaktadır. Bu durumda hükümlünün koşullu salıverilme tarihine en az sürenin arandığı suç hırsızlık suçu olduğundan, hükümlü koşullu salıverilmesine beş yıl veya daha az kaldığında açığa ayrılabilecektir.

7242 Sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre, adli para cezasından çevrilen hapis cezaları da diğer cezalar ile toplanabilir (CGTİHK m. 99). Ancak adli para cezasından çevrilen hapis cezaları doğrudan açık kurumlarda yerine getirildiğinden, diğer cezalar ile toplandığında açığa ayrılma sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz; adli para cezasından çevrilen hapis cezası yokmuş gibi hesaplama yapılır. [32]

d. Açığa Ayrılmada İnfaz Hakimi Onayı

7242 sayılı Kanun ile CGTİHK'nın 89. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, bazı suç ve cezalar yönünden iyi hal değerledirmesini yapmak üzere, Cumhuriyet savcısının başkanlığında özel bir idare ve gözlem kurulu oluşturulduğunu söylemiştik. Bu düzenlemeyi tamamlayacak nitelikte bir değişiklik de CGTİHK'nın 14. maddesinin 4. fıkrasında yapılmıştır.

Yeni düzenlemeye göre; toplam on yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkum olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek, veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından hükümlü olanların kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına ilişkin idare ver gözlem kurulu kararları, infaz hakiminin onayından sonra uygulanır.

Kanunkoyucu, 14. maddenin 4. fıkrasında sayılan suç ve cezaların ağırlığı, kamu güvenliğini ihlal edici boyutu ve hükümlülerin açığa ayrıldıktan sonra artık firara karşı engeli bulunmayan bir kurumda kalacak olmaları gibi sebepleri göz önüne alarak, bu sayılan durumlarda iyi hal kararının alınmasını ceza infaz kurumu idaresine bırakmayıp, Cumhuriyet savcısının başkanlığında değerlendirme yapılmasını öngörmüş, buna ek olarak da alınacak kararlara infaz hakimi denetimi getirmiştir.

İnfaz hakimi yapacağı denetimde; hükümlünün açığa ayrılmak için kapalı kurumda geçirmesi gereken süreyi, koşullu salıverilme

[32] Şen/Başer, 2016, s. 252; Mecit, 2020, s. 348; Uygulamada yeknesaklık sağlanması bakımından Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilen 22/02/2021 tarih ve 66971140.206.99.02/260/15811 sayılı yazda; adli para cezasından çevrili hapis cezalarının açığa ayrılmada dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

tarihine kalan sürenin Yönetmelikte belirtilen sürelere uygunluğunu, terör ve örgütlü suçlarda hükümlünün örgütten ayrıldığına dair kararı ve bu cezanın üçte birinin kapalı kurumda infaz edilmesi şartını, birden fazla cezanın toplanması halinde koşullu salıverilmeye kalan süre için özel bir suç tipinin toplama kararında bulunup bulunmadığını ve hükümlünün iyi hal değerlendirmesinin uygunluğunu inceleyecek, bu şartlar sağlanıyorsa kararı onaylayacak, sağlanmıyorsa kararı yeniden değerlendirilmek üzere idare ve gözlem kuruluna gönderecektir.

İnfaz hakiminin onayına ilişkin bu düzenleme, 14/4. maddede sayılan suç ve cezalar bakımından açığa ayrılmanın özel şartlarından birini oluşturmaktadır.

İnfaz hakiminin açığa ayrılmaya ilişkin idare ve gözlem kurulu kararını onaylamaması halinde hükümlü ve Cumhuriyet savcısı bu karara karşı itiraz yoluna başvurabilir (İnfaz Hakimliği Kanunu m. 6/5).

e. Çocuk Eğitimevlerinde Bulunanlar

Çocuk eğitimevlerinde cezası infaz edilenlerden eğitime devam etmeyenler on sekiz yaşını bitirdiğinde, eğitime devam edenler ise yirmi bir yaşını bitirdiğinde suç türüne bakılmaksızın açık kuruma gönderilirler. Açık kuruma gönderilenlerin on sekiz yaşını doldurmadan önce işlediği diğer suçların cezaları da açık kurumlarda infaz edilir. (Açığa Ayrılma Yönetmeliği m. 7)

Çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerden, haklarında tutuklama kararı bulunanlar ile disiplin nedeniyle kapalı kurumlara iadesine karar verilenler hariç olmak üzere, bu kurumda bulunan çocuk hükümlüler kapalı kurumlara gönderilemez. (CGTİHK m.11, 15)

Yönetmelik, çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlüleri de açığa ayrılma başlığı altında düzenlemiş olsa da; madde metninde talep, takdir hakkı ve iyi hal şartı aramaksızın bu hükümlülerin açık kuruma gönderileceklerini öngörmüştür. Bu durum esasen açığa ayrılma değil, doğrudan açık kurumda infazın özel bir şeklidir.

3. 01/07/2016 Tarihine Kadar İşlenen Suçlar

Açığa ayrılma ile ilgili mevzuat değişiklikleri, bu kurumun uygulanmasında çok sayıda istisnayı beraberinde getirmiştir. Her bir suç ve hükümlü bakımından açığa ayrılma koşulları incelenirken, birden fazla kuralın göz önünde tutulması gerekmektedir. Genel kurallar yanında zaman zaman kanun ve yönetmeliklerle getirilen geçici düzenlemeler de bulunduğundan, hükümlülerin açığa ayrılmalarında doğru ve hak ihlaline neden olmayacak şekilde bir uygulama yapılabilmesi için tüm bu kuralların bir arada değerlendirilmesi son derece önemlidir. Bu noktada Açığa Ayrılma Yönetmeliğine 07/09/2016 tarihli yönetmelik değişikliği ile eklenen Geçici 1. maddenin özel olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde: "*5275 sayılı Kanunun Geçici 6'ncı maddesi gereğince istisna tutulan suçlardan hükümlü olanlar hariç olmak üzere, 01/07/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, beş yıldan az hapis cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna alınan hükümlüler, en geç üç gün içerisinde yapılacak ilk gözlem sonucu iyi halli oldukları tespit edildiği takdirde bu Yönetmeliğin 10 ncu maddesine göre açık kuruma ayrılabilir."* hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm ile doğrudan açık kurumda infaz edilen cezalar ile kapalı kurumdan açık kuruma ayrılma arasında kendine özgü bir düzenleme yapılmıştır. Doğrudan açık kurumda yerine getirilecek cezalar bakımından kasıtlı suçlarda üç yıl, taksirli suçlarda ise beş yıl sınırı varken; geçici maddede kasıtlı ve taksirli suç ayrımı kaldırılarak sadece *beş yıldan az* sınırı getirilmiştir. Beş yıl sınırı her bir ceza için değil, toplam ceza üzerinden değerlendirilir.[33] Bu hüküm, koşullu salıverilmeye belli bir süre aranmaması yönüyle doğrudan açık kurumda yerine getirilecek cezalara ilişkin düzenlemeye benzemekle birlikte, sadece ceza süresine bağlı olmayıp, iyi hal şartı da eklendiği için açığa ayrılma niteliği de taşımaktadır. Ancak iyi hal kararı, üç gün içinde yapılacak bir değerlendirmeye bağlı olduğundan ve üç gün içinde bir hükümlünün her yönüyle değerlendirilmesi mümkün olmadığından, kapalı kuruma alınan hükümlülerin iyi halli olduğu karine olarak kabul edilecek ve üç gün içinde bir disiplin suçu işlemediği takdirde, açığa ayrılabilecektir. Bu nedenle, geçici maddenin tipik bir açığa ayrılma kuralı olmadığı, kendine özgü bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Geçici 1. maddenin uygulanmasında dikkat edilecek bir husus da, CGTİHK'nın geçici 6. maddesinde sayılan suçları istisna kapsamına almasıdır. CGTİHK'nın geçici 6. maddesi, 15/08/2016 tarih ve 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kanuna eklenmiştir. KHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan bu Yönetmelik değişikliğinde atıf yapılan geçici 6. madde, 671 Sayılı KHK düzenlemesidir. Ancak; CGTİHK'nın geçici 6. maddesi, 15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile değişmiş ve maddedeki istisna suç kataloğu genişletilmiştir.[34]

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin geçici 1. maddesi geçici bir düzenleme olmakla birlikte; belli bir tarihe kadar infaz kurumunda olanları değil, 01/07/2016 tarihine kadar suç işleyenleri kapsamaktadır. Bu durumda, belirtilen bu tarihten önce suç işleyen bir hükümlünün cezasının sonradan kesinleşmesi ve Yönetmelik değişikliğinin yapıldığı 07/09/2016 tarihinden sonra ceza infaz kurumuna alınması halinde nasıl bir uygulama yapılacaktır?

---

[33] Şen/Başer, 2016, s. 161

[34] 671 sayılı KHK ile eklenen Geçici 6. maddede TCK 83, 94, 95, 96 ve 87/2-d maddeleri istisna kapsamında yer almamaktadır.

İnfaz hukuku kurallarında derhal uygulama ilkesi geçerli olmakla birlikte; ceza infaz kurumuna alınan hükümlünün Geçici 1. madde kapsamında 01/07/2016 tarihinden önce suç işlediği ve işlediği suçun da istisna kapsamındaki suçlardan olmadığının tespiti halinde, Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6. madde hükümlerine göre değil, Geçici 1. madde hükümlerine göre üç gün içinde değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirme sonucunda hükümlü iyi halli ise açığa ayrılmasına karar verilecektir. Yani hükümlünün cezasının infazına başlandığı tarihte geçerli olan kurallar değil, bir anlamda lehine olan kural uygulanmış olacaktır.

Geçici 1. maddenin uygulanması ile ilgili bir diğer sorun ise; 671 sayılı KHK ile getirilen Geçici 6. maddenin, daha sonra 7242 sayılı Kanun ile değiştirilerek, istisna suç kataloğunun genişletilmiş olmasıdır.

Örneğin, işkence suçu, 671 sayılı KHK ile eklenen Geçici 6. maddede istisna kapsamında yer almıyordu. Bu nedenle, 01/07/2016 tarihinden önce işkence suçunu işleyen ve 7242 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15/04/2020 tarihinden önce kapalı ceza infaz kurumuna giren hükümlünün, Yönetmeliğin geçici 1. maddesinden yararlanması mümkündür. Ancak 7242 sayılı Kanun değişikliği ile CGTİHK'nın geçici 6. maddesindeki istisna suçlara arasına işkence suçu da dahil edilmiştir. Yönetmeliğin geçici 1. maddesi de CGTİHK'nın geçici 6. maddesine atıf yaptığından, 01/07/2016 tarihinden önce işkence suçunu işleyen hükümlü, 15/04/2020 tarihinden sonra ceza infaz kurumuna girdiğinde, derhal uygulama ilkesi uyarınca, Yönetmeliğin geçici 1. maddesinden yararlanamayacaktır.

4. Açığa Ayrılamayacak Hükümlüler ve Özellikle Firar Hali

a. Genel Olarak

CGTİHK'nın 14. maddesinde açığa ayrılamayacak hükümlüler ile ilgili genel bir düzenleme yer almayıp, maddenin 6. fıkrası uyarınca bu konu Yönetmelik ile düzenlenmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, 14/2-a maddesinde sayılan suçlar, açığa ayrılamayacak hükümlüler değil, cezaları doğrudan açık kurumlarda infaz edilemeyecek olan hükümlüler içindir. Ancak sayılan durumlardan ikinci kez tekerrür ile koşullu salıverilmenin geri alınması hali, açığa ayrılamaya engel durumlardır.

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 8. maddesinde açığa ayrılamayacak hükümlüler belirlenmiştir. *Yönetmeliğin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre;*

-ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olanlar,

-haklarında ikinci defa tekerrür hükümleri uygulananlar,

-Haklarında iyi hal kararı verilse bile, *5275* sayılı *5275* sayılı Kanunun 44 üncü maddesinde sayılan eylemlerden dolayı toplam beş ve daha fazla hücreye koyma cezası alıp, bu cezasının kaldırılması üzerinden bir yıl geçmemiş olanlar,

-Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, 6 ncı maddenin (c) ve (ç) bentleri dışında kalanlar açığa ayrılamazlar.

Yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre;

-Koşullu salıverilme kararı geri alınanların, geri alınan cezalarının tamamı,

-Denetimli serbestlik tedbirinin ihlali sonucunda, koşullu salıverilme tarihine kadar olan sürenin tamamı,

-Çocuk eğitimevleri hariç, kapalı kurumlardan firar edenler ile, açık kurumlardan ikinci kez firar etmiş olanların, firar tarihinden önce kesinleşmiş olan cezaları ve koşullu salıverilme tarihine kadar kesinleşerek infazına başlanacak olan cezalarının tamamı,

-2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince verilen hapsen tazyik veya tazyik hapisleri dışında, diğer kanunlarda düzenlenen tazyik, disiplin, zorlama hapislerinin tamamı kapalı kurumlarda infaz edilir.

Bunlara ek olarak, Yönetmeliğin 8. maddesinin 3. fıkrasına göre başka bir suçtan dolayı haklarında Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesine göre tutuklama kararı verilenler ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları idare ve gözlem kurulu kararıyla saptananlar, bu durumları devam ettiği sürece açığa ayrılamazlar.

Yönetmeliğin 8/2-b maddesinde denetimli serbestlik tedbirinin ihlali nedeniyle, koşullu salıverilme tarihine kadar olan sürenin tamamının kapalı kurumda infaz edileceği düzenlenmiş ise de; 15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile CGTİHK'nın 105/A maddesinde değişiklik yapılmıştır. Daha önce denetimli serbestlik tedbirini ihlal edenlerin, koşullu salıverilme tarihine kadar kapalı kuruma gönderilmesi usulü kaldırılarak açık ceza infaz kurumuna gönderileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, Yönetmeliğin bu hükmünün uygulanma imkanı kalmamıştır.

b. Firar Halinde Açığa Ayrılma Sorunu

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 8. maddesinde açığa ayrılamayacak hükümlüler ile ilgili uzunca bir katalog belirlenmiştir. Bu sayılan durumlardan özellikle 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen, *çocuk eğitimevleri hariç, kapalı kurumlardan firar edenler ile, açık kurumlardan ikinci kez firar etmiş olanlar* ile ilgili düzenleme uygulamada karışıklığa neden olabilecek niteliktedir. Bu düzenleme üzerinde özellikle durmak yerinde olacaktır. Zira hükmün hatalı uygulanması, hükümlülerin açığa ayrılma gibi çok önemli bir hakları bakımından telafisi güç sonuçlar doğurabilecektir.

Firar halinde açığa ayrılamama kuralı, öncelikle çocuk eğitim evlerinden firar edenler bakımından uygulanmaz. Bu durum "*çocuk eğitimevleri hariç olmak üzere*" şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Kapalı kurumlardan bir kez, açık kurumlardan ise iki kez firar halinde, açık kurumda infaz edilemeyecek cezalar firardan önce kesinleşenler ve koşullu salıverilme tarihinden önce kesinleşerek infaza dahil edilecek cezalardır. Burada firardan önceden kasıt, açık kurumdan ikinci firar tarihidir.

Kapalı kurumdan birinci kez firar ile açık kurumdan ikinci kez firar tarihine kadar kesinleşen cezalar yönünden sorun yoktur. Buna karşılık, *koşullu salıverilme tarihine kadar kesinleşecek cezalar* kavramı açık değildir. Hükümlü firar edip yeniden ceza infaz kurumuna alındığında yeni bir müddetname düzenleneceğinden, bu yeni müddetnamedeki koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezalar da açığa ayrılmaya engel olacak mıdır?

Bizce burada dikkate alınacak koşullu salıverilme tarihi, kapalı kurumdan firar edilen tarihte, açık kurumdan ise ikinci kez firar edilen tarihte geçerli olan müddetnamedeki koşullu salıverilme tarihidir. Bu koşullu salıverilme tarihi gelmeden önce hükümlü firar ettiği için yakalanıp yeniden kapalı kuruma alındığında yeni bir müddetname düzenleneceği için koşullu salıverilme tarihi de ileri bir tarihe uzayacaktır. Firar tarihinden sonra yeni yapılan müddetnemedeki koşullu salıverilme tarihine kadar kesinleşip gelen cezalar olursa bunlar da toplama kararına dahil edilecektir. Bizce açığa ayrılma uygulanmayacak olan cezalar, firar öncesi müddetnamedeki koşullu salıverilme tarihi ile firar sonrası müddetnamedeki koşullu salıverilme tarihi arasında kesinleşip gelen cezalar değil, hükümlü ikinci kez firar ettiği tarihte elinde bulunan müddetnamede yazan koşullu salıverilme tarihine kadar kesinleşen cezalardır. O halde firardan sonra yeni tespit edilen koşullu salıverilme tarihi ile firar tarihinde geçerli olan koşullu salıverilme tarihi arasında kesinleşip gelen ve toplama kararına dahil edilen cezalar varsa, bu cezaların koşullu salıverilme süreleri düşülerek, hükümlünün açığa ayrılacağı tarih tespit edilmelidir. Zira hükümlü ikinci kez firar ettiğinde elindeki müddetnameden koşullu salıverilme tarihini bildiği için bu tarihe kadar kesinleşecek cezaları kapalı kurumda infaz edeceğini öngörebilmektedir. Oysaki firardan sonra düzenlenecek müddetnamede koşullu salıverilme tarihinin hangi tarih olacağını bilme imkanı yoktur. Aksi halde hükümlünün öngöremediği bir durumdan sorumlu olması sonucu doğacaktır.

Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak: Hükümlü (H), 01.01.2018 tarihinde açık ceza infaz kurumundan 01.03.218 tarihinde firar etmiştir. Bir süre firar kalıp yakalandıktan sonra kapalı kuruma alınmıştır. İnfaz sürecinde 01.01.2019 tarihinde yeniden açığa ayrılmış ve açık kuruma geçmiştir. Yakalandıktan sonra kendisine verilen müddetnamede koşullu salıverilme tarihinin 01.01.2022 olduğu bildirilmiştir. Hükümlü açık kuruma geldikten sonra 01.03.2019 tarihinde ikinci kez firar etmiştir. Yakalandıktan sonra 01.06.2019 tarihinde kapalı kuruma alınmış ve yeniden düzenlenen müddetnamede koşullu salıverilme tarihinin 01.01.2023 olduğu bildirilmiştir. İşte Yönetmeliğin 8/2-c maddesi

uygulamasında, hükümlünün 01.01.2022 tarihine kadar kesinleşen cezaları bakımından açığa ayrılması mümkün değildir. 01.06.2019 tarihi ile 01.01.2023 tarihi arasında kesinleşip gelen cezalar yönünden ise açığa ayrılması mümkündür. Ve bu cezaların koşullu salıverilmeye ekledikleri süreler düşülerek açığa ayrılabileceği tarih tespit edilmeli, hükümlü ikinci kez firar ettiği için 01.01.2023 tarihine kadar otomatik olarak kapalı kurumda tutulmamalı, açığa ayrılma şartları değerlendirilmelidir.

III. AÇIĞA AYRILMA ŞARTLARININ KAYBEDİLMESİ VE KAPALI KURUMA İADE

Açığa ayrılan hükümlülerin hangi hallerde yeniden kapalı kuruma gönderilecekleri Yönetmeliğin 12. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak CGTİHK'nın 14. maddesine 7242 sayılı Kanun ile eklenen 5. fıkra hükmü ile de açık kurumdaki hükümlülerin kapalı kuruma iadesi ile ilgili yeni kuralar getirilmiştir. Bu nedenle her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Nitekim kapalıya iade ile ilgili bazı hallerde Kanun infaz hakimi onayını aramazken, Yönetmelikte infaz hakimi onayı aranmaktadır.

Kapalı kuruma iade ile ilgili sebepler, Yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğundan, bu sebeplerin tümüne tek tek değinmeye ve Yönetmelik hükmünü tekrar etmeye gerek duymuyoruz. Uygulamada önem taşıyan bazı sebepleri açıklamakla yetineceğiz.

Açığa Ayrılma Yönetmeliğinde kapalı kuruma iade ile ilgili, bir istisna dışında, doğrudan açık kuruma alınanlar ile kapalıdan açığa ayrılanlar arasında bir ayrım yapılmamıştır. Buna karşılık Yargıtay, cezaları doğrudan açık kurumlarda yerine getirilenlerin firar etmesi halinde kapalı kuruma iade edilemeyeceklerine karar vermiştir.[35] Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamasından sonra; 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınanların da şartların oluşması halinde kapalı kuruma iade edilebilecekleri açıkça düzenlenmiş ve uygulamadaki tereddüt giderilmiştir.[36]

Yönetmeliğin doğrudan açık kuruma alınan hükümlülerin kapalı kuruma iadesi ile ilgili getirdiği istisna, yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayan hükümlülerdir. Bu hükümlüler eğer doğrudan açık kuruma alınmışlarsa Yönetmeliğin 12/1-ç maddesine göre kapalı kurumlara iadesi mümkün değildir. Buna karşılık kapalı kuruma iadeyi düzenleyen CGTİHK'nın 7242 sayılı Kanun ile değişik 14/5-c maddesine göre doğrudan açık kuruma alınan ve çalışma koşullarına uyum sağlayamadıkları tespit edilenlerin de kapalı kuruma iade edilmeleri

[35] Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2017/2091 Esas 2020/177 Karar sayılı kararı.(Karara UYAP sisteminden erişilmiştir)

[36] Mecit, 2020, s. 356

mümkündür. Yönetmelik hükmü açıkça hükümlüler lehine olsa da, 7242 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15/04/2020 tarihinden itibaren üst normun önceliği kuralı gereği artık Yönetmeliğe göre değil doğrudan CGTİHK'ya göre işlem yapılması gerekir.

Açık kurumdan kapalı kuruma iade sebeplerinden biri olan tutuklama tedbirinin uygulanması önem taşımaktadır. Zira tutuklama tedbiri firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fiziki engelleri olan tutukevlerinde veya kapalı kurumların buna ayrılmış bölümlerinde infaz edilir (CGTİHK m. 111/1). Bu sebeple, açık kurumda bulunan hükümlünün başka bir suçtan dolayı tutuklanması halinde açık kurumda kalmasına olanak yoktur. Tutukluluk hali devam ettiği sürece de bu hükümlüler yeniden açığa ayrılamazlar (Yönetmelik m. 8/3-a)

Tutuklama bir ceza muhakemesi tedbiri olup, kuvvetli suç şüphesi üzerine uygulandığından, kişi hakkında henüz bir mahkumiyet kararı yoktur. Açık kurumdan tutuklama nedeniyle kapalı kuruma iade edilen bir hükümlü, tutuklu olduğu suçtan tahliye edildiğinde kendiliğinden açık kuruma ayrılabilecek midir, yoksa açığa ayrılma ile ilgili yeni bir idare ve gözlem kurulu kararı mı alınacaktır?

Bu konuda kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, hükümlülük ile tutukluluğun birleştiği durumlarda, öncelikle kesinleşmiş mahkumiyet hükmü infaz edilir ve tutuklama tedbiri sıraya alınır[37]. Açık kurumda iken başka bir suçtan tutuklanan kişi kapalı kuruma alındığında esasen açık kurumda infaz etmekte olduğu cezayı kapalı kurumda infaz etmeye devam etmektedir. Bu sebeple tutuklama kararı nedeniyle kapalı kurumda bulunduğu sürece disiplin sebebiyle iyi halli olma durumunu kaybederse, tutuklama kararından tahliye edilse bile yeniden açığa ayrılabilmesi için karar alınması gerekir. Buna karşılık, tutuklama kararı nedeniyle kapalıda kaldığı süre içinde iyi hali etkileyen bir durum olmamış ise; sadece tutuklandığı için iyi halli olmadığı gerekçe gösterilerek hükümlünün yeniden açık kuruma ayrılmasına engel olunamaz. Zira tutuklama kararı kişinin iradesine bağlı bir durum değildir ve şüphelinin her zaman beraat etme ihtimali mevcuttur.[38]

---

[37] Şen/Başer, 2016, s. 169; Mecit, 2020, s. 739,

[38] Bu duruma benzer olarak, daha önce CGTİHK'nın 105/A-7 maddesinin ilk şeklinde yer alan ve denetimli serbestlik tedbirini infaz ederken başka suçtan tutuklananların kapalı kuruma gönderilmesini öngören düzenleme Anayasa Mahkemesinin 2014/14 Esas 2014/77 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesinde "(...) *İtiraz konusu kural uyarınca hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde, tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kural bu kişilerin kesinleşen bir suçları olmaksızın haklarında yaptırım uygulanmasına neden olmaktadır. Bunun yanında kural, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı da ortadan kaldırmaktadır. Kanun'un çıkarılma amacı*

Açığa ayrılan hükümlülerin kapalı kuruma iadelerine ilişkin bir diğer sebep de; açığa ayrıldıktan sonra hükümlünün yeni bir cezasının kesinleşmesi ve mevcut ceza ile toplandığında açığa ayrılma için koşullu salıverilmeye Yönetmeliğin 6. maddesinde öngörülen sürelerden daha fazla kaldığının ya da hükümlünün şartları taşımadığı halde açığa ayrıldığının tespit edilmesidir. Bu durumda hükümlü ceza infaz kurumu yönetim kurulu kararı ile kapalı kuruma gönderilir (Yönetmelik m. 12/2). Kapalı kuruma göndermeye ilişkin bu kararın infaz hakimi tarafından onaylanması aranmamıştır. Ancak bu karara karşı hükümlü İnfaz hakimliğine şikayet başvurusunda bulunabilir.

Hükümlünün yeni gelen cezasının toplanmasından sonra, kapalı kuruma iadesi yönünde karar verilmiş olması yeniden açığa ayrılmaya engel olmaz. Yönetmeliğin 6. maddesindeki koşullar sağlandığında tekrar açığa ayrılabilir. [39]

IV. KENDİNE ÖZGÜ BİR DÜZENLEME OLARAK AÇIĞA GÖNDERME KARARI (Geçici m. 9/6)

7242 sayılı Kanun ile infaz hukukuna ilişkin çok önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri de; açığa ayrılma hakkı dolmadan önce hükümlülerin açık kuruma geçebilmelerine olanak tanınmasıdır.

Kapalı kurumların mahiyeti itibariyle infazda sıkı şartlar getirdiği, buna karşılık açık kurumların hükümlülerin sosyalleşmesi ve dış dünya ile temasa daha çok imkan sağlaması göz önüne alındığında CGTİHK'a 7242 sayılı Kanuna eklenen Geçici 9. maddenin 6. fıkrasının hükümlülerin lehine bir düzenleme olduğunu kuşkusuzdur.

Geçici 9/6. madde uyarınca; Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam cezaları on yıldan az olanlar bir ayını, on yıldan fazla olanlar ise üç ayını kapalı kurumda geçiren iyi halli hükümlülerden, açığa ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar talepleri halinde açık kurumlara gönderilebilirler.

---

ile çelişen bu hususlar ise hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı yaptırıma tabi olmalarına yol açmakta ve Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmamaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kural, ilgililerin, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuayılmaları olanağından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir." tespitine yer vermiştir. *(https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/77?EsasNo=2014%2F14)*

[39] Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 2015/537 Esas 2015/41146 Karar sayılı kararı da aynı yöndedir.(Karara UYAP sisteminden erişilmiştir)

Açık kurumlara gönderilmeye engel olan suç kataloğuna bakıldığında, bu kataloğun doğrudan açık kurumda yerine getirilemeyecek ceza kataloğuna göre daha dar olduğu görülmektedir. Örneğin bu hükümde cinsel suçlar sayılmadığı için, bir yıl erken açık kuruma gönderilmeye engel değildir. Yine açığa ayrılmada, cumhuriyet savcısının başkanlığında toplanan idare ve gözlem kurulunun yetkisine giren ve infaz hakimi onayına tabi tutulan uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu da bu kapsamda istisna edilmemiştir.

Açığa ayrılmaya bir yıl veya daha az süre kala kapalı kurumdan açık kuruma geçmek için hükümlünün iyi halli olması ve talebinin bulunması gerekir. İyi hal kararının alınma usulü, açığa ayrılma kararında olduğu gibidir. Örneğin uyuşturucu ticareti veya cinsel suç hükümlülerinin ya da toplam cezası on yıldan fazla olanların bir yıl erken açık kuruma gönderilmeleri için iyi hal değerlendirmesi cumhuriyet savcısının başkanlığında toplanan idare ve gözlem kurulunca yapılacaktır. (CGTİHK m. 89/3-4)

Geçici 9/6. madde kapsamında açık kuruma geçen hükümlüler henüz Yönetmeliğin öngördüğü açığa ayrılma şartlarını taşımadığından, bu hükümlülerin açık kurumda olmaları onlara açığa ayrılmaya bağlı tüm hakları vermez. Nitekim; madde metninde açıkça *"ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkrada belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar"* denilerek bu hükümlülerin açığa ayrılmaya bağlı haklardan doğrudan yararlanamayacakları belirtilmiştir. Bu nedenle, kavram karışıklığı olmaması için bu düzenlemeye *açığa gönderme* demeyi uygun buluyoruz.[40]

Açığa gönderilen ve burada barındırılan hükümlüler hakkında, Kanun ve Yönetmeliğin ön gördüğü açığa ayrılma koşullarının sağladığı tarih itibariyle genel hükümlere göre açığa ayrılma kararı verilecektir.

Geçici 9/6. maddede açığa gönderilecek hükümlüler bakımından, CGTİHK'nın 14/4. madde kapsamında olanlar için infaz hakimi onayı alınması ile ilgili bir hüküm yer almamaktadır. Ancak açığa ayrılmada kamu düzeni ve güvenliği bakımından ağırlığı bakımından özel önem atfedilen bu suçlardan hükümlü olanların, bir yıl erken açık kuruma gönderilmelerinde de kıyasen uygulama yapılması ve infaz hakimi onayı gerektiği kanaatindeyiz. Zira, bu hükümlüler her ne kadar açığa ayrılmaya bağlı bazı hakları kullanamıyor olsalar da; aşağıda COVID-19 izni bölümünde açıklanacağı üzere, açığa ayrılma hakkı kazanmaksızın özel izin hakkı kazanacaklar ve toplumla temas haline geçeceklerdir. [41]

[40] Geçici 9/6. maddedeki düzenlemenin açığa ayrılma olarak nitelendirilmesi bakımından bkz. Yenidünya

[41] Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün Cumhuriyet Başsavcılığının görüş talebi üzerine verdiği 20/01/2021 tarih ve E-66708689-

Bunun yanında, açığa ayrılma hakkını elde eden hükümlülerin bu kurumlara geçişinde infaz hakimi onayı aranırken, bu hakkı henüz kazanmadan önce açık kuruma gönderilecekler için İnfaz hakimi onayı evleviyetle geçerli olmalıdır.

CGTİHK'nın geçici 9/6. maddesi 30/11/2021 tarihine kadar uygulanacaktır.[42] Bu tarihten sonra yeni bir Kanuni düzenleme yapılmadığı sürece, kapalı kurumda bulunan hükümlülerin bir yıl erken açık kuruma gönderilmeleri mümkün değildir.

V. AÇIĞA AYRILMANIN HÜKÜMLÜLERE TANIDIĞI HAKLAR

Açık ceza infaz kurumunda bulunmak, hükümlüleri dış dünyaya oldukça yakınlaştırır.[43] Bu anlamda, kapalı kurumda bulunmanın getirdiği çoğu yoksunluk, açık kurumlarda yoktur. Kapalı kurumlarda bulunan hükümlülerin de asgari düzeyde hakları vardır. Örneğin; ziyaretçi kabulü, haberleşme, eğitim, avukat ve noter ile görüşme, ölüm ve hastalık halinde mazeret izni gibi haklardan kapalı kurumdaki hükümlüler de yararlanır. Ancak bu yararlanma, kapalı kurumların özelliği ve infazın ıslah etme amacı kapsamında sınırlı şekillerde olmaktadır.[44] Açık kurumlarda ise; sayılan bu haklar ve sadece açık kurumdakilere tanınan birtakım haklar çok daha geniş şekilde kullanılır.

Özellikle COVID-19 salgını nedeniyle hükümlülere tanınan uzun süreli izin hakkı, açığa ayrılmanın önemini daha da artırmıştır. Bu haklardan bazılarını açıklayalım:

A. Özel İzin Hakkı

CGTİHK'nın 95. maddesinde düzenlenen özel izin hakkı, açık ceza infaz kurumunda bulunan veya kapalı kurumlarda bulunmakla birlikte açığa ayrılma hakkı kazanan hükümlülere tanınmıştır. Açığa ayrılma hakkı kazanıp da ellerinde olmayan sebeplerle kapalı kurumda kalmaya devam edenler [45]dışında, kapalı kurumdaki hükümlülere özel izin verilemez.

204.21.21.32/8599 sayılı görüş yazısında bu hükmün uygulanmasında infaz hakimi onayının gerekmediği belirtilmiştir.

42 7242 sayılı Kanunla CGTİHK'CGTİHKa eklenen Geçici 9/6. maddenin ilk şeklinde bu hükmün 31/12/2020 tarihine kadar uygulanacağı düzenlenmişken, 7256 sayılı Kanun ile bu tarih 31/07/2021 olarak; en son 7331 sayılı Kanun ile de 30/11/2021 şeklinde değiştirilmiştir.

43 Turhan/Altıkat, 2012, s.17.

44 Kapalı kurumlarda bulunan hükümlülerin hangi hallerde kurum dışına çıkabileceği, CGTİHKun 92.maddesinde düzenlenmiştir.

45 Kapalı kurumlarda olup da ellerinde olmayan sebeplerle açığa ayrılamayan hükümlüler, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 115.

Özel izin; hükümlülerin aile bağlarını güçlendirmek ve dış dünya ile uyumlarını sağlamak amacıyla, kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet başsavcılığının onayı ile verilir. İzinler, üç ayda bir ve yol süresi hariç yedi güne kadar verilebilir. [46]

Hükümlülerin özel izin haklarının hangi usulde kullanılacağı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 115. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, özel izin hakkından yararlanacak olanlara, çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlüler da dahil edilmiş, ancak bunlar için açığa ayrılmış olma şartı aranmamıştır.

Özel izinde verilecek yol izni süresi gidilecek mesafe göz önüne alınarak gidiş geliş için toplam dört günü geçemez (Yönetmelik m. 115/5).

Her ne kadar Kanunda ve Yönetmelikte özel izin hakkı için *açık kurumda bulunanlar* ifadesi kullanılmış olsa da; CGTİHK'nın geçici 9/6. maddesi gereğince, bir yıl erken açık kuruma gönderilenler, salt bu kurumda barınıyor olmakla, özel izin hakkından yararlanamaz. Açığa ayrılma şartları oluştuğu ve açığa ayrılmaları yönünde karar verildiği tarihten itibaren özel izin hakkı doğar. Buna karşılık Geçici 9. maddenin 5. fıkrasında düzenlenen ve aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan COVID-19 salgını nedeniyle tanınan süre bittikten sonra açığa ayrılma hakları oluşmasa bile özel izin hakkından yararlanacaklardır.

CGTİHK'nın 14. ve Açığa Ayrılma Yönetmeliğinin 6. maddesine göre, İcra ve İflas Kanununa göre verilen tazyik hapislerinin doğrudan açık kurumlarda yerine getirilmesine rağmen, bu cezalar bakımından özel izin hakkı olmadığı kabul edilmektedir.[47] Bizce bu görüş yerinde değildir. Zira ne kanunda ne de Yönetmelikte, özel izin hakkı bakımından tazyik hapisleri için istisna getirilmiştir. Özel iznin koşulu; açığa ayrılmış olmak veya kapalı kurumda olmakla birlikte açığa ayrılma şartlarını taşımaktır. İcra ve İflas Kanununa göre verilen tazyik hapisleri doğrudan açık kurumlarda yerine getirildiğine göre, bu kapsamdaki hükümlülerin özel izin hakları Kanundan doğmaktadır. Kanunda olmayan bir istisnanın hükümlü aleyhine yorum yoluyla getirilmesi mümkün değildir.

---

maddesine göre kurum kapasitesi, hükümlünün yaşı, sağlığı gibi nedenlerle açık kuruma gidemeyenleri ifade eder.

[46] Alman infaz hukukunda özel izinlerin açık kurumdaki hükümlülere verildiği yönünde bkz. Yerdelen, 2020, s. 476.

[47] Şen/Başer, 2016, s. 232; aynı eserden aktarılan Yargıtay 19. CD. 2015/17757 Esas 2015/7457 Karar sayılı kararı.(Karara UYAP sisteminden erişilmiştir)

B. COVID-19 İzni

2019 yılının sonlarında Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan COVID-19 salgınının ülkemizde de görülmesiyle birlikte genel sağlığın korunması ve virüsün yayılım hızının azaltılması için bir dizi önlem hayata geçirilmiştir. Bu tedbirler ve kontrollü sosyal hayat olarak adlandırılan süreç her şeyi olduğu gibi cezaların infazını da etkilemiştir.

Ceza infaz kurumlarında genel sağlığın korunması ve salgının yayılmasının önlenmesi bakımından ülkemizde de bir dizi önlem alınmış, birtakım kısıtlamalara gidilmiştir. [48]

Bu dönemde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun, salgın koşullarındaki infaz rejimine dair çok önemli hükümler içermektedir. Bunlardan en önemlisi de kuşkusuz, açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin salgının başlamasından kısa bir süre sonra izinli sayılarak, ceza infaz kurumlarından tahliye edilmeleridir.

7242 sayılı Kanunla CGTİHK'a eklenen Geçici 9. maddenin 5. fıkrasında, "*Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumlarında bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi halinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır*" hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeye uygulamada *COVID -19 izni* adı verilmiştir. COVID-19 izni, salgın hastalıktan doğan zorunluluğa bağlı ve geçici bir izindir. Bu istisnai haktan ancak açık kurumda bulunanlar ile kapalı kurumda olup da açığa ayrılma hakkını elde etmiş, buna karşılık elinde olmayan sebeplerle açık kuruma geçememiş hükümlüler yararlanabilmektedir.

Salgınının hemen başında, 7242 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15/04/2020 tarihinden itibaren uygulamaya konulan bu izin hakkının ilk olarak 31/05/2020 tarihine kadar devam etmesi öngörülmüştü. Salgının devam etmesi üzerine bu süre Adalet Bakanlığınca kanundaki yetkiye dayalı olarak üç kez uzatıldı. Bu uzatma süresi 30/11/2020 tarihinde dolmasına rağmen salgın devam ettiği için Adalet Bakanlığına verilen üç kez uzatma hakkı 11/11/2020 tarih ve 7256 sayılı Kanunla *yedi kez*; bunun

[48] Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 28/06/2021 tarihli duyurusunda, ceza infaz kurumlarında alınan tedbirler, hükümlü ziyaretleri, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerle ilgili salgın verileri ayrıntılı olarak kamuoyu ile paylaşılmıştır. www.cte.adalet.gov.tr (çevrimiçi erişim tarihi: 23/08/2021)

da yeterli olmaması üzerine son olarak 08/07/2021 tarih ve 7331 sayılı Kanunla *dokuz kez* şeklinde değiştirilmiştir.

Adalet Bakanlığınca COVID-19 izni en son 30/09/2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle uzatılmıştır.[49] Geçici 9/5. maddede yeniden değişiklik yapılmadığı sürece Kasım ayı sonunda izin süresi sona erecektir.

CGTİHK'nın 93. maddesinin 1. fıkrasına göre, hükümlünün mazeret izni, iş arama izni ve özel izinde geçirdiği süreler hükümlükte geçmiş sayılır. COVID-19 izni istisnai bir izin olmakla birlikte Geçici 9. maddenin 5. fıkrasında aynı kanunun 95. maddesindeki özel izin hakkına atıf yapıldığı için, COVID-19 izninde geçen süreler de hükümlülükte geçmiş sayılmaktadır.

Hükümlülerin 15/04/2020 tarihinden bu yana izinde oldukları göz önüne alındığında, bir buçuk yıla yakın süredir ceza infaz kurumunda olmaksızın cezalarını infaz etmektedirler. Bu durum açığa ayrılma hakkına sahip olan hükümlüler için son derece önemli bir özgürlük imkanı sağlamaktadır.

COVID-19 iznine ayrılan hükümlülere kanunen herhangi bir yükümlülük yüklenmemiştir. İzin süresi içinde tutuklanma hali dışında, yeniden suç işlenmesi halinde dahi, hükümlü kapalı veya açık kuruma iade edilmez. Bu durum cezaların infazındaki amaçlardan biri olan toplumu suça karşı korumak bakımından olumsuz bir durumdur. Bizce, izne ayrılan hükümlülerin izin süresi içinde işledikleri belli ağırlıktaki suçlar yönünden yeniden açık kuruma iade edilmeleri veya izin süresince denetimli serbestlik tedbirlerine tabi tutulmaları yerinde olurdu.[50]

C. Denetimli Serbestlikten Yararlanma Hakkı

Ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler için temel beklenti, cezanın infazını tamamlayıp özgürlüğe kavuşmak olduğuna göre, onları belli sürelerden önce özgürlüğe kavuşturan her düzenleme elbette hükümlü lehinedir.

Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezaların infazı, CGTİHK'nın 105/A maddesinde düzenlenen ve hükümlülerin koşullu salıverilme tarihinden önceki bir zamanda toplumla bütünleşmesini sağlayan bir infaz rejimidir. Bu rejim bir koşullu salıverilme olmayıp, koşullu salıverilme tarihine kadar olan süreci kapsamaktadır. [51]

---

[49] İznin uzatılması kararı için bkz. www.cte.adalet.gov.tr (çevrimiçi erişim tarihi: 08/11/2021)

[50] Benzer bir eleştiri için bkz. Yenidünya.

[51] Turhan/ Altıkat, 2012, s.11; Hükümlülerin bir yıl erken serbest bırakılmasının bir koşullu salıverilme olduğu yönünde bkz. Şen/Başer, 2016, s. 140.;

Denetimli serbestlikten yararlanmanın temel koşulu, açık ceza infaz kurumunda bulunmak veya kapalı kurumda bulunmakla birlikte açığa ayrılma şartlarını taşımaktır.[52] COVID-19 izni istisna tutulursa, infaz hukukumuzdaki en lehe düzenleme denetimli serbestlik tedbiri ile cezanın infazdır. Hükümlülerin koşullu salıverilme tarihi dolmadan önce özgürlüklerine kavuşabilmeleri için açığa ayrılmış veya bu şartları sağlamış olmaları gerektiğinden, açığa ayrılmanın hükümlüler yönünden önemi bir kez daha ortaya çıkmakta ve iyi halli hükümlüler, iyi halli olmanın karşılığını bu şekilde almaktadırlar.

CGTİHK'nın 7242 sayılı Kanun ile değiştirilen 105/A maddesine göre, kural olarak koşullu salıverilme tarihine bir yıl veya daha az süre kalması halinde kalan süre denetimli serbestlik olarak infaz edilebilir.

Burada CGTİHK'nın 7242 sayılı Kanun ile değişik Geçici 6. maddesine değinmek gerekir. Nitekim bu düzenleme, genel kurala çok önemli istisnalar getirmiştir. 30/03/2020 tarihine kadar işlenen ve madde metninde istisna edilenler dışında kalan cezalar bakımından denetimli serbestlik süresi bir yıl yerine üç yıl olarak uygulanacaktır. Buna göre koşullu salıverilme tarihine üç yıl veya daha az süre kalan iyi halli hükümlüler denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilir. Hükümde belli tarihe kadar uygulanma yerine belli tarihe kadar işlenen suçlar dikkate alındığı için, hükümlü ceza infaz kurumuna ne zaman girerse girsin, işlediği suçun tarihi 30/03/2020 tarihinden önce ise, bu hakkı her zaman saklıdır.

Geçici 6. maddenin 2-a fıkrasına göre; 105/A maddesinin 3-a bendinde 0-6 yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından, koşullu salıverilmeye iki yıl kalması gereken süre dört yıl olarak uygulanır. Burada yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından 105/A maddesinin üçüncü fıkrasına atıf yapılmış olsa da; 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yetmiş yaşını bitirenlerle ilgili bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, 30/03/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna kapsamı dışındaki suçlar bakımından yetmiş yaşını bitiren hükümlülere doğrudan 4 yıl önce denetimli serbestlik hakkı tanınmıştır.

Aynı maddenin 2-a fıkrasında ise, 30/03/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna kapsamı dışındaki suçlar bakımından ağır hastalık, engellilik ve kocama gibi nedenlerle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülere, herhangi bir süre şartı olmaksızın denetimli serbestlikten yararlanma hakkı tanımıştır.

Geçici 6. maddenin 2. fıkrasındaki hükümlüler bakımından istisna suç kataloğu aynı maddenin 1. fıkrasına göre daha dar belirlenmiştir.

[52] Yargıtay 1. CD 2018/2181 Esas 2020/3313 Karar sayılı kararı. (Karara UYAP sisteminden erişilmiştir.)

Nitekim Geçici 6. maddenin 2. fıkrasında işkence ve eziyet suçu ile uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu istisna edilmemiştir.

Geçici 6. maddenin getirdiği diğer bir istisna ise; açığa ayrılma şartı ile ilgilidir. Bu istisna düzenlemenin, iyi halli olmak şartıyla, kapalı kurumda bulunan hükümlüler hakkında da uygulanabileceği öngörülmüş, kapalı kurumda bulunanların açığa ayrılma şartını sağlaması aranmamıştır. Örneğin, Geçici 6. maddenin 1. fıkrasında istisna suçlar arasında TCK 220. madde sayılmadığı için, suç örgütüne üye olanlar bakımından, genel hükümlere göre açığa ayrılmak için koşullu salıverilmeye bir yıldan daha az süre aranmasına ve ancak bu tarihten sonra denetimli serbestlikten yararlanabilecek olmalarına karşın, Geçici 6. maddedeki istisna düzenlemesi uyarınca bu kapsamdakiler de koşullu salıverilmeye üç yıl kala denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmektedir.

SONUÇ

Ceza infaz kurumaları temelde kapalı ve açık kurumlar olarak ayrılır. Cezaların infazının ise kural olarak kapalı kurumlarda yapılaması esastır. İnfaz sürecinde hükümlülerin sosyalleşmesi, toplumla bütünleşmesi ve iyi halli olarak cezalarını infaz edenlerin ödüllendirilmesi bakımından, açık ceza infaz kurumları hükümlülere önemli haklar sağlamaktadır.

Kapalı kurumların ceza infazı üzerindeki sıkı etkileri düşünüldüğünde açık kurumlar hükümlüleri dış dünyaya önemli bir şekilde yaklaştırmaktadır. İnfaz hukuku sisteminde, kural olarak hükümlülerin açık kuruma geçmeleri kabul edilmemiş, bunun için belli şartlar öngörülmüştür. Bu şartları taşıyan ve iyi halli olan hükümlülerin açık kurumlara geçmelerine açığa ayrılma denir.

Açığa ayrılma, hükümlülerin infaz rejimini gevşetme yanında, bazı hakları kullanmanın da ön koşulunu oluşturur. Hükümlülere verilen özel izin hakkı, COVID-19 salgını nedeniyle yaklaşık bir buçuk yıldır devam eden izin, denetimli serbestlikle infaz rejiminden yararlanma gibi önemli konular açığa ayrılma şartına bağlanmıştır. Bu nedenle hükümlülerin açığa ayrılma şartlarının doğru değerlendirilmesi temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren bir konudur.

COVID-19 salgını nedeniyle hükümlülere tanınan izin hakkının salgının devamı süresince uzatılması, hükümlülerin cezalarının bir kısmını toplum içinde çekmeleri sonucunu doğurmuştur. Açığa ayrılma hakkını elde eden tüm hükümlüler, suç ayrımı olmaksızın, bu haktan yararlanmaktadır. Ancak izin süresinde yeniden suç işleyen hükümlünün izin hakkının sona erdirilmesi şeklinde bir düzenleme olmaması bizce cezanın infazından beklenen amaca uygun olmamıştır. Zira infazdaki temel amaçlardan biri de yeniden suç işlenmesinin önlenmesidir.

KAYNAKÇA

Erdoğan, Oktay, *İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 2. Baskı.

Hafızoğulları, Zeki/ Kurşun, Günal, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", TBB Dergisi, S. 71, 2007, ss. 25-80.

Mecit, Kemal, *İnfaz Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, 5. Baskı.

Özbek, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Şen, Ersan, *Yorumluyorum X* , Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Şen, Ersan/ Başer, Beyza, *Koşullu Salıverilme, Denetimli Serbestlik ve Ceza Ceza İnfaz Sorunları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Şen, Ersan, "Suç Örgütüne Yardım Etme Suçundan Verilen Cezaların İnfazı", https://www.hukukihaber.net (erişim tarihi 19/08/2021).

Şen, Ersan, "Hükümlülerin İyi Hal Değerlendirmesinde Yeni Kriterler", https://sen.av.tr/tr/makale, (çevrimiçi erişim tarihi: 23.08.2021).

Turhan, Faruk/ Altıkat, Abdurrahim, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları" Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2012, ss. 1-46.

Yenidünya, Ahmet Caner, "Açık Cezaevine Ayrılma, Açık Cezaevinde İnfaza Dair Özellikler, Açık Ceza Evinde İzin", https://caneryenidunya.com/acik-cezaevi-ozel-izin-cezaevinde-covid-19-izni-acik-cezaevinde-infaz, (çevrimiçi erişim tarihi: 16/08/2021)

Yerdelen, Erdal, "Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.8, S. 16, Aralık 2020, ss. 449-485.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA YARGI ORGANLARI VE YARGI ÇALIŞANLARINA YÖNELİK SÖYLEMLERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Freedem of Expression in the Light of the Decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court for the Judicial Power and Judicial Staff

Oğuzhan SAPAN*

Özet: İfade özgürlüğünün sağlanmasına yönelik konsensüs, insanlık tarihindeki en önemli kazanımlarından birisidir. Ancak, ifade özgürlüğünün kullanılmasıyla başka özgürlüklerin ihlal edilmesi mümkündür. Bu nedenle haklar arasındaki dengenin sağlanması için ifade özgürlüğünün kullanımına Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çeşitli sınırlamalar getirilmiştir.

Bu sınırlamalardan birisi "yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması" veya "yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi"dir. Bir diğeri sınırlama hali de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır.

Yaptıkları yargısal görevler nedeniyle hâkim ve Cumhuriyet savcılarının sıkça eleştirilere maruz kaldıkları, özellikle sosyal medya üzerinden örgütlü hale gelen bu eleştirilerin kimi zaman maksadını aşarak hakarete ulaştığı gözlemlenmektedir. Bu bağlamda çoğulculuğun gereği olan ifade özgürlüğünün temini ile kişilerin şöhret veya haklarının korunması ve yargı organlarının görevlerini gereğine uygun olarak yerine getirmesinin sağlanması çatışmasının ne şekilde giderileceği tartışılmakta ve yargı kararlarına konu olmaktadır.

Bu çalışmada, belirtilen sınırlama sebepleri yargı organları ve yargı çalışanlarına yönelik söylemler bağlamında konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında tartışılmıştır.

Anahtar kelimeler: İfade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, hâkim ve savcılara yönelik ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi.

Abstract: Consensus on ensuring freedom of expression is one of the most important achievements in human history. However, it is possible to violate other freedoms by exercising the freedom of expression. For this reason, various restrictions have been imposed on the use of freedom of expression by the Constitution and the European Convention on Human Rights in order to maintain the balance between rights.

One of these limitations is "maintaining the authority and impartiality of the judiciary" or "fulfilling the judicial function in accordance with the requirements". Another one is the protection of the reputation or rights of others.

It is observed that judges and public prosecutors are frequently criticized due to their judicial duties, and that these criticisms, which have become organized especially through social media, sometimes go beyond their purpose and reach insults. In this context, how to resolve the conflict between ensuring the freedom of expression, which is a requirement of pluralism, protecting the reputation or rights of individuals and ensuring that the judicial organs fulfill their duties in accordance with the requirements is discussed and is the subject of judicial decisions.

In this study, the stated reasons for restriction are discussed in the light of the relevant European Court of Human Rights and Constitutional Court decisions in the context of discourses on judicial power and judicial staff.

Keywords: Freedom of expression, limitation of freedom of expression, freedom of expression for judges and prosecutors, European Court of Human Rights, Constitutional Court.

* İstanbul Anadolu Hâkimi, e-posta: oguzhansapan@gmail.com,
ORCID: 0000-0003-2848- 8880
Makale Geliş Tarihi: 13.08.2021, Makale Kabul Tarihi: 18.10.2021

GİRİŞ

Yaptıkları yargısal görevler nedeniyle hâkim ve Cumhuriyet savcılarının sıkça eleştirilere maruz kaldıkları, özellikle sosyal medya üzerinden örgütlü hale gelen bu eleştirilerin kimi zaman maksadını aşarak hakarete ulaştığı gözlemlenmektedir.

İnsan hakları hukukunun en temel sorunlarından olan çatışan hakların dengelenmesi, hâkim ve Cumhuriyet savcılarına görevlerinden dolayı yapılan eleştirilerin sınırları bakımdan da karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda çoğulculuğun gereği olan ifade özgürlüğünün temini ile kişilerin şöhret veya haklarının korunması ve yargı organlarının görevlerini gereğine uygun olarak yerine getirmesinin sağlanması çatışmasının ne şekilde giderileceği tartışılmakta ve yargı kararlarına konu olmaktadır.

Bu çalışma ile yerine getirdikleri yargısal görevler nedeniyle hâkim ve Cumhuriyet savcılarına karşı yapılan eleştirilerin sınırları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi kararları ile irdelenmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsanlar toplum içinde yaşamalarının bir gereği olarak birbirleriyle iletişim halindedir. Bu iletişimin sağlıklı bir temele oturabilmesi, kişinin rahatça düşünebilmesi ve bunları ifade edebilmesine bağlıdır. İnsanların kaygı duymadan düşünüp kendini ifade ettiği, yani ifade özgürlüğünün sağlandığı ortamda, zıt fikirler serbestçe tartışılabilecek, bu sayede kişiler ve toplumlar kendilerini gerçekleştirebileceklerdir.[1] Bu nedenle çağdaş hukuk sistemleri ifade

[1] Çamak, Sultan, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, Y: 2015, s. 1069 vd.; Duran, Hasan, "İfade Özgürlüğü ve Türkiye", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 1, Y: 2006, s. 58 vd.; Gül, Cengiz, "AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S:1, Y: 2019, s. 107-108; Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 62, S: 1, s. 97; Pekel, Abdulkadir, "İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılma Sebeplerinden Biri Olarak 'Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması'", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, Y: 2014, S: 2, s. 368; Sarı, Cengiz, "Avrupa Birliği Komisyonu'nun 31 Mayıs 2016 Tarihli Çerçeve Kararının İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kanunilik Ölçütü Yönünden Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 30, Y: 2017, s. 338; Sunay, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Doktora Tezi, Konya 1999, s. 9 vd.; Tumay, Murat, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavgamı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S: 2, Y: 2019, s. 120 vd; Yayla, Atilla, "İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?", Liberal Düşünce Dergisi, S: 73-74, Y: 2014, s. 140; Yıldırım, Yakup, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 7, S: 28, s. 448 vd.; Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 02/04/2014, § 34, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B. No: 2014/4705, 29/05/2014, § 48;

özgürlüğüne önem vermekte ve sınırlarını geniş tutmayı hedeflemektedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğünü çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereği olarak görmekte, bu özgürlüğün toplumların ve kişilerin gelişimi ile demokrasi için vazgeçilmez bir hak olduğunu belirtmektedir.[2]

Anayasa Mahkemesi, bir kararında, ifade özgürlüğünü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, aktarabilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi olarak tanımlamıştır.[3]

İfade özgürlüğünün kanaat sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü olmak üzere üç temel yüzünün bulunduğundan bahsedilebilmesi mümkündür.[4] Buradan çıkarımla ifade özgürlüğünün bunu kullanma şekline göre iletişim özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, inanç ve kanaat özgürlüğü gibi diğer bazı özgürlükler ile de doğrudan ilişkili olduğunu söylemek mümkündür.[5]

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" başlıklı 26. maddesi ile ifade hürriyetini anayasal koruma altına almıştır. Buna göre; herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de 10. maddesinde "*İfade özgürlüğü*" başlığı altında herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu açıkça ifade etmiş ve bu hakkın kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz

---

Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 29; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, §35; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 28; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 32.

2 Türmen, Rıza, *Güçsüzlerin Gücü,* Doğan Kitap, İstanbul, 2015, s. 93; Handyside/İngiltere, Başvuru No: 5493/72, 07/12/1976, § 49; Lingens/Avusturya, Başvuru No: 9817/82, 08/07/1986, §41; Azat Yıldırım, B. No: 2017/15279, 29/1/2020, § 17; Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 02/04/2014, § 35; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 28.

3 Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 02/04/2014, § 33, Mehmet Mihdi Bala, B. No: 2015/15088, 08/01/2010, § 42; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 28.

4 Macovei, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, s. 11 (https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmad10ifade.pdf – Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 21/04/2020); Sunay, s. 5, 42 vd.

5 Çamak, s. 1071; Duran, s. 60-61; Gül, s. 109; Karan, Ulaş, *İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2,* Ankara, Nisan 2018, s. 3; Sunay, a.g.e, s. 7; Tumay, s. 123; Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 02/04/2014, § 37.

konusu olmaksızın haber ve fikir almak ile vermek özgürlüğünü de içerdiğini belirtmiştir.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

A. GENEL OLARAK

İnsan hakları hukukunun temel sorunlarından birisi özgürlüklerin diğer özgürlükler karşısında ne şekilde dengeleneceğidir. İfade özgürlüğünde de durum böyledir. İfade özgürlüğü kişilerin kendilerini özgürce ifade edebilmelerini sağlarken, başka kişilerin şöhret veya haklarını, özel ve aile hayatlarını, suçların önlenmesini veya kamu düzenini olumsuz etkileyebilmektedir. Bu nedenle modern insan hakları hukuku da sınırlarını çizmek için özgürlüklere bazı sınırlamalar getirmiştir.

AİHS'in 10. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinde kişilerin ifade özgürlüğünün kapsamı ve bunun sınırları düzenleme altına alınmıştır. AİHS'e göre, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının engellenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için kanunla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir (m. 10/2). Anayasa'ya göre ise ifade özgürlüğünün kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgilerin açıklanması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir (m. 26/2). Anayasa tarafından getirilen bu sınırlama sebeplerinin kötüye kullanımını engellemek için Anayasa m. 13 gereğince özgürlüklere getirilecek sınırlamaların sınırı çizilmiştir. Hükme göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Ancak söz konusu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

AİHS'in 17. maddesinde Sözleşme'deki hiçbir hükmün, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamayacağı

düzenleme altına alınmıştır. Benzer bir hükme Anayasa m. 14'te de yer verilerek Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı ile Anayasa hükümlerinden hiçbirinin, Devlete veya kişilere Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda gerek AİHS gerekse Anayasa hükümleri gereğince ifade özgürlüğü kanun ile, belirtilen sınırlama sebepleri ile sınırlı olmak üzere ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun şekilde sınırlanabilecektir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi de buna uygun olarak ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ihlal oluşturup oluşturmadığını denetlerken, müdahalenin kanuni olup olmadığını, meşru amaç taşıyıp taşımadığını ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını içeren bir test uygulamaktadır.

B. KANUNİLİK: KAMU GÖREVLİSİNE HAKARET SUÇU, YAPTIRIMI VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASI

AİHS m. 10/2 ve Anayasa m. 13 ve 26/2 gereğince ifade özgürlüğü bu maddelerde belirtilen sebeplerle kanun ile sınırlandırılabilir. Ancak AİHS ve Anayasa'daki "kanun" ibaresi AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından farklı yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından kanun ibaresinden kural olarak "şekli anlamda kanun" anlaşılmakta ise de AİHM, "kanunun" erişilebilir, öngörülebilir ve belirli olmasını yeterli bulmaktadır. Yani AİHM'e göre kanunilik hukuki metnin önceden parlamento tarafından yürürlüğe konulmasıyla değil, söz konusu metnin erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olmasıyla anlam taşımaktadır.[6]

Bu çalışmanın konusu bakımından kanunilik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 125. maddesiyle sağlanmaktadır. TCK m. 125/1'de; bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanun m. 125/3-a gereğince hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi halinde

[6] Duran, s. 68; Karan, s. 121 vd.; Macovei, s. 56 vd.; Özbey, s. 102-104; Sarı, s. 341; Sunay, s. 100; Türmen, s. 94; Yıldırım, s. 453; The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 47,49; Öztürk/Türkiye, B. No: 22479/93, 28/09/1999, § 54; Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B. No: 2014/4705, 29/05/2014, § 56; Anayasa Mahkemesi, 22/05/2013 tarih ve 2013/39 E., 2013/65 K.; Kayasu/Türkiye No: 1, B. No: 64119/00 76292/01, 13/11/2008; § 83

failin bir yıldan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılabileceği düzenlenmiş ve bu nedenle yapılacak soruşturmalar m. 131/1 gereğince şikâyet şartına bağlanmamıştır.

Kanunun 6. maddesinin 1-c bendinde kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının kamusal faaliyetin yürütülmesine katıldığı gözetildiğinde kamu görevlisi olarak değerlendirilecekleri açıktır.

TCK m. 128'de hakaret suçu bakımından bir hukuka uygunluk hali düzenlenmiş; yargı mercileri ve idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuruda, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilmeyeceği, ancak bunun için isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.[7]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17/07/2007 tarih ve 2007/4-105 E. 2007/174 K. sayılı kararında davalı, davacı, şahsi davacı, katılan, sanık ve savcının, iddianın ve savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için belirli şartlar dahilinde bazı isnatlarda bulunabileceğini, bunu yaparken bazen muhataplarını küçük düşürücü ifadeler kullanabileceklerini, iddia ve savunmanın gerekliliği ile orantılı olmak şartıyla bu şekilde ortaya çıkan eylemlerin hukuka uygun sayılacağını ifade etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu aynı kararda söz konusu hukuka uygunluk nedeninin uygulanması için üç şart bulunduğunu belirtmiş ve bu koşulları şöyle sıralamıştır: Eylemin iddia veya savunma niteliğindeki evrak ile yazılı olarak veya iddia ve savunma sırasında sözlü olarak yapılması gerektiği (şekil şartı), eylemin yargı organlarına verilen dilekçelerde veya bu organlar huzurunda yapılması zorunluluğu (yer

[7] Yargıtay kararları incelendiğinde yargılama sırasında yargılamaya dair söylemlerin genellikle iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin, "*Sahtekarlık yapmış bu savcılar*" şeklindeki sanık müdafii beyanı bu kapsamda değerlendirilmiştir. (Yargıtay 18. CD, 30/09/2015 tarih ve 2015/8975 E., 2015/6268 K.) Benzer mahiyette kararlar için bkz. Yargıtay 4. CD. 27/10/2020 tarih ve 2020/18492 E., 2020/14009 K.; 22/05/2015 tarih ve 2015/1806 E., 2015/1677 K.; Yargıtay 18. CD. 10/07/2015 tarih ve 2015/11404 E., 2015/4552 K.; 13/01/2016 tarih ve 2016/111 E., 2016/419 K.)

Hâkimlere yönelen ifadelerin de TCK m. 128 hükmü kapsamında kalacağına dair bkz. Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 2. Baskı, s. 439; Yargıtay 18. CD. 22/05/2015 tarih ve 2015/1393 E., 2015/1782 K., 31/07/2017 tarih ve 2016/18279 E., 2017/982 K., 09/05/2016 tarih ve 2016/640 E., 2016/9911 K.; 18/11/2018 tarih ve 2015/7035 E., 2015/11388 K.; 29/02/2016 tarih ve 2015/41941 E., 2016/3581 K.

şartı), hak kullanılırken sınırın aşılmamasının gerekli olduğu (ölçülülük şartı)[8].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ölçülülük şartının değerlendirilmesi sırasında eylemin yargılama konusu ile ilgili olmasını yani eylemin iddia ve savunmaya katkıda bulunması gerektiğini[9], bir hakkın kullanımının bir başka hakkın ihlali neticesini doğurmaması ve Anayasa ile teminat altına alınmış özgürlükleri yok etmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yer şartı bakımından yaptığı değerlendirme aşağıdaki başlıklar altında değinileceği üzere AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da bir ölçüt olarak kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi iddia ve savunma dokunulmazlığının ifade özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması hakkı arasında olayın şartları içinde adil bir denge kurulmasının gerekli olduğunu ifade ederek, uygulanabilecek kriterlerden bazılarını şu şekilde sıralamıştır: iddia ve savunma dokunulmazlığının kullanılmasını haklı gösterecek emarelerin varlığı, iddia ve savunma dokunulmazlığının sırf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı, iddia ve savunma dokunulmazlığının kamu görevlilerine karşı görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili konularda kullanılıp kullanılmadığı, hedef alınan kişiye yönelik isnatların taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuyla -oldukça zayıf veya dolaylı da olsa- ilgisinin bulunup bulunmadığı ve uyuşmazlığın çözümüne katkısının olup olmadığı, ilgili kişinin önceki davranışları ile sarf edilen ifadeler ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkileri[10].

C. MEŞRU SEBEPLER: İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLAMA SEBEPLERİNDEN "YARGI ERKİNİN YETKİ VE TARAFSIZLIĞININ GÜVENCE ALTINA ALINMASI" veya "YARGILAMA GÖREVİNİN GEREĞİNE UYGUN OLARAK YERİNE GETİRİLMESİ" ile "BAŞKALARININ ŞÖHRET VEYA HAKLARININ KORUNMASI"

İfade özgürlüğüne yapılacak olan müdahalenin hakkın ihlali niteliğinde görülmemesi için müdahalenin gerek AİHS m. 10/2 gerekse Anayasa m. 26/2'de sınırlı olarak sayılan meşru amaçlara yönelmesi

---

8 Aynı doğrultuda bkz. Kenan Gül, B. No: 2015/17892, 19/02/2019, § 63; Özgür Arıkan, B. No: 2018/29295, 29/06/2021, § 44.

9 TCK m. 128 gerekçesine göre, bulunulan somut isnatların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay CGK. ifadenin iddia ve savunmaya yarar sağlaması gerektiğini ifade etmektedir. (Cem Mermut, B. No: 2013/7861, 16/04/2014, § 52; Emine Rezzan Aydınoğlu, B. No: 2013/8396, 11/03/2015, § 60; Özgür Arıkan, B. No: 2018/29295, 29/06/2021, § 46)

10 Kenan Gül, B. No: 2015/17892, 19/02/2019, § 55; Özgür Arıkan, B. No: 2018/29295, 29/06/2021, § 47-48

gerekir. AİHM söz konusu meşru amaçları tanımlayıp buna göre inceleme yapmamaktadır.[11] Ancak gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ölçüt bakımından yapılan denetim büyük ölçüde bir tartışmaya yol açmamaktadır.[12]

AİHS m. 10/2'de "*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*", Anayasa m. 26/2'de "*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi*" şeklinde ifade özgürlüğüne yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Yine konumuz ile ilgili olan bir diğer sınırlama sebebi de AİHS m. 10/2 ve Anayasa m. 26/2'de sayılan başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bu sınırlama sebepleri ile ifade özgürlüğü ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı arasında denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. AİHS m. 10/2'de yer alan "*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*" kısıtlama sebebinin anlaşılması için, "yargı erki" (*judiciary*), "yetki" (*authority*) ve "tarafsızlık" (*impartiality*) kelimelerinden ne anlaşılması gerektiği, AİHM'in yıllar içinde geliştirmiş olduğu içtihadına göre belirlenmektedir. Buna göre "yargı erki" ile önceden belirlenmiş hukuk kuralları çerçevesinde mevcut bulunan usul kurallarına göre hareket eden merci kastedilmektedir. Yargı erki terimi, adalet mekanizmasını veya devletin yargı kolunu kapsadığı gibi, hâkimleri de kapsar.[13] Yine aynı doğrultuda gerek hâkimler gerekse savcılar da bu kapsamda değerlendirilmektedir[14].Yetki ile ifade edilmek istenilen de toplum nezdinde yargı organınca kişilerin suçlu veya suçlu olmadıklarına dair yapılacak belirlemeye duyulan saygı ve güvendir.[15] Tarafsızlık ise hâkimin kişisel görüşlerinden sıyrılarak karar vermesi ve toplum nazarında hâkimin kişisel görüşlerinden sıyrılarak karar vereceği yönündeki kanaatin bütünüdür.[16]

Anayasa m. 26/2'de yer alan "*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi*" ifadesinden anlaşılması gereken de yukarıdaki açıklamalara benzer nitelikte olacaktır. Anayasa m. 7'ye göre "*Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*." Bu doğrultuda yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi en önce mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile mümkündür.

---

11 Yıldırım, s. 455.

12 Karan, s. 135-136.

13 The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 55.

14 Lesnik/Slovakya, B. No: 35650/97, 11/03/2003, § 54; ayrıca karşılaştırınız: Pekel, s. 372.

15 Pekel, s. 373; Kyprianou/Kıbrıs (Rum Kesimi) [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005, § 172; Lopuch/Polonya, B. No: 43587/09, 24/07/2012 § 61; Morice/Fransa [BD], B. No: 29369/10, 23/04/2015, § 129; Worm/Avusturya, B. No: 22714/93, 29/08/1997, § 40; The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 55; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 40.

16 Pekel, a.g.m, s. 373; Kyprianou/Kıbrıs (Rum Kesimi) [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005, § 118.

AİHS'de yer alan sınırlama sebebi ile Anayasa'da yer alan sınırlama sebebi lafzen birbirinden farklı görünse de her iki sınırlama sebebinin netice itibariyle aynı amaca hizmet ettiği düşünülmelidir.

AİHS m. 10/2 ve Anayasa m. 26/2'de sayılan başkalarının şöhret veya haklarının korunması da bir başka sınırlama sebebidir. Yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi sebeplerine göre daha genel nitelikte olan bu sınırlama sebebi AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla kendisine yer bulmaktadır. Hâkim ve Cumhuriyet savcılarına yaptıkları yargısal görevler nedeniyle getirilen eleştirilerin de çoğunlukla bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.

D. DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİNE UYGUNLUK

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin hak ihlaline neden olmaması için aranan bir diğer şart da demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluktur. AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında müdahalenin ihlal niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinde bu kriter üzerinde detaylı şekilde durulmakta ve genelde buradan hareketle yapılan yorumla hak ihlali olup olmadığı tespitinde bulunulmaktadır. Buna göre, müdahalenin toplum düzeninin gereklerine uygun olması için toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir.[17] Orantılılık kamunun menfaatleri ile bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin öteki kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti durumunda orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir.[18] AİHM, demokratik toplumda gerekliliği yorumlarken "*zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç*" bulunup bulunmadığını denetlemektedir. Zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı da ulusal makamların söz konusu müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürdükleri gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığının denetlenmesi ile ölçülmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre[19] müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için

---

[17] Karan, s. 150; Macovei, s. 66 vd.; Özbey, s. 105-106; Pekel, s. 371; Sunay, s. 91 vd.; Türmen, s. 94; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, §33; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 32; aynı yönde Öztürk/Türkiye, B. No: 22479/93, 28/09/1999, § 64; Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 08/07/1999, § 48; Sürek/Türkiye, No: 1, B. No: 26682/95, 08/07/1999, § 58; İncal/Türkiye, B. No: 22678/93, 09/06/1998, § 52; Zana/Türkiye, B. No: 18954/91, 25/11/1997, § 51; Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 59; Saygılı ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 19353/03, 01/08/2008, § 31.

[18] Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, §33; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 33.

[19] Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 32.

amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Yine bu bağlamda özgürlüklere getirilen sınırlamaların dar yorumlanması ve hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiği kaydedilmektedir.[20]

E. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI İLE İLGİLİ İÇTİHADI

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS m. 10/2'de sayılan sınırlandırma sebepleri ifade özgürlüğünün devletler tarafından sınırlanabileceğini hüküm altına alınmış ve devletlere takdir hakkı verilmiştir.[21] AİHM de takdir alanını önüne gelen somut olayda ayrıca değerlendirmektedir. Mahkeme; rahatsız eden, kızdıran, şoke eden, tiksindiren ifadeleri özgürlükçü bir bakış açısıyla ele almaktadır.[22] Ancak; nefret söylemi[23], isyana kışkırtma, şiddet övgüsü, şiddet çağrısı ve şiddet teşvikine yönelik ölçülü müdahaleler AİHS'e uygun kabul edilmektedir.[24]

---

[20] Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 32; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 41; İlhan Cihaner (2), B.No: 2013/5574, 30/6/2014, § 55; İlhan Cihaner (3), B.No: 2013/5298, 20/05/2015; bu kararlar yanında bkz. Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Von Hannover/Almanya (No. 2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101.

[21] Ceylan/Türkiye, Başvuru No: 23556/94, 08/07/1999, § 32; Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 08/07/1999, § 48; Sürek/Türkiye, No: 1, B. No: 26682/95, 08/07/1999, § 58; İncal/Türkiye, B. No: 22678/93, 09/06/1998, § 53; Barfod/Danimarka, Başvuru No: 11508/85, 22/02/1989, §28; Lingens/Avusturya, Başvuru No: 9817/82, 08/07/1986, § 39; The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 59.

[22] Gül, a.g.m,, s. 114-115; Sarı, a.g.m, s. 339; Sunay, a.g.e, s. 27; Yıldırım, a.g.m, s. 450; Öztürk/Türkiye, B. No: 22479/93, 28/09/1999, § 64; Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 08/07/1999, § 48; Sürek/Türkiye, No: 1, B. No: 26682/95, 08/07/1999, § 58; İncal/Türkiye, B. No: 22678/93, 09/06/1998, § 46; Da Haes ve Gijsels/Belçika, B. No:19983/92, 24/02/1997; § 46; Prager ve Oberschlick/Avusturya, B. No: 15974/90, 26/04/1995, § 38; The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 49; Kayasu/Türkiye No: 1, B. No: 64119/00 76292/01, 13/11/2008; § 88; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 32; Saygılı ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 19353/03, 01/08/2008, § 30.

[23] Nefret söyleminin Anayasa m. 14 bağlamında ifade özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama sebebi olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. Karan, a.g.e, s. 163; Anayasa Mahkemesi, 21/09/2004 tarih ve 2002/100 E., 2004/109 K.; ayrıca nefret suçları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Uğur, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 35, Y: 2018, s. 111-174.

[24] Gül, a.g.m, s. 114; Sarı, a.g.m, s. 339; Ceylan/Türkiye, Başvuru No: 23556/94, 08/07/1999, § 34; Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, 08/07/1999, § 50; Sürek/Türkiye, No: 1, B. No: 26682/95, 08/07/1999, § 61-62; Gündüz/Türkiye, Başvuru No: 35071/97, 04/12/2013, § 41; Zana/Türkiye, B. No: 18954/91, 25/11/1997, § 51.

AİHM içtihatlarına göre siyasetçiler ve kamuoyu önünde tanınmış kişilerin eleştiri sınırları geniş yorumlanmalıdır.[25] Ancak, yargıya veya hâkimlere yapılacak eleştirilerdeki sınır bahsi geçenlere göre daha dardır. AİHM'e göre ifade özgürlüğü ve başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının çatışması halinde şöhreti söz konusu olan kişi kamu görevlisi ise dengeleme sırasında bu kişinin üstlendiği kamu görevi de göz önüne alınmalıdır; nitekim kamu görevlilerinin siyasetçilerde olduğu gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açtıkları söylenemez.[26] AİHM; adaleti sağlayan ve hukuk devletinin temelini oluşturan mahkemelerin halkın güvenine ihtiyaç duyduğunu, bu güvenden yararlanarak görevlerini yerine getirmek durumunda olduklarını, yargı erkinin görevlerini yerine getirirken maruz kaldıkları sözlü saldırılara karşı devlet tarafından korunmalarının gerekeceğini kaydetmektedir.[27] Bu bağlamda AİHM, yargı otoritesinin korunması bakımından ceza yargılamasında sanığın ve halkın Mahkemelere duyduğu güvenin önemine dikkat çekmektedir.[28] Mahkeme, hâkim ve savcıların kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı cevap vermek bakımından ilkesel olarak daha ketum davranmak durumunda olduğunu da vurgulamaktadır.[29]

AİHM ifade özgürlüğü ve başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının dengelenmesine dair ilkeleri Von Hannover/Almanya (2)[30] ve Axel Springer AG/Almanya[31] kararlarında açıklamıştır. Buna

---

[25] Macovei, s. 96 vd.; Jerusalem/Avusturya, B. No: 26958/95, 27/02/2001, § 36; Lingens/Avusturya, Başvuru No: 9817/82, 08/07/1986, §42; İncal/Türkiye, B. No: 22678/93, 09/06/1998, § 54.

[26] Janowski/Polonya, B. No: 25716/94, 21/01/1999, § 33; July ve SARL Liberation/Fransa, B. No: 20893/03, 14/02/2008, § 39; Lesnik/Slovakya, B. No: 35640/97, 11/03/2003, § 53; Peruzzi/İtalya, B. No: 39294/09, 30/06/2015, § 52. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüştedir. *"... yargı görevlileri kabul edilebilir sınırlar içinde eleştirilere konu olabilirler. Ancak bu durum yargı görevlilerinin davranışlarının tıpkı politikacılar gibi sürekli denetim altında olacağı ve bu nedenle her türlü eleştiriye göğüs germeleri gerektiği anlamına gelmemektedir. Aksine görev başındaki bu kişilerin sözlü hakaret mahiyetindeki saldırılara, toplum nazarında tarafsızlığını zedeleyecek soyut iddialara karşı korunması gereklidir*." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25/10/2018 tarih ve 2018/4-346 E., 2018/1586 K.)

[27] Macovei, s. 117; Da Haes ve Gijsels/Belçika, B. No:19983/92, 24/02/1997, § 37; Kyprianou/Kıbrıs (Rum Kesimi) [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005, § 173; Schöpfer/İsviçre, B. No: 25405/94, 20/05/1998, § 29-30; Nikula/Finlanya, B. No: 31611/63, 21/06/2002, § 45; Saday/Türkiye, B. No: 32458/96, 30/03/1996, § 33; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 34; Prager ve Oberschlick/Avusturya, B. No: 15974/90, 26/04/1995, § 34; Saygılı ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 19353/03, 01/08/2008, § 34.

[28] Fey/Avusturya, B. No: 14396/88, § 30; Kyprianou/Kıbrıs (Rum Kesimi) [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005, § 172; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 40; Saygılı ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 19353/03, 01/08/2008, § 35.

[29] Morice/Fransa [BD], B. No: 29369/10, 23/04/2015, § 128; Prager ve Oberschlick/Avusturya, B. No: 15974/90, 26/04/1995, § 34.

[30] Von Hannover/Almanya (2) [BD], B. No: 40660/08, 60641/08, 07/02/2012.

göre, ifade özgürlüğüne konu edilen açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi, açıklamaya konu faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu, ilgili kişinin daha önceki davranışları, bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği ile uygulanan yaptırımın niteliği göz önünde tutulacaktır.

Mahkeme, ihtilafa konu söz veya yazının bağlamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini, bağlamından kopartarak ilgili ifadenin ifade özgürlüğü açısından korunup korunamayacağının belirlenemeyeceğini ifade etmektedir.[32]

Aynı çerçevede basın özgürlüğüne de ayrı bir önem atfedilmektedir. AİHM'e göre basın demokratik bir toplumun "*bekçi köpeği*"dir.[33] The Sunday Times/Birleşik Krallık kararı[34] bu anlamda önemli kararlardan biridir. Bu karara konu olayda zararlı bulunarak piyasadan çekilen bir ilaç ile ilgili olarak ilaç şirketinin ilacı piyasaya sürmeden önce gereken özeni göstermediği konusundaki yazı yayınlanmadan, halen konu ile ilgili yargılama devam ettiği için ve mahkemenin tarafsızlığını korumak amacıyla söz konusu yazı yayın yasağına konu olmuştur. Gazetenin AİHM'e yaptığı başvuru sonucunda Mahkemece ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda söz konusu yazının yayınlanması halinde ilaç şirketinin sorumluluğu konusunda kişilerde kanı oluşabileceği, olayın zaten kamuoyunda tartışıldığı, böyle bir kanının yargılamanın otoritesine halel getirmeyeceği, basının mahkemeler önündeki davaların konusu hakkında bilgi verme görevinin, kamuoyunun da bilgi alma hakkının bulunduğu, ancak yayınlanacak yazının yargılamanın otoritesine mutlak bir tehdit oluşturması halinde müdahalenin gerekliliğinden bahsedilebileceği, somut olayda ise yazının kamu çıkarına olduğu ifade edilmiştir.[35]

---

[31] Axel Springer AG/Almanya, B. No: 39945/08, 07/02/2012.

[32] Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 07/12/1976, § 50; Lingens/Avusturya, B. No: 9817/82, 08/07/1986, § 40; Morice/Fransa [BD], B. No: 29369/10, 23/04/2015, § 139; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 35.

[33] Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B. No: 13585/88, 26/11/1991, § 59.

[34] The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979.

[35] Bu çalışmanın konusunu doğrudan basın özgürlüğü oluşturmasa da incelenen konu ile ilgisi bağlamında AİHM'in basın özgürlüğü ile ilgili bir içtihadına değinmekte fayda vardır. AİHM içtihadına göre, gazetecilerin ifade ettikleri konularla ilgili olarak kanıt getirmelerini istemek ifade özgürlüğü (bununla bağlantılı olarak basın özgürlüğü) ile bağdaşmaz. AİHM kararlarında gazeteci, yayınlamış olduğu haberin içeriğinin yayınlamış olduğu tarihte doğru olduğuna inanmak için yeterli sebebe sahipse gazetecinin cezalandırılması doğru değildir. AİHM'e göre haber adeta bozulabilir bir mal kategorisindedir. Kısa bir süre gecikmesi haberin değerini veya ilginçliğini ortadan kaldırabilir. Bu nedenle, gazeteciyi sadece makul ölçüde bir araştırma yapma ve haberin doğruluğunu iyi niyetle varsayma konusunda yükümlü tutmakla yetinmek gerekir. Gazeteci elindeki bilginin doğru olduğuna inanıyor ise ve kişilere zarar verme

AİHM, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğini tartışırken, cezanın tayininin ulusal mahkemelerin takdirinde olduğunu belirtmekle beraber, müdahalenin ölçülü olup olmadığını da değerlendirmektedir. Mahkemeye göre uygulanan cezanın ağırlığı, fiilin ağırlığını aşmamalıdır.[36]

AİHM'e göre, olguların varlığı kanıtlanabilir, oysa değer yargılarının doğruluğu kanıta başvurarak ortaya konulamaz. Değer yargıları açısından bunu istemek, AİHS m. 10'da teminat altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal eder.[37] Ancak değer yargılarının doğruluğu kanıtlanamasa da değer yargısının temelini oluşturan olguların doğru veya yanlış olduğunun kanıtlanabilmesi mümkündür. Bu bağlamda olgusal temelden yoksun değer yargılarının ifade özgürlüğü bağlamında korunması mümkün değildir.[38]

2. Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, AİHM'in geliştirdiği içtihatları hareket noktası olarak kabul ederek konuya benzer açılardan yaklaşmaktadır. Mahkemeye göre, demokratik toplumlarda bireylerin yargı sistemini ve ona dahil olan kamu görevlilerini eleştirme hakkı vardır ve bu hakkın kapsamı sıradan kişilere göre daha geniştir.[39] Hatta, özellikle basın özgürlüğüne dair verilen kararlarda kullanılan ifadelerde belli düzeyde abartıya kaçılmış olmasının makul karşılanabileceği ifade edilmektedir.[40] Anayasa Mahkemesi, yargı görevlilerinin görevleri kapsamındaki işleri nedeniyle bir haberin veya yazının kamuyu bilgilendirilme değeri ne kadar yüksekse, haber veya makalenin yayınlanmasına da o kadar çok katlanılması gerektiğini ifade etmiştir.[41]

Anayasa Mahkemesi, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kabul edilebilir sınırlar içinde genel nitelikteki eleştiriler dışında şahsen de

---

kastı da yoksa cezalandırılmaması gerekir. Çünkü ceza kanunları kasten hakareti cezalandırır. (Macovei, a.g.e, s. 103) Benzer yönde bkz. İlhan Cihaner (3), B. No: 2013/5298, 20/05/2015, § 27, 30

36 Özbey, s. 135; Lopuch/Polonya, B. No: 43587/09, 24/07/2012 § 57; Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003, § 42.

37 Macovei, s. 14; Türmen, s. 94; Jerusalem/Avusturya, B. No: 26958/95, 27/02/2001, § 42; Busuioc/Moldova, B. No: 61513/00, 21/12/2004, § 61; Lingens/Avusturya, Başvuru No: 9817/82, 08/07/1986, §46; Da Haes ve Gijsels/Belçika, B. No:19983/92, 24/02/1997, § 42.

38 Macovei, s. 16; Yıldırım, s. 463; Jerusalem/Avusturya, B. No: 26958/95, 27/02/2001, § 43, Sokolowski/Polonya, B. No: 75955/01, 29/03/2005, § 48; Busuioc/Moldova, B. No: 61513/00, 21/12/2004, § 61

39 Arif Altın, B. No: 2014/2170, 10/01/2018, § 44; Hasan Ercan, B. No: 2015/54, 12/11/2019, § 33; Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017, § 48; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 36, 39.

40 İlhan Cihaner (3), B. No: 2013/5298, 20/05/2015, § 28.

41 İlhan Cihaner (3), B. No: 2013/5298, 20/05/2015, § 24.

eleştirilebileceğini kaydetmiştir.[42] Yine yüksek mahkemeye göre, Cumhuriyet savcıları iddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma aşamasında belirginleşen şekilde davanın tarafı olduğundan, eleştiriler karşısında hâkimlere göre daha hoşgörülü olmalıdır.[43]

Anayasa Mahkemesi yargı erkinin otoritesinin korunması gerekliliğini de gözetmektedir. Buna göre, kamu görevlilerinin görevlerini hakkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerekir.[44] Ayrıca, demokratik bir toplumda bireylere yargı sistemi ve ona dahil olan kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış ise de bu kişilere karşı yapılan eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarlarının korunmasını isteme hakkını ihlal edecek boyuta ulaşmamış olması gerekir.[45] Bunun sağlanması da devletin yükümlülükleri arasındadır.[46] Bu bağlamda, kullanılan ifadelerin hakaret içerikli veya küçük düşürücü olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hâkim ve Cumhuriyet savcılarına yönelik getirilen eleştirilerde ifade özgürlüğünün bir diğer sınırını ifadelerin herhangi bir tartışma bağlamında dile getirilip getirilmediği, keyfi bir kişisel saldırı niteliğinde bulunup bulunmadığı oluşturmaktadır.[47] Mahkeme, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kendilerine yönelen söz ve yazılara konumları gereği cevap veremediğine de dikkat çekmiştir.[48]

Anayasa Mahkemesi, kişilerin kullandığı kelimelere onun verdiği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemesi gerektiğini ifade etmiş, ifade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda, ifadelerin bağlamlarından kopartılarak incelenmesinin hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceğine vurgu yapmıştır.[49]

---

42 Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 49.

43 Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017, § 53, 58; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 40

44 Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 45; Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017, § 48; İlhan Cihaner (3), B. No: 2013/5298, 20/05/2015, § 26; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 39; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 36.

45 Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 45; Azat Yıldırım, B. No: 2017/15279, 29/01/2020, § 41; Hasan Ercan, B. No: 2015/54, 12/11/2019, § 34; İlhan Cihaner (3), B. No: 2013/5298, 20/05/2015, § 26; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 39.

46 Arif Altın, B. No: 2014/2170, 10/01/2018, § 20, 43; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 45; Azat Yıldırım, B. No: 2017/15279, 29/01/2020, § 40; Hasan Ercan, B. No: 2015/54, 12/11/2019, § 34; Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017, § 50; İlhan Cihaner (3), B. No: 2013/5298, 20/05/2015, § 16, 26; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 39; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 36

47 Karan, s. 13; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 30.

48 Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 48.

49 Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 38; Arif Altın, B. No: 2014/2170, 10/01/2018 § 40; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 50; Hasan Ercan, B. No: 2015/54, 12/11/2019, § 35; Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017, § 51; Arif

Yüksek mahkeme ayrıca demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler söz konusu olmadıkça hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmekten kaçınılması gerektiği kanaatindedir[50].

III. YARGI ORGANLARI VE YARGI ÇALIŞANLARINA YÖNELİK SÖYLEMLERDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖRNEKLER

İfade özgürlüğüne getirilen bir sınırlama sebebi olarak "*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması* ve "*yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi*" bakımından AİHM ve Anayasa Mahkemesinin geliştirmiş olduğu içtihat incelenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ise karar tarihine göre sıralı biçimde AİHM ve Anayasa Mahkemesi önüne gelen somut olaylara yer verilecektir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Barfod/Danimarka kararında[51], başvurucunun Danimarka'da yayınlanan bir dergide, yerel yönetime karşı açılan davayı gören Mahkemede bulunan üç hâkimden ikisinin hukukçu olmayan kişilerden oluşmasını, bu kişilerin tarafsız karar vermesinin mümkün olmadığını, hukukçu olmayan iki üyenin doğrudan yerel yönetim çalışanı olduğunu, bu doğrultuda "görevlerini yerine getirdiklerini", alınan kararın oybirliği ile alınmadığını, davadaki oy çoğunluğunun kimler tarafından sağlandığının belirlenmesinin çok zor olmadığını ifade etmesi nedeniyle hakkında açılan dava nedeniyle yapılan yargılama sonucunda hukukçu olmayan hâkimlerin saygınlıklarının zarar görebileceği ve hukuk sistemine duyulan güvenin zayıflayabileceği gerekçesiyle 2000 Danimarka Kronu ödemekle cezalandırılması tartışılmıştır. AİHM vermiş olduğu kararda toplumu ilgilendiren bir konuda görüş bildirmek ile ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurulması gerektiğine belirtmiş, kişilerin yorum yaparken cezalandırılacağı endişesiyle korkuya teslim edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, başvurucunun ifadelerinde mahkemenin oluşumu ve iki meslekten olmayan hâkimin bağımsız ve tarafsız olmayan yerel yönetim çalışanı olmasına yönelik eleştiri getirdiğini belirterek, meslekten olmayan hâkimlere yönelik ifadelerin kişisel saldırı kapsamında kaldığı gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir.

Altın, B. No: 2014/2170, 10/01/2018, § 41; Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019, § 37; Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019, § 38.

50 Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/06/2015, § 79.

51 Barfod/Danimarka, B. No: 11508/85, 22/02/1989.

AİHM, Prager ve Oberschlick/Avusturya kararında[52], Bay Prager'in bir dergide "*Dikkat, sert hâkimler!*" başlıklı ve onüç sayfadan ibaret yazısında Avusturya ceza mahkemelerinde görevli hâkimleri eleştirerek kendi tanıklıklarına, yapılan araştırma sonuçlarına ve yargı çalışanlarının beyanlarına yer vermesi üzerine, aynı derginin yazı işleri müdürü olan diğer başvurucu Bay Oberschlick ile yargılanıp cezalandırılmaları nedeniyle yapılan başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Başvurucunun yazısında kısa bir girişten sonra dokuz Viyana Bölge Ceza Mahkemesi hâkimi ele alınmış, bunlarla ilgili birtakım ithamlarda bulunulmuştur. AİHM basının hukukun üstünlüğü ilkesine tabi olan bir devlette üstün bir rol oynadığını, başkalarının itibarının korunması kaydıyla bilgi ve fikir vermekle yükümlü olduğunu, bu şekilde hâkimlere verilen görevlerin gereğinin yerine getirilip getirilmediği hususunun doğrulanabileceğini; ancak yargının toplumdaki özel rolüne saygı duyulması gerektiğini ifade ederek, adaletin garantörü olarak kamu güveninden yararlandıkları ve hâkimlerin kendilerine yönelen eleştirilere cevap veremediklerine dikkat çekerek yıkıcı saldırılara karşı kendilerine duyulan güvenin korunmasının önemini vurgulamıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, hâkim J. ile ilgili olarak daha en baştan sanıkların her birine mahkûm edilmiş gibi davrandığı, kibirli olduğu ve zorbaca davrandığı, kanunu çiğnediği ve mesleki yükümlülüklerini ihlal ettiğine yönelik ifadeler dolayısıyla hâkimin itibarına zarar verilmekle kalınmayıp, aynı zamanda bütün olarak yargı erkinin saygınlığına da zarar verildiği yorumunu yapmıştır. Yine hâkime kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili yorum yapma fırsatı verilmemesinin, başvuruculaların daha önce hâkimin görev yaptığı hiçbir ceza davasına katılmamış olmasının altını çizen mahkeme, başvuruculaların etik değerlere uygun ve iyiniyetli davranmadıklarını kaydetmiştir.

AİHM, Saday/Türkiye kararında[53] başvurucunun Devlet Güvenlik Mahkemesindeki duruşması sırasında "*Devlet cübbe giydirilmiş cellatlar tarafından katledilmemizi istemektedir, faşist yönetim (...) şimdi beni Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yargılamak istiyor*" şeklindeki beyanlarını mahkeme Devlet Güvenlik Mahkemelerine yönelik bir eleştiriden öte mahkeme heyetine kişisel bir saldırı olarak değerlendirmiştir. AİHM, olaydaki meşru sebebin yargı otoritesinin güvence altına alınması olarak belirlemiş, adaleti sağlayan ve hukuk devletinin temeli olan mahkemelerin halkın güvenine ihtiyaç duyduklarını, maruz kaldıkları sözlü saldırılara karşı korunması gerektiğini kaydetmiştir. Ancak, başvurucunun bu söylemi nedeniyle iki ayı hücrede olmak üzere dört ay hapis cezası ile cezalandırılmasını demokratik bir toplum için gerekli ve ölçülü olmadığını belirtmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

---

[52] Prager ve Oberschlick/Avusturya, B. No: 15974/90, 26/04/1995.

[53] Saday/Türkiye, B. No: 32458/96, 30/03/1996.

Da Haes ve Gijsels/Belçika kararına[54] konu olayda, başvuruculaların Antwerp İstinaf Mahkemesi hâkimleri hakkında beş ayrı yazı yayınlaması, söz konusu yazılarda bir boşanma davasında çocukların velayetlerinin noter olan babaya verilmesi, bu karardan önce eski eşi ve eski eşinin anne ve babası tarafından çocukların cinsel yönden istismar ettiğine dair soruşturma bulunması, bu soruşturmanın dava açılmamasına karar verilerek sonuçlanmış olması olayları anlatılarak, velayet kararını veren hâkimlerin siyaseten noter olan babaya yakın olmaları dolayısıyla bilinçli şekilde yanlış karar vermekle ve tarafsızlıkları konusunda şüphe duyulduğu şeklinde eleştirilmesi üzerine başvurucular hakkında yapılan yargılamada, başvuruculaların sembolik bir miktar olan 1 frank tazminat ödemeye ve masrafı kendilerine ait olmak üzere altı ayrı gazetede kararı yayınlatmaya mahkum edilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür. Mahkeme, kararında, yargı organlarının kamunun güveni doğrultusunda görev yaptığını, olgusal temele dayanmayan yıkıcı saldırılardan korunması gerektiğini, hâkimlerin görevleri gereği kendilerine yönelmiş eleştirilere cevap veremediklerini ifade etmiş; ancak gazeteci olan başvuruculaların yazıları yazmadan önce ciddi bir araştırma yaptıklarını, uzmanlarla görüştüklerini, yazıların ensest ilişkiler konusunda yargının konuyu ele alış biçimini sorguladığını, bu nedenle söz konusu yazıların kamusal tartışmanın bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yaparak başvuruculaların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu kararında yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması ve başkalarının şöhret veya haklarının korunması ile basın özgürlüğü arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.

AİHM, Nikula/Finlandiya kararına[55] konu olayda ise başvurucu avukatın savcı tarafından izlenen yönteme ilişkin eleştirilerinin hakaret suçunu oluşturduğuna, başvurucunun savcının zararını tazmin ve yargılama giderini ödemeye hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM, kararında, başvurucu tarafından kullanılan ifadelerin bazılarının uygunsuz olduğunun söylenebileceğini ancak eleştirilerin savcının yargılama esnasındaki performansına yönelik olduğunu, mesleki ya da diğer niteliklerine ilişkin olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, savcıya yönelik eleştirilerin savcı ya da hâkimlerin basın yoluyla eleştirildiği olaylardan farklı olarak mahkeme salonunda yapıldığını ve savcıyı kişisel olarak incitecek düzeye varmadığına işaret etmiştir. AİHM, adaletin yönetimi ile ilgili konularda avukatların yorumda bulunma haklarının olduğu, ancak eleştirilerinin belirli sınırları aşmaması gerektiğini, bu çerçevede yapılacak değerlendirmelerde yargı kararlarından kaynaklanan sorunlar hakkında kamunun bilgi alma hakkının olduğunu, adaletin iyi yönetiminin gerekleri ve hukuk profesyonellerinin onurlarının korunması gibi çeşitli

[54] Da Haes ve Gijsels/Belçika, B. No:19983/92, 24/02/1997.

[55] Nikula/Finlanya, B. No: 31611/63, 21/06/2002.

menfaatler arasında bir dengeleme yapılması gerektiğini, avukatların ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin kişinin adil yargılanma hakkı ile ilgili hususları gündeme getirebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, sanıkların savunmaları sırasında dile getirdikleri görüşlerinin savunmanın bir parçası olduğunu, bunun savunma hakkıyla bağlantılı olduğunu belirterek sert de olsa görüş alışverişine olanak tanınması gerektiğinin altını çizmiştir.

A./Finlandiya kararına[56] konu olayda ise, avukat olan başvurucunun müvekkilinin şikayetçi sıfatını taşıdığı davada, yerel mahkemenin iddialarının aksi yönünde karar vermesi üzerine başvuranın mahkemede yapılan usuli işlemleri eleştiren uzun bir temyiz dilekçesi kaleme aldığı, mahkeme hâkiminin başvuranı kayıtlı bulunduğu baroya başvuranın gerekçesine yönelik küçümseyici ifadelerinden duyduğu memnuniyetsizliği ifade ederek kullanmış olduğu dilin uygunsuz olduğunu belirterek kendisinden şikayetçi olduğu, konunun Baro Disiplin Kurulunda ele alındığı ve incelenen temyiz dilekçesinde başvuranın hâkim J.'nin beceriksiz, önyargılı, taraflı, gerekçelerinin peri masalına dayalı, zekice olmayan ve gerçekleri tahrif eden nitelikte olduğuna yönelik çok sayıda ifadede bulunduğunun belirlendiği, Baro Disiplin Kurulu'nun kullandığı dilin küçük düşürücü ve saygısızca olması ve başvurucu tarafından hâkime yönelik ifadelerine dair herhangi bir kanuni girişimde bulunulmadığı gerekçesiyle başvurucunun mesleki ilkelere aykırı davrandığının tespitiyle uyarı cezası ile cezalandırılmasına karar vermesi üzerine olayı değerlendiren AİHM, avukatların adaletin yönetimi konusunda ifade özgürlüğüne sahip olduklarının altını çizdikten sonra, eleştiri sınırlarının aşılmaması gerektiğini, buna dair dengenin kurulmasını nasıl sağlanacağını belirleme konusunda baro yetkilileri ve hâkimlerin uluslararası bir mahkemeden daha iyi bir konumda olduklarını ve bir takdir marjına sahip olduklarını, bu takdir marjının değerlendirmesinin AİHM tarafından yapılacağını, somut olaydaki kısıtlama sebebinin yargı otoritesinin korunması olduğunu, başvurucunun eleştirisini doğrudan hâkime yönelik küçük düşürücü ve saygısızca ifadelerde yönelttiğini, oysa eleştirilerini böyle bir dil kullanmadan da yapabileceğini, Baro Disiplin kurulu kararının orantılı ve yerinde olduğunu ifade ederek başvuranın müracaatını kabul edilmez görmüştür. AİHM, mevcut davanın Meister/Almanya davalarıyla benzerlikler gösterdiğini belirtmiştir. Söz konusu davalarından birisi olan ve avukat olan başvuranın kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapmış olduğu itirazda "*kararın aptallığında mı yoksa küstahlığına ve kayıtsızlığına mı daha fazla kusur bulmasını kendi kendine sorduğuna*" yönelik ifadeleri nedeniyle hakkında Baro Disiplin Kurulu tarafından kınama ve para cezası verilmesi olayında[57] AİHM, başvurucunun daha önceki disiplin

[56] A./Finlandiya, B. No: 44998/98, 08/01/2004.

[57] Meister/Almanya, B. No: 25157/94, 18/10/1995.

cezalarını da göz önünde tutarak ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Aynı başvurucunun başka bir müracaatına konu başka bir olayda[58] AİHM, başvurucunun yazmış olduğu şikayet dilekçesinde "*davanın, güçleri başlarını döndüren son derece asabi salaklar tarafından görüldüğüne*" dair ifadeleri ile yürütmenin durdurulmasına yönelen talebinin reddedilmesi üzerine vermiş olduğu dilekçesinde kararı "*önyargılı boş konuşma ve utanmazca bir aldatmaca*" olarak nitelemesi nedeniyle Baro Disiplin Kurulu tarafından hakkında kınama ve para cezası verilmesi nedeniyle önceki kararlardaki sebeplerle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. A./Finlandiya kararında atıf yapılan bir diğer karar olan Mahler/Almanya kararında[59] da başvurucu avukatın, savcının iddianameyi "tam*amen sarhoş bir halde yazdığına*" ilişkin ifadesi de ifade özgürlüğü kapsamında görülmemiştir.

Skalka/Polonya kararına konu olayda[60], hükümlü olan başvurucunun Ceza İnfaz Bürosuna yaptığı başvuru sonucunda almış olduğu cevaba sinirlenip, bu yanıtı veren kimliği belirsiz hâkimi Bölge Mahkemesi başkanına şikâyet ederken "*Sorumsuz soytarı, küçük sersem, salak*" gibi ifadeler kullanması nedeniyle hakkında açılan davada sekiz ay hapis cezası ile cezalandırılması ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür. Mahkeme, bir yargı mercii veya hâkimin hakarete uğraması halinde cezalandırılmasının kural olarak ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Ancak, Mahkeme, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin ilgili ve yeterli olması gerektiğini, bunları kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayandırması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, başvurucunun mektubunun baştan aşağı aşağılayıcı bir ton ile yazıldığını kabul ederek, almış olduğu cevabın neden bu ölçüde bir tepkiyi hak ettiğini göstermek için makul bir sebep gösteremediğine işaret etmiştir. Mahkeme müdahalenin orantılılığını değerlendirirken uygulanan cezanın ağırlığına da dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. İlk derece mahkemesince somut ceza hükmü ile korunan çıkarın niteliği ve önemi dikkate alınarak, başvurana verilen cezanın orantılı olduğu ifade edilmiş ise de AİHM'e göre, başvuran daha önce benzer bir eylemden dolayı suçlu bulunmamışken, ilk derece mahkemesince başvuranın eyleminin neden ağır olduğu ve niçin sekiz ay hapis cezasını gerektirdiği konuları açıklığa kavuşturulmamıştır. Mahkemeye göre başvuran hakkında daha önce benzer bir suçlama söz konusu olsaydı, caydırıcı olması için bu ölçüde ağır bir ceza kabul edilebilir olurdu. Ancak, Mahkemeye göre somut davada mahkeme ve hâkimi küçük düşürücü beyanları nedeniyle başvurucuya ceza verilmesi ifade özgürlüğünü ihlal etmese de verilen ceza orantısız şekilde serttir ve uygulanan cezanın şiddeti suçun ciddiyetini aşmıştır. Nitekim, daha

[58] Meister/Almanya, B. No: 30549/96, 10/04/1997.

[59] Mahler/Almanya, B. No: 29045/95, 14/01/1998.

[60] Skalka/Polonya, B. No: 43425/98, 27/05/2003.

önce benzer bir fiil gerçekleştirmeyen başvurucu mektupla genel ve açık bir saldırıda bulunmamış, mektup da alenileşmemiştir.

Kyprianou/Kıbrıs (Rum Kesimi) kararında[61], sanık avukatı olan başvurucunun yapılan duruşmada tanık polis memuruna sorular yönelttiği sırada sorularının hâkimler tarafından kesilmesini eleştirerek tanığa soru sorduğu sırada hâkimlerin kendi aralarında konuşup kağıtlar gezdirdiklerini ifade etmesinin ardından, Mahkemece bu ifadelerin mahkemeye saygısızlık olarak nitelendirilmesi ve başvurucunun beş gün süreyle hürriyetinin kısıtlanması ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür. Mahkemeye göre ifadeler saygısızca olduğu kabul edilebilir ise de bunlar duruşmanın yönetilme şekline dair eleştiri olarak kabul edilmelidir.

Başvurucu annesi ve kendisi aleyhine açılan icra takibine yönelik Mahkemeye yapmış olduğu itirazda, söz konusu borcu ödediklerini, buna rağmen icra takibinin infazına yönelik çabaların kendisi ve sağlık bakımından iyi durumda olmayan annesini tehdit edip, kendilerine şantaj yapmak amacını taşıyan bir grup suç örgütünün faaliyetinin sonucu olduğunu, bu grubun Mahkeme Başkanı J.S.'nin himayesi altında yozlaşmış mafya benzeri bir düzende hareket eden avukat D.N.'den oluştuğunu ifade etmesi üzerine başvuran hakkında ceza soruşturması başlatıldığı, iddianame düzenlenmesinin ardından basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda başvuranın hakaret suçundan para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, başvurucunun bu karara karşı yapmış itirazda sözlerini hukuk davası bağlamında ifade ettiğini, bunları hiçbir zaman kamuoyu ile paylaşmadığını belirtmiş ise de, mahkemece başvurucunun itirazının reddedildiği ve hakaret suçundan para cezası ile cezalandırıldığı, Mahkemece söz konusu dilekçenin içeriğinin duruşma sırasında da tekrar edildiği nazara alındığında hâkim J.S'nin taraflı davrandığı iddiasının hâkimin itibarını zedelediğinin ve hâkimin kamu güvenini kaybetme olasılığının belirtildiği, temyiz itirazının da reddedildiği olayda[62] AİHM, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yargı erkinin otoritesinin güvence altına alınması amacına yönelik olduğunu belirleyerek başvurucunun hâkim J.S ile ilgili iddialarını temellendiremediğini, hâkimlerin de usulü dairesinde şikayet konusu edilebileceklerini, başvurucunun ifadelerini mahkeme önünde ortaya koyduğunu, buradaki sözlerinin kamuoyu önündeki bir tartışmanın parçası olmadığını, bu nedenle ifade özgürlüğünün korumasından tam olarak yararlanamayacağını, başvurucunun duruşmadan önce de benzer şekilde yaptığı itirazlarında kullandığı dil nedeniyle hâkim J.S tarafından uyarıldığını ve başvurucunun davasının şüpheyi ortadan kaldırmak adına bir başka mahkemeye alındığını belirterek başvurucunun ifade özgürlüğüne

[61] Kyprianou/Kıbrıs (Rum Kesimi) [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005.

[62] Lopuch/Polonya, B. No: 43587/09, 24/07/2012.

yapılan müdahalenin orantılı ve demokratik toplumda gerekli olduğunu kaydedip ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal görmemiştir.

Ümit Bilgiç/Türkiye kararına konu olayda[63], başvurucu tarafından ya da aleyhine açılan davaların ve yapılan başvuruların sayıca fazla olması nedeniyle Adalet Bakanlığının ilgili Cumhuriyet başsavcılığından başvurucunun Türk Medeni Kanunu 405. madde kapsamında akıl sağlığının incelenmesi ve eğer gerekli ise koruma tedbirlerinin uygulanması için talepte bulunduğu, ilgili başsavcılığın Sulh Hukuk Mahkemesine başvurucunun vesayet altına alınmasına yönelik müracaatının ardından kişinin akıl hastası olup olmadığına dair muayenesinin yapılmasına dair karar verilmesini istediği, başvuranın zihinsel yeteneklerinde ve akli melekelerinde bir anomali olmadığına dair rapor düzenlenmesinin ardından bu talebin reddedildiği, bu karardan önce başvurucunun yargılandığı başka bir ceza davasında hareketlerindeki farklılıklar nedeniyle cezai ehliyetinin bulunup bulunmadığına yönelik raporunun aldırıldığı, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporda başvurucunun cezai ehliyetinin olmadığının belirtildiği, başvurucunun farklı yargılamalarda sanık olarak bulunduğu, buradaki itirazlarında hâkimlere yönelik keyfi davrandıklarını, "*sözde hukukçu*" olduklarını, taraf tuttuklarını, kendisine kin güttüklerini, davasını yürüten bir hâkimin rüşvet aldığına dair haberler olduğunu belirttiği ve isim vermeden adliyedeki hâkimlerin avukatlarla etik olmayan bağlantılarının bulunduğuna yönelen ifadelerde bulunduğu, bunun üzerine başvurucu hakkında dilekçelerindeki ifadeleri nedeniyle hakaret suçundan kamu davaları açıldığı, bu davalarda 35 gün süreyle tutuklu kaldığı ancak dava zamanaşımının dolması nedeniyle sadece birinden cezalandırıldığı olayda AİHM, başvurucunun ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM kararının Sözleşmenin 10. maddesi bakımından olan kısmında, ifade özgürlüğüne yönelik müdahale "yargı erkinin yetkisinin güvence altına alınması" kısıtlama sebebi bakımından ele alınarak, başvuranın yargı çalışanlarına karşı sarf ettiği özellikle iğneleyici, düşmanca ve rencide edici sözleri sadece yazılı olarak kaydettiği, buna göre, yazıların halkın adaletin tecelli edeceğine olan güveni üzerindeki etkilerinin kısıtlı olduğuna, ayrıca başvuranın hukukçu olmayıp mahkeme belgelerinde kullanılan ifade tarzına alışkın olmadığına vurgu yapılmıştır. Mahkeme yargı çalışanlarının onurunu ve yargı faaliyetleri için gerekli huzurlu ortamı korumak meşru bir hedef olsa da davanın koşullarında, başvuranın tutuklanması ve zorunlu olarak akıl hastanesinde gözetim altına alınması dahil alınan önlemlerin hedeflenen amaçlarla uyumlu olmadığını ve tutuklanması talep edilen başvurucunun akıl hastalığının savcılık tarafından bilindiği, davranışlarının sebebinin bu şekilde açıklanabileceği belirterek yapılan

[63] Ümit Bilgiç, B. No: 22398/05, 03/09/2013.

müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığını kaydetmiştir.

AİHM çokça atıf yaptığı Morice/Fransa kararına[64] konu olayda Fransa ile Cibuti arasında işbirliği anlaşması kapsamında burada geçici görevli bulunan bir hâkimin ölü bulunması üzerine açılan soruşturmada görevlendirilen soruşturmacı hâkimlerin daha sonra soruşturmadan alınması, ölen yargıcın eşinin vekili olan başvurucunun Adalet Bakanına mektup yazarak soruşturmadan alınan hâkimlerin tarafsızlık ve adillik ilkelerine tamamen aykırı davrandıklarını belirterek adli soruşturmada ortaya çıkan birçok yetersizlikten dolayı soruşturma açılmasını talep etmeleri, ertesi gün Fransa'da yayınlanan Le Monde gazetesinde başvurucunun şikayetine dair bir haber yayınlanması, yapılan başvuru üzerine soruşturmadan alınan hâkimler gazete yetkililerine ve başvurucuya hakaret suçlamasıyla ceza davası açılması, yapılan yargılama sonucunda başvurucu ve gazete yetkilileri para cezasına ve tazminat ödemeye mahkum edilmesi hususları değerlendirilmiştir. AİHM, eleştirilerin medyanın yoğun ilgisini çeken bir davaya ve adalet sisteminin işleyişine ilişkin kamusal çıkarları ilgilendiren bir konuya ilişkin tartışmalarla ilgili olduğu, kullanılan sözlerin mahkemelerin fonksiyonuna yönelik temelsiz ve ağır biçimde yaralayıcı saldırılar olmadığı sonucuna ulaşmış ve başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme kararında hâkimlerin de belirli sınırlar dahilinde şahsen eleştirilebileceklerine vurgu yaparak, bu sınırların sıradan vatandaşlara göre daha geniş olduğunu kaydetmiştir.

Aynı kararda, temelsiz ve ağır biçimdeki yaralayıcı saldırılar bir kenara bırakılırsa, yargı görevlilerine yönelik eleştiri sınırlarının sıradan vatandaşlara kıyasla daha geniş olması gerektiğini vurgulanmıştır. AİHM'e göre adaletin garantörü olan ve hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hayati bir fonksiyonu olan yargının kamu güvenine ihtiyacı bulunmaktadır. Bu bağlamda özellikle hâkimlerin kendilerini hedef alan eleştirilere karşı cevap vermelerine engel olan yükümlülükleri göz önünde bulundurulduğunda bu güveni zarara uğratabilecek temelsiz saldırılara karşı korunması gerekir. AİHM, avukatların eleştirilerini belli sınırları aşmamak kaydıyla adaletin yönetimi ile ilgili konularda yorumda bulunma hakkına sahip olduğunu, bu sınırların yargısal tartışmanın medya tarafından takibinin sağlanması veya davayı ele alan hâkimle hesaplaşmak arzusu ya da stratejisi ile yapılmış olabilecek asılsız ve temelsiz saldırılardan korumak için gerekli olduğunu belirtmiştir.

July ve SARL Liberation/Fransa[65] kararında da aynı olayda, günlük bir gazetede Bay July imzasıyla yayınlanan "*Bir hâkimin ölümü: dul kalan karısı hâkim ve polislere saldırıyor*" başlıklı makalede ölen hâkimin eşinin

[64] Morice/Fransa [BD], B. No: 29369/10, 23/04/2015.

[65] July ve Sarl Liberation/Fransa, B. No: 20893/03, 14/02/2008.

basın açıklamasıyla tahkikatın gidişatını eleştirilmesi ve hâkimlerin taraflı olmasından yakınması, tahkikat dosyasının "*çok tuhaf*" bir şekilde oluşturulmuş olduğuna yönelik ifadeler, hâkim ve savcılar sendikası başkanının "*anormalliklerin çoğalmasından*" bahsetmesi ve tahkikat hâkimlerinin yavaş hareket ettikleri iddialarına yer vermeleri nedeniyle Bay July aleyhine hakaret suçundan ceza davası açılmıştır. Asliye ceza mahkemesi "hâkimlerin taraflı davrandıkları" iddiasına yer verilmesine ilişkin ilgili kısmı hakaret kapsamında kabul etmiş, geri kalan kısımlarla ilgili beraat kararı vermiştir. Gazetenin tahkikata getirilen eleştiriler konusunda açıklama yapmakla kamuoyunu bilgilendirme görevini yerine getirdiğine karar veren mahkeme, ilgililerin iyi niyetli olduklarına hükmetmiştir. Ancak hâkimlerin "taraflılığı" iddiası dışında, tahkikat dosyasının "çok tuhaf" bir şekilde oluşturulduğu iddiasının da hakaret içerdiğini belirten istinaf mahkemesi bu nedenle beraat kararını bozmuştur. Mahkeme bu bölümlerin tahkikat hâkimlerinin onur ve itibarlarına saldırı teşkil ettiğine karar vermiştir. İstinaf hâkimleri başvurucuları, ihtiyat ve nesnellik görevlerine açıkça aykırı davrandıkları gerekçesiyle, iyi niyet hükümlerinden yararlandırmamıştır. Bay July 10 bin Fransız frangı, ayrıca diğer başvurucu şirketle beraber yargılama masrafı olarak mağdurlara 20 bin Fransız frangını ödemeye mahkûm edilmiştir. AİHM değerlendirmesinde istinaf mahkemesinin gerekçelerini ikna edici bulmamış, gazetenin kamuoyunun bildiği bir konudaki basın açıklamasına dair haber yapmasının da bilgi vermekten ibaret olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme, haber metnindeki dil ve tırnak işareti kullanımının ve sözlerin sahiplerinin kim olduğuna yer verilmesinin özellikle altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca kamu görevlilerinin kabul edilebilir eleştiri sınırlarının daha geniş olduğunu, hâkimlerin de bu sınırlar içinde şahsen eleştirilebileceklerini, somut olayda kullanılan ifadelerde abartı veya tahrikin bile bulunmadığını ifade etmiştir.

AİHM Peruzzi/İtalya kararına[66] konu olayda ise, başvurucu avukatın bir hukuk davasında görev alan hâkime ilişkin şikâyet içerikli bir metni Hâkimler Yüksek Kuruluna, Bölge Mahkemesine ve hâkime göndermesinin ardından başvurucunun neticeten para cezası ile birlikte tazminat ödemeye mahkûm edilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir. Başvurucu, kaleme aldığı metinde kötüniyetli veya ağır ihmal veya dikkatsizlikle gerçekleştirilen bilinçli hatalardan söz ederek, "*Bir tarafa eğilimli olarak hatta biraz küstahça tamamen ilgisiz ve kayıtsızlıkla karar vererek*" şeklinde ibarelere yer vermiştir. AİHM söz konusu ifadeleri ifade özgürlüğü bağlamında incelemiş, hâkimlerin siyasetçiler kadar geniş olmasa da eleştiriler konusunda diğer bireylere göre daha fazla tahammüllü olmaları gerektiğini belirtmiştir. AİHM, başvuranın kısmen maddi vakıalara dayalı değer yargıları içeren ve bu nedenle de Mahkemenin içtihatlarına göre, doğruluğu ispat konusu olamayan

[66] Peruzzi/İtalya, B. No: 39294/09, 30/06/2015.

hâkimin haksız ve keyfi kararlar verdiği yönündeki eleştirileri sınırın aşılması olarak yorumlamasa da; hâkimin taraflı olduğu, kötüniyetle veya ağır ihmal veya dikkatsizlikle bilerek hatalar yaptığına ve hâkimin görevinin gerektirdiği ahlaki sorumlulukları göz ardı ettiği yönündeki ifadelerini Mahkeme önünde yapmamış olması, dağıtımı yapılan metnin yargılama ile bir ilgisinin olmaması, hâkime yönelik iddiaların başvuranın taleplerini reddetmesi dışında bir dayanağı olmaması, söz konusu metnin hâkimin şöhret ve mesleki saygınlığına zarar vermekten başka bir amaç taşımadığı yönündeki belirleme ile ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Kararın karşıoyunda başvurucuya verilen para cezasının (15000 Euro) açıkça orantısız olduğu, başvuranın kaleme aldığı metni kısıtlı bir gruba göndermesi nedeniyle muhataplarının neredeyse hiç mertebesinde olduğu, hâkimin kimliğine açıkça yer vermediği; hâkimlerin sıkça saldırgan üsluplu dilekçeler almaları ve soyut ifadeler karşısında tabiatları itibariyle oldukça dikkatli olmaları nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi bir olayda[67], başvurucu olan gazete genel yayın yönetmeninin yerel bir gazetede yayınlanan yazıda o ilçede görevli Cumhuriyet savcılarının soy ismini altına ve üstüne "*Mal*" ve "*Köpek*" şeklinde bazı kelimeler yerleştirerek kullanmış olması nedeniyle hakaret suçundan yargılanarak 2620 TL adli para cezası ile cezalandırılmasını ve açılan hukuk davasında 1500 TL manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmesini ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde görmemiştir. Mahkeme, somut olayı ifade özgürlüğünün sınırlarından "yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi" bağlamında değil, başkalarının şöhret veya haklarının korunması bağlamında değerlendirmiş ve başvurucunun yazının ne bütününe ne de amacına ilişkin açıklama getiremediğini, görevli Cumhuriyet savcılarının soyadları ile hakaret içeren kelimelerin bir arada bulunmasına anlamlı bir yanıt veremediğini, söz konusu sözlerin keyfi, kişisel bir saldırı niteliğinde olduğunu, söz konusu ifadelerin adaletin iyi yönetilmesi aleyhine bir güvensizlik ortamı yaratarak yargı organlarının otoritesini zayıflatacağını, Cumhuriyet savcılarının onurlarına zarar vereceğini belirtmiş; bu nedenle yargı mensuplarının hakaret içeren ve küçük düşürücü sözlerden korunmaları gerekliliği ile birlikte düşünüldüğünde verilen adli para cezası ve tazminatın kararlarının ölçülü olduğunu kaydederek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

[67] Emin Aydın (2), Başvuru No: 2013/3178, 25/06/2015.

Başka bir olayda[68] sanık müdafiinin Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasını tamamlamasının ardından "*Savcı hukuk fakültesini yeniden okusun. Hukuk fakültesini okumadı, ya dosyayı okumadı ya da mahkemenin yaptığı işleri esas almıyor ya da değer biçmiyor.*" şeklinde sözler sarf etmesinin ardından hakkında açılan davada hakaret suçundan 6080 TL adli para cezası ile cezalandırılması ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür. Anayasa Mahkemesi olayda hem kişilerin şöhret veya haklarının korunması hem de yargı erkinin otoritesinin korunması sınırlama sebeplerini değerlendirmiştir. Mahkeme, sanık müdafiinin eleştirilerinin abartılı olabileceğini belirtmiş ancak, eleştirilerinin temel amacının Cumhuriyet savcısının mütalaasındaki yaklaşımının yanlış olduğu, dava ile ilgili bazı gelişmeleri dikkate almadığı noktasında bulunması nedeniyle söz konusu eleştirilerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını kaydetmiştir. Kararda, bu yöndeki müdahalelerin avukatların üzerinde savunma görevinin yerine getirilmesi bakımından caydırıcı etki doğurabileceğine dikkat çekilmiştir. Başvurucunun aynı konu ile ilgili olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 135/1 gereğince uyarma cezası ile cezalandırılmasının ardından yaptığı itirazın ve açtığı idari işlemin iptaline dair davanın reddedilmesi üzerine yapmış olduğu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir[69]. Anayasa Mahkemesi önceki kararına atıfla avukatların meslek icrası sırasındaki ifade özgürlükleri bağlamında ceza soruşturmalarına istisnai olarak başvurulması gerektiğini ifade ederek, avukatların savunma dokunulmazlığını kullanırken meslek kurallarına uygun davranması, yargının diğer aktörlerine karşı kullandıkları söz ve ifadelerin dava konusu ile ilgili olduğuna dikkat etmesi, temsil ettiği müvekkilinin çıkarlarının korunmasının gerektirdiği ölçüyü aşmaması gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme somut olaydaki ifadelerin saygı ve nezaket sınırlarını aşan, savunma görevini ifa etmekten ziyade mütalaasını açıklayan Cumhuriyet savcısını rencide etmeye dökük, avukatlık mesleğinin etik kurallarına ve saygınlığına zarar verici nitelikte ifadeler olduğunu belirterek, yargı süjelerinin herhangi birisinin yetkinliğini sorgulamanın yargılama ortamının saygınlığına gölge düşürdüğü yorumunu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bir başka olayda, başvurucunun Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı olan A.Y.'ye "*Sayın [Y.] (...) benim hakkımda da vatandaşlıktan çıkarılma dava açar mısınız? Siz Abdullah Öcalan'ı bile asmaya cesaret edemeyen bir yargı sisteminin savcısı olarak ben ve benim gibi sıradan bir vatandaşın gözünde sıfır itibara sahipsiniz. Sizin savunduğunuz çalışmayan yargı sisteminiz çökmüş durumda...*" şeklinde bir e-posta göndermesi üzerine kamu görevlisine hakaret suçundan yargılanıp, 12 bin TL adli para cezası ile cezalandırılmasını ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede Yargıtay

[68] Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017.

[69] Keleş Öztürk (2), B. No: 2018/23565, 16/06/2021.

Cumhuriyet başsavcısı olarak görev yapan mağdurun kamu güvenine sahip olması gerektiğini, bu sebeple savcılarla birlikte hâkimleri ve diğer yargı çalışanlarını asılsız suçlamalara karşı korumanın devletin görevlerinden olduğunu, ancak yürüttüğü görev itibariyle mağdurun sade vatandaşa göre daha hoşgörülü olmak zorunda bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme söz konusu e-postanın aleniyet kazanmadığına dikkat çekerek, başvurucunun ifadelerinin eleştirel nitelikte olduğunu bildirmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararında e-postadaki ifadelerin bağlamdan kopartılmadan değerlendirilmediğini, başvurucunun ifade özgürlüğü ve mağdurun şeref ve itibarına saygı hakkı arasında denge kurmaya yönelik değerlendirme yapılmadığını, böylelikle ortaya konulan gerekçenin müdahale için ilgili ve yeterli sayılamayacağını kaydederek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[70]

Mahkeme önüne gelen bir olayda[71], sanık müdafi olan başvurucunun yapılan duruşma sırasında müvekkilinin tanık olarak dinlenilmesi gerekirken sanık olarak yargılandığını ifade edip "*Müvekkilimin bu davada diğer sanıkla birlikte aynı sevk maddeleri ile cezalandırılmasının istenilmesi davayı açan savcının olayı kavrayamaması ve işgüzarlığındandır*" ifadesini kullanması, ardından gelişen polemikte iddia makamında bulunan Cumhuriyet savcısına yönelik "*Asar mısınız keser misiniz?*", mahkeme heyetine hitaben Cumhuriyet savcısını kastederek "*Beni çoluk çocukla uğraştırmayın*" demesi gerekçesiyle başvurucu hakkında hakaret suçundan 11 ay 20 gün hapis cezası tayin edilmesini ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme olayda hem kişilerin şöhret veya haklarının korunması hem de yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi sınırlama sebeplerini değerlendirmiştir. Mahkeme söylenen sözlerin duruşma sırasında sarf edildiğini, davanın kamuoyunda bilinen bir dava olmadığını, dolayısıyla Cumhuriyet savcısına asılsız suçlamalara karşı sağlanan korumanın kamusal menfaatlere yönelik açık tartışmaya ilişkin menfaatlerle dengelenmesinin gerekmediğini, başvurucunun müvekkili hakkında haksız yere dava açıldığını kanıtlamaya çalıştığını, başvurucunun sözlerinin oldukça sert olduğunu, avukatlık mesleğinin etik kurallarına ve saygınlığına zarar verdiğini; ancak söylediği sözler ile Cumhuriyet savcısının özel hayatı, mesleği veya diğer niteliklerinin hedef alınmadığını, Cumhuriyet savcısının savunma kurgusuna müdahale etmeden kendisine yönelen eleştirileri daha fazla hoşgörü ile karşılamasının beklendiğini, ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi hafifletmediğini, beş yıl süreyle denetimli serbestliğin kişi üzerinde

[70] Arif Altın, B. No: 2014/2170, 10/01/2018.

[71] Bayram Akın, B. No: 2015/19278, 07/03/2019.

baskı yarattığını ve savunma üzerinde caydırıcı etki oluşturduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi önüne giden bir başka olayda[72], başvurucunun amcasının davasında hâkimin yanlı davrandığı, gerekli araştırmayı yapmadığı, bilerek hatalı karar verdiği, hukuk fakültesi üçüncü sınıf öğrencisinin dahi yorumlayabileceği bir kararı yanlış yorumladığından bahisle Komisyon Başkanlığına dilekçe yazması, ayrıca posta ile söz konusu dilekçenin bir hâkime suretini postalaması üzerine yerel Mahkemece başvurucunun hakaret suçundan 6080 TL adli para cezası ile cezalandırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde görmüştür. Mahkeme olayda hem kişilerin şöhret veya haklarının korunması hem de yargı erkinin otoritesinin korunması sınırlama sebeplerini değerlendirmiştir. Mahkeme başvurucunun ifadelerini ağır eleştiri ve şikâyet hakkı kapsamında görmüş; sözlerin hâkimin verdiği karara ilişkin olduğunu, özel hayatının veya kişisel özelliklerinin hedef alınmadığını, dilekçenin aleniyet kazanmadığını kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi kaba, incitici, örfe ve görgü kurallarına aykırı ifadelerin disiplin hukukunun veya tazminat hukukunun da ötesinde ceza yargılamasına konu edilmesinin kişilerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğuracağının altını çizmiştir.

Asliye hukuk mahkemesinde davacı vekili olan başvurucu avukatın vermiş olduğu dilekçeler ile Yargıtay bozma ilamına konu edilmeyen konuların incelendiğini belirttiği, dilekçelerinde *"...taraf talepleri olmamasına rağmen her duruşma adeta yeni bir kararın kuzlaması...yargılama yılan hikayesine dönüşerek...yeni bir ara kararı Mahkemece resen bulunarak dava uzatılmaya veya red edilmek için öküz altında buzağı aranmaya çalışılmaktadır.', '...bir takım bozma kararında resmi veriler hiçe sayılarak kafadan... karar verilmiştir', '...ancak mahkeme hâkimi bu dilekçelerden tınmamış, adeta davalı tarafmış gibi davranmaya devam etmiştir','...Mahkeme hâkimi... taşınmaz için muradına ermiştir...', '...Mahkeme taraf talepleri olmadan resen verdiği DSİ ye yazılan yazılardan davayı red edebilmek için herhangi bir şey tutturamayınca bu kez Orman Müdürlüğünde şansını aramaktadır...', '...yargılamanın seyrinin zıvanadan çıkartarak...', '... Mahkeme adeta hafiyelik oynarcasına...','...Mahkeme yine de hızını alamamış... muhtıra niteliğinde resen ara kararı tesis etmiştir','...tüm verileri hiçe sayarak ve de hızını alamayarak...bu durum mahkemeye büyük keyif vermektedir..."* şeklinde ifadelere yer verdiği, yapılan soruşturma sonucunda başvurucu hakkında kamu görevlisine hakaret suçundan dava açıldığı, yargılama sonucunda başvurucunun 8840 TL adli para cezası ile cezalandırıldığı ve hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı, daha sonra işlenen bir suç nedeniyle söz konusu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının açıklandığı olayda[73], Mahkeme, kişilerin Anayasa'nın 26. maddenin

[72] Hasan Ercan, B. No: 2015/54, 12/11/2019.

[73] Ahmet Haluk Altan, B. No: 2015/14340, 12/11/2019.

ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü kapsamında; kişilerin kamusal bir tartışmaya katkı sunma kapasitesi olmaksızın başkaları için temelsiz biçimde yaralayıcı nitelik taşıyan, saldırgan ve yakışıksız ifadelerden kaçınma yükümlülüğü bulunduğunu, yine Anayasa'nın 14. maddesinin ifade özgürlüğünün kullanımına herkes için geçerli olan bazı görev ve sorumluluklar getirdiğini, somut olayda ifade edilen sözlerin sözlük anlamlarından ziyade bağlamı içinde değerlendirildiğinde nahoş ve incitici olduğunu, Mahkemeye yönelik eleştiride bulunmanın doğal olduğu ancak dokuz ayrı dilekçede yaralayıcı ve yakışıksız sözlerin sistematik olarak tekrarlandığını belirterek buradan başvurucunun amacının hâkimi incitmeye yönelik olduğunu değerlendirmiş ve verilen cezanın orantılı olduğu kaydederek, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Kararın karşıoyunda Mahkeme hâkimine yönelik eleştirilerde bulunulduğu, söz konusu ifadelerin bağlamıyla birlikte değerlendirilmesinde metafor ve halk değişlerinin kullanıldığı, başvurucu avukatın ifadelerinin kaba, rahatsız edici ve yargı ciddiyetine yakışmayacak düzeyde olduğu; ancak başvurucuyu cezalandırma yoluna gitmenin avukatlık mesleği üzerinde etkili olarak savunma yapmak hususunda caydırıcı bir etki yaratabileceği, müvekkillerini savunma imkanlarının kısıtlanacağı, hâkimlerin kendilerine yönelen sözlerde adli ceza yoluna gitmelerinin kişilerin sisteme yönelik güvenlerini zedeleyebileceği belirtilmiştir. Karşıoyda somut olaydaki sözlerin hâkimin davayı yürütme tarzıyla ilgili olduğu, değer yargısı içerdiği, ifadelerin olgusal temelden de yoksun olmadığı, hâkime yönelen sözlerin aleniyet kazanmadığı, müdahalenin demokratik toplum düzenine uygun olmadığı ve 8840 TL adli para cezasının ölçülü bulunmadığı, kişilerin düşüncelerinden dolayı ceza sorumluluğuna gidilmesinin istisnai nitelikte olması gerektiği, konunun tazminat ve disiplin hukuku yönüyle ele alınabileceği ifade edilmiştir.

Bir başka olayda[74], avukat olan başvurucunun "*Adalet Bakanı 'Barış istemek suçsa ben bu suçu isteyerek işliyorum' demiş. Ben de bu suçu işliyorum Mardin'in niteliksiz ve seviyesiz hâkim ve savcılarına büyük bir zevk ile duyurulur.*" şeklindeki metni sosyal medya hesabı üzerinden paylaşmasının ardından zincirleme hakaret suçundan 13680 TL adli para cezası ile cezalandırılması, hâkim ve savcıların itibarlarının korunması bağlamında değerlendirilerek onları küçük düşürmek maksatlı, kişisel anlaşmazlık çıkarmaya yönelik bir tutumun parçası olarak söylendiği, yaralayıcı ve yakışıksız nitelik taşıdığı değerlendirmesiyle ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmemiştir. Ayrıca orantılılık açısından yapılan değerlendirmede, başvurucunun hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmadığı ve yazının ağırlığı ve hedef aldığı kişi sayısıyla değerlendirildiğinde ulaşılmak istenilen amaçla verilen cezanın orantılı olduğu kaydedilmiştir.

[74] Azat Yıldırım, B. No: 2017/15279, 29/01/2020.

Anayasa Mahkemesi, müvekkili olan kardeşi hakkında başlatılan icra takibi neticesinde alınan haciz kararı üzerine mahallinde haciz işlemi gerçekleştirildiği esnada başvurucunun kendisi ve kardeşi ile alacaklı vekili ve icra müdürü arasında tartışma yaşandığı, bu kapsamda yapılan ihbar üzerine başlatılan soruşturma neticesinde yazılı savunmalarını sunan başvurucunun dilekçesinde *"...üzerimize saldırıp insan onur ve haysiyetini rencide edici hareket ve hareketlerde bulunan Derinkuyu Cumhuriyet savcısı [E.C.] gibi kişi ve kurumları muhatap almıyorum bu tip kişi ve kurumların iftira ve işlemlerine karşı hiçbir savunma vermiyorum, zaten sizler savunmadan ne anlarsınız, savunma versem hemen bir soruşturma daha başlatır ve beni ivedilikle yargılatırsınız, suç uydurun, delil uydurun, aman ha ifadelerde çelişki olmasın öbürününkini kopyalayın, diğerine yapıştırın, iftira atın, yargılattırın, vatandaşın ekmek kapısını kapatın, vatandaşın cebini boşaltın, iftira atın, yargılattırın, vatandaşın ekmek kapısını kapatın, vatandaşın cebini boşaltın ,insanların hayatını mahvedin, işinize geleni görün, işinize geleni görmeyin, bıktık artık siz ve siz gibilerden..."* şeklindeki ifadelere yer vermesi üzerine, ayrı bir soruşturma başlatıldığı ve yapılan kovuşturma sonucunda başvurucunun kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunu işlediği sabit görülerek adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın temyizen kesinleştiği olayda başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru amacını başkalarının şöhret veya haklarının korunması olarak belirledikten sonra, ifade özgürlüğü ve kişilerin şeref ve itibarının korunması hakkı arasındaki adil dengenin kurulamadığını, savunma dilekçesindeki üslubun sert ve iğneleyici olduğu gözükmesine rağmen bunun yargısal faaliyetteki özensizlikten kaynaklandığını, başvuranın salt Cumhuriyet savcısına zarar vermek amacıyla hareket etmediğini, yargısal faaliyete yönelik eleştiride bulunduğunu, kamu görevlilerinin de gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını belirtmiştir.

SONUÇ

İfade özgürlüğü, insanlığın tarihsel tecrübesi ışığında modern toplumun en kutsal gördüğü haklarından birisidir. Çünkü bu hak, aynı zamanda diğer birçok hakkın da çıkış noktası ve/veya teminatıdır. Bu nedenle ifade özgürlüğü mümkün olan en geniş şekilde yorumlanmakta, sınırları mümkün olduğunca dar tutulmaktadır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğünün kişinin kendisinin ve toplumun gelişimi için hayati önem arz ettiğine vurgu yapmaktadır.

Yukarıda aktarmaya çalışılan bilgiler ve özetlenen AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında konunun ifade özgürlüğü bağlamında, genellikle kişilerin şöhret veya haklarının korunması, kimi zaman da bununla birlikte yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi sınırlama sebeplerine dayalı şekilde değerlendirildiği görülmektedir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, kararlarında, kişilerin yargı organlarına yönelik eleştiri getirmesini doğal ve ifade özgürlüğünün bir getirisi olarak kabul ederek; somut bir olgusal temele dayanmayan, doğrudan yaralayıcı, yıkıcı ve saldırgan ifadeler dışındaki durumlarda kişilerin ifadelerine tahammül edilmesi gerektiğini, bunları cezalandırmanın demokratik toplum düzeni bakımından uygun olmadığını ifade etmektedir.

AİHM ve Anayasa Mahkemesine göre, ifadelerin belirtilen tahammül sınırlarını aştığı hallerde de yerel mahkemelerce tatmin edici açıklama getirilmediği sürece kişilere hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi demokratik toplumda gerekli değildir.

Yargı organlarına yönelen ifadelere nerede yer verildiği de ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliği konusunda önem arz etmektedir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi, duruşma ortamında söylenen veya dilekçelerde ifade edilen sözleri genellikle iddia ve savunmanın bir parçası olarak görmekte, maksadı aşan sözleri iddia ve savunmanın heyecanı ile söylenmiş sözler olarak değerlendirmektedir. Ancak bazen ifade özgürlüğü lehine verilen kararlarda ölçünün hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kişilik hakları ve yargı organının otoritesi aleyhine fazlaca genişlediği görülmektedir. Nitekim iddia, savunma veya eleştiriden öte hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile kişisel hesaplaşmaya girişilen olaylarda, kimi zaman ifade edilen hususların yargılama ile ilgisi bulunmamasına rağmen sözün duruşmada bulunanlar dışında duyulmadığına veya ibraz edilen dilekçenin aleniyet kazanmadığına ya da kişinin hukuki usulleri bilmediğine dayanılarak ifade özgürlüğü lehine karar verilmesi halinde, duruşma düzeni ve Mahkemelerin saygınlığı zafiyete uğramaktadır.

Sözlerin basın yoluyla ifade edilmesi de yapılacak yorumu değiştirebilmektedir. Nitekim burada basın özgürlüğü devreye girmektedir.

İnternet kullanımının artışı ile sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlarda da Mahkemelere ve bazen açıkça hâkim ve Cumhuriyet savcılarına yönelik doğrudan saldırı amacını taşıyan ifadelere sıkça rastlanılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen Azat Yıldırım kararında da görüldüğü üzere, küçük düşürme veya hakaret amaçlı ya da kişisel saldırı ürünü sözlerin ifade özgürlüğünden yararlanması mümkün değildir.

Yine ifadelerin kim tarafından kullanıldığı da Mahkemeler nezdinde yapılacak yorumlarda önem arz etmektedir. Duruşma sırasında tarafların, taraf vekillerinin kendilerini ifade ettikleri sırada söyledikleri sözler, yukarıda da değinildiği gibi, daha esnek yoruma tabi tutulmaktadır. Fakat sözleri söyleyen kişilerin basın mensubu olması halinde kesin kanıtlar aranmamakla birlikte gazetecinin haberin veya yorumun yapıldığı tarihte bunların doğru olduğuna inanması ve yeterli ölçüde araştırma yapmış olması gerektiği ifade edilmektedir.

İfade özgürlüğünün tahkim edildiği toplumlarda yargı organlarının ve yargı çalışanlarının serbestçe eleştirilebileceği; böylelikle yargı erkinin gücünü aldığı ve adına karar verdikleri topluma karşı daha hesap verebilir olacağı açıktır. Ancak, ifade özgürlüğünü kullanan kişiler lehine yorum yapılırken, konumları gereği cevap verebilme olanağı bulunmayan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kişilik haklarının ve yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının da korunmaya değer olduğu hatırda tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

Çamak, Sultan, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, Y: 2015, ss. 1067-1090.

Duran, Hasan, "İfade Özgürlüğü ve Türkiye", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 1, Y: 2006, ss. 57-81.

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

Gül, Cengiz, "AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S:1, Y: 2019, ss. 105-126.

Karan, Ulaş, *İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2,* Ankara, 2018.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 2. Baskı.

Macovei, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz. (https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmad10ifade.pdf – Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 09/08/2021)

Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 62, S: 1, ss. 93-146.

Pekel, Abdulkadir, "İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılma Sebeplerinden Biri Olarak 'Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması'", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, Y: 2014, S: 2, ss. 367-394.

Sarı, Cengiz, "Avrupa Birliği Komisyonu'nun 31 Mayıs 2016 Tarihli Çerçeve Kararının İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kanunilik Ölçütü Yönünden Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 30, Y: 2017, ss. 337-352.

Sunay, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 1999.

Tumay, Murat, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavgamı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S: 2, Y: 2019, ss. 117-130.

Türmen, Rıza, *Güçsüzlerin Gücü,* Doğan Kitap, İstanbul, 2015.

Yayla, Atilla, "İfade Hürriyeti Nedir, Ne Değildir?", Liberal Düşünce Dergisi, S: 73-74, Y: 2014, ss. 139-150.

Yıldırım, Yakup, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 7, S: 28, s. 447-470.

İnternet Kaynakları

HUDOC - https://hudoc.echr.coe.int/(Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 07/08/2021)

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası - https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/(Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 07/08/2021)

ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER KAPSAMINDA KİTLE İMHA SİLAHLARININ YAYILMASINI ENGELLEMEYE YÖNELİK TEDBİRLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Measures to Prevent the Proliferation of Weapons of Mass Destruction Under the Principles Governing the Law of the Sea

Erdem ASIL*

Özet: Uluslararası deniz hukuku üzerine inşa edildiği geleneksel ilkeler kapsamında gelişmiş ve bugünkü halini almıştır. Devletlerin üzerinde egemenlik kurduğu veya egemen haklarını kullandığı deniz alanları haricinde tüm devletlerin ve uluslarının menfaatinin bulunduğu açık denizlerin kaos ortamına dönüşmemesi için bu önemli ilkelerin korunması önem arz etmektedir. Dünya küresel ticaretinin büyük çoğunluğunun denizler vasıtasıyla gerçekleşmesi göz önüne alındığında; denizlerde meydana gelebilecek bir güvenlik sorununun tedarik zincirini bozacağı ve insanlığa önemli ölçüde zarar verebileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uluslararası deniz hukuku belirli deniz güvenliği tehditlerini ve bunların bastırılması için gereken tedbirleri içermektedir. Ancak dünyada deniz güvenliği tehditleri artmakta ve ihtiyaçlar değişmektedir. Yakın dönemde ortaya çıkan kitle imha silahlarının yayılması tehdidi bunun bir örneğidir. Kitle imha silahlarının yayılmasının denizlerde engellenmesi için geliştirilen tedbirler B.M Güvenlik Konseyi Kararları, Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifi ve buna dayanarak ortaya çıkan karşılıklı anlaşmalar, 1988 SUA Sözleşmesi ve 2005 Protokolü gibi uluslararası hukuk kaynaklarında düzenlenmektedir. Bu çalışma kapsamında uluslararası hukukta bu güncel tehdide karşı geliştirilen tedbirlerin etkililiği ve hukuka uygunluğu deniz hukukunun geleneksel ilkelerinin ışığı altında tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Denizlerin serbestliği, bayrak devleti, açık denizler, ziyaret hakkı, kitle imha silahlarının yayılması, güvenlik inisiyatifi,1988 SUA sözleşmesi, 2005 SUA protokolü, Güvenlik Konseyi Kararları

Abstract: The law of the sea has developed within the scope of the traditional principles on which it is built and has taken its current form. It is crucial to protect these foremost principles so that the high seas, where the interests of all states and their nations, are not turned into an environment of chaos, except for the maritime areas over which states exercise their sovereign rights or sovereignty. Considering that the vast majority of the world's global trade takes place via the seas; It is regarded that a security problem that may occur on the seas will disrupt the supply chain and cause significant harm to humanity. Therefore, the law of the sea includes certain maritime security threats and measures to suppress them. However, maritime security threats are increasing in the world and the needs are changing. The recent threat of proliferation of weapons of mass destruction is an example of this. Measures developed to prevent the proliferation of weapons of mass destruction at sea are regulated in international law sources such as the UN Security Council Resolutions, Proliferation Security Initiative, and the Bilateral Agreements that emerged based on it, the 1988 SUA Convention and the 2005 Protocol. Within the scope of this study, the effectuality and legality of the measures developed against this current threat in international law are discussed in the light of the traditional principles of the law of the sea.

Keywords: freedom of the seas, flag state concept, high seas, right of visit, proliferation of weapons of mass destruction, PSI, 1988 SUA convention, 2005 SUA protocol, Security Council resolutions

* Cumhuriyet Savcısı, Ankara Üniversitesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Deniz Hukuku Ulusal Araştırma Merkezi İngilizce Yüksek Lisans Öğrencisi, e-posta: erdem.asil@yandex.com, ORCID: 0000-0003-2237-5535

Makale Geliş Tarihi: 25.09.2021, Makale Kabul Tarihi: 22.10.2021

GİRİŞ

İnsanoğlu, tarih boyunca deniz kaynaklarından yararlanarak ve denizcilik faaliyetleri ile kurduğu ilişkilere bağımlı olarak varlığını sürdürmüştür. Bu doğrultuda denizde gerçekleştirilen faaliyetler bir bütün olarak tarihsel anlamda köklü bir geçmişe sahip olmakla ekonomik, askeri, idari ve hukuki ilişkileri önemli ölçüde etkilemiştir. Günümüzde denizler vasıtasıyla gerçekleştirilen ilişkiler geçmişteki haliyle kıyaslanamayacak ölçüde artış göstermektedir. Ekonomik anlamda bu ilişkilerin istatistiksel olarak değerlendirilmesinde; 1970 yılında deniz yoluyla 2.605 milyar ton yük taşındığı görülmekteyken bu sayı 2019 yılında 11.076 milyar tona yükseldiği görülmektedir.[1] Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne göre günümüzde dünya ticaretinin %80'inden fazlası denizler vasıtasıyla gerçekleştiği de göz önüne alındığında denizlere olan bağımlılığın gün geçtikçe arttığını söylemek yanlış olmayacaktır.[2]

Denizlere olan bağımlılığın ve kaçınılmaz ilişkinin bir sonucu olarak denizlerden faydalanılması, devletlerin deniz yetki alanlarının tespit edilmesi, deniz araçlarının seyrüseferlerine, denizlerin korunmasına ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin kuralların belirlenmesi, yüzyıllar boyunca uygulanan teamüller üzerine gelişen deniz hukukunun kapsamını oluşturmaktadır. Uluslararası deniz hukuku ise üzerine inşa edildiği hâkim ilkelerin yer aldığı uluslararası sözleşmeler ile örf ve adet hukukunun uluslararası ticari, askeri ve diplomatik ilişkileri belirlediği çok yönlü bir hukuk alanıdır.[3] Uluslararası deniz hukukunun temel prensiplerinin mimarı Hugo Grotius aynı zamanda çağdaş uluslararası hukukun kurucularından kabul edilmekte olup 1609 yılında yayınlanan *''Mare Liberum''* adlı eserinde ortaya koyduğu denizlerin serbestliği fikri bugün uluslararası deniz hukukunun hâkim ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde deniz hukukunun geleneksel ve hâkim ilkesi olan denizlerin serbestliği ilkesi, fikrin ortaya atıldığı tarihsel süreçte yaşanan olaylar ve savunucusu Hugo Grotius'u etkileyen hadiselerle birlikte açıklanacaktır. Akabinde yine tarihsel süreçte söz konusu fikre karşı geliştirilen diğer argümanlar ortaya koyulacak, nihayetinde denizlerin serbestliği ilkesinin benimsendiği uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmeler kapsamında değerlendirilmesi gereken

---

1 Review of Maritime Transport 2020, United Nations Conference on Trade and Developtment, United Nations 2021, Birleşmiş Milletler Yayını E.20.II.D.31, s.4 (https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2020_en.pdf, çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

2 Introduction to the International Maritime Organization, The International Maritime Organization, (https://www.imo.org/en/About/Pages/Default.aspx, çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

3 Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku,* Beta, İstanbul, 2020, 6. Baskı, s.2 ve Toluner, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri(Devletin Yetkisi),* Beta, İstanbul, 1984, 3. Baskı, s.52 vd.

denizde seyrüsefer serbestisi ve Bayrak Devleti kavramları incelenecektir. İlk bölümün ikinci yarısında denizlerdeki bu özgürlüğe getirilen ve teamül hukukundan doğan istisnai bir hal olan Ziyaret Hakkı kavramı, düzenlendiği uluslararası sözleşmeler bağlamında unsurlarına ayrılarak tespit edilecektir. Kabaca bir savaş gemisinin yabancı bayraklı bir ticaret gemisini açık denizde suç şüphesiyle durdurması ve yanaşması olarak kabul edilen Ziyaret Hakkının, açık denizlerde hangi suçlar yönünden uygulanabileceği ve denizlerde ortaya çıkan güncel tehditlere karşı cevap verip vermediği gibi hususlar açıklanacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde yakın dönemde ortaya çıkan, devlet-dışı aktörler tarafından terörist saldırılarda kullanılması muhtemel bir deniz güvenliği tehdidi olan Kitle İmha Silahlarının neler olduğu, hangi uluslararası sözleşmeler kapsamında tanımlandığı ve sınırlandığı, denizlerde bu silahların ticaretinin yapılması, taşınması veya saldırı aracı olarak kullanılmasının meydana getirdiği tehditlerin kapsamı birlikte değerlendirilecektir. İkinci bölümün ikinci yarısında ise Kitle İmha Silahlarının yayılmasına karşı denizlerde uygulanabilecek tedbirleri içeren Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları,[4] Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifi (Proliferation Security Initiative-PSI) ve buna dayanarak ortaya çıkan karşılıklı anlaşmalar, 1988 SUA Sözleşmesi ve 2005 Protokolü gibi uluslararası hukuk kaynakları denizde seyrüsefer serbestisi ve Bayrak Devletinin önde gelen yetkilerine getirilen müdahaleler çerçevesinde incelenecektir.

Nihayetinde birinci ve ikinci bölümde tartışılan hususların ışığında; açık denizde kitle imha silahlarının yayılmasını engellemek amacıyla icra edilen Deniz Denetim Harekatı *(Maritime Interception Operation)* kapsamında yabancı bayraklı gemiyi açık denizde durdurma, gemiye çıkma, arama, alıkoyma, elkoyma, tutuklama gibi zorlayıcı tedbirlerin uluslararası deniz hukukuna ve hakim ilkelerine -deniz savaş hukuku, silahlı çatışma hukuku, uluslararası insancılık hukuk ve meşru müdafaa hakkına ilişkin boyutları kapsam dışı tutularak- uygun olup olmadığına ilişkin sorular cevaplandırılacaktır.

[4] Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları: Bu çalışma kapsamında ''UN Security Council Resolutions'' ifadesinin karşılığı olarak ''Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları'' terimini kullanmak yerine Türkçe literatürde daha yaygın kullanılan ''Güvenlik Konseyi Kararları'' kullanılmıştır. Farklı görüş için bkz. Çağlayan, Sezai ''BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları Nedir, Nasıl Okunur?'', TAAD, C.12, S.46, 2021, ss:455-476

I. DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİ

A) TARİHSEL SÜREÇ VE HUKUKİ KAPSAMI

Bilinen tarihin başlarından itibaren denizlerde serbestlik fikrinden ziyade denizler üzerinde münhasır egemenlik kurma fikri hakim görülmekteyken Roma İmparatorluğu döneminde Justinanus Yasalarında *'' Doğa kanununa göre; hava, akan su, deniz ve dolayısıyla deniz kıyıları tüm insanlık için ortaktır''* hükmü yazılı hale getirilmiştir.[5] Her ne kadar ilgili dönemde bu yasa tam anlamıyla uygulama alanı bulamamışsa da denizlerin serbestliği fikrinin tarihsel kökenlerinden biri olduğu kabul edilmektedir.

Denizlerin serbestliği ilkesini 1609 yılında *''Mare Liberum''* adlı eserinde ileri süren filozof, akademisyen ve hukukçu Hugo Grotius(10 Nisan 1583- 28 Ağustos 1645), Otuz Yıl Savaşları veya Avrupa Din Savaşları olarak bilinen dönemde savaşın yıkıcı etkisine tanıklık etmiş ve Hollanda'da Prens ve Kalvinistler arasında yaşanan gerilimde liberal görüşlerin taraftarı olması nedeniyle cezalandırılmış idealizm ve hümanizm savunucusudur.[6] Kendi ülkesinde ve Avrupa kıtasında yaşanan olaylar sonucunda şekillenen düşüncelerinin yanı sıra, Portekiz ve İspanya'nın Katolik kilisesine dayanan denizler üzerinde münhasır egemenlik iddialarının olduğu bir dönemde,[7] Hollanda'nın ticaret haklarını savunmak için görevlendirilmesi kendisinin denizlerin serbestliği fikrini ortaya atmasını sağlamıştır. Bu fikri desteklemek için Grotius, Portekiz'in doğuda Sri Lanka ve Asya ülkelerinin *''res nullius''* olmadığını,[8] burada yaşayan insanların kendilerine ait yöneticilerinin ve hukuklarının bulunduğunu ve bu bölgenin insanlarının Portekizlilerin malları değil özgür insanlar olduklarını, her ulusun ticaret hakkının

---

5 Papastavridis, Efthymious ''The Right of Visit on the High Seas in a Theoretical Perspective: Mare Liberum versus Mare Clausum Revisisted'' Leiden Journal of International Law, C. 24, S. 1, 2011, ss. 45-70. s.48

6 Pinto, Moragodage C.W. ''Hugo Grotius and the Law of the Sea'' ss. 18-47, s.18 içinde: Editör Castillo, Lilian D., Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: liber amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015

7 Torsedillas Antlaşması: 7 Haziran 1494 tarihli Torsedillas Antlaşması ile Avrupa haricindeki dünyayı Portekiz ve İspanya arasında paylaştırılması sonucuna varılmakla, Cabo Verde Adaları başlangıç noktası alınarak batısında kalan keşfedilmemiş ve keşfedilecek bütün bölgeler İspanya'ya, doğusunda kalan aynı nitelikteki bölgelerin Portekiz'e ait olduğu kararlaştırılmıştır.

Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Waisberg, Tatiana ''The Treaty of Tordesillas and the (Re)Invention of International Law in the Age of Discovery'' Meridiano 47- Journal of Global Studies, S.18, 2017, ss. 1-12

8 Res Nullius: Latince kimseye ait olmayan, işgal yoluyla edinilmeye müsait olan şeylere verilen Roma Hukuku terimi.

bulunduğu ve ticaret amacıyla seyrüsefer hakkı konusunda diğerleriyle eşit olduğunu ileri sürmüştür. Grotius'un batıda İspanyolların-doğuda Portekizlilerin monopol olduğu bir dünyada ileri sürdüğü görüşler serbest ticaret ortamının tesis edilmesi saikiyle gerçekleştirilmiştir. Bunun sonucu olarak Mare Liberum adlı eserde *"Her ulus, başka bir ulusa seyahat etmekte ve onunla ticaret yapmakta özgürdür"* tezini ileri sürmesi ve bu görüşün tüm dünyada benimsenmesiyle bugünkü uluslararası deniz hukukunun egemen ilkelerinden birisi ortaya çıkmıştır.

Mare Liberum adlı eserde ileri sürülen fikre karşılık İngiltere'nin Hollanda ile deniz ticaretinde rekabetini sağlayabilmesi ve Britanya etrafındaki deniz bölgelerinde egemenlik tesis edebilmesi amacıyla John Selden tarafından 1635 yılında *"Mare Clausum"* isimli eser yazılmıştır. Bu eserde temel olarak deniz bölgelerinin de aynı karalar gibi üzerinde egemenlik kurmaya elverişli alanlar olduğu argümanı ileri sürülmüşse de günümüzde denizlerin serbestliği ilkesi üzerine gelişmiş bir uluslararası deniz hukuku çerçevesi bulunmaktadır. Ancak Tullio Scovazzi'ye göre John Selden'in Mare Clausum eseri ile Hugo Grotius'un Mare Liberum eseri arasında kitapların savaşı olarak anılan olayda Mare Clausum'da ileri sürülen fikirlerin tamamıyla kaybettiğinin söylenemeyeceği, çünkü değişen şartlar ve yeni ihtiyaçlara göre uluslararası deniz hukukunun şekil alacağı ve 20. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge, insanlığın ortak mirası gibi kavramlar ile denizlerin serbestliği ilkesinin erozyona uğradığı değerlendirilmektedir.[9]

20. yüzyılın ikinci yarısında denizlerin serbestliği ilkesi iki önemli uluslararası sözleşmede yazılı hale getirilerek düzenlenmiştir. Açık denizlerin hukuki rejimini düzenleyen 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi 2. madde ile 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 87. maddelerinde denize kıyısı olsun veya olmasın tüm devletlerin açık denizde 1) Seyrüsefer serbestisi, 2) Açık deniz üzerinde uçma serbestisi, 3) Balıkçılık serbestisi, 4) 1982 B.M.D.H sözleşmesi Kısım VI kapsamında sun'i adaları ve milletlerarası hukukun izin verdiği diğer tesisleri inşa etme serbestisi, 5) 1982 B.M.D.H sözleşmesi kısım VI kapsamında sualtı kablo ve boru hattı döşeme serbestisi, 6) 1982 B.M.D.H sözleşmesi kısım VI ve XIII kapsamında bilimsel araştırma serbestilerine sahip olduğunu öngörmektedir. Söz konusu maddeler ve ilgili sözleşmelerin açık denizlere ilişkin diğer maddeleri Hugo Grotius tarafından ileri sürülen denizlerin serbestliği ilkesini yansıtmaktadır. Sayılan serbestliklerin kullanılmasına ilişkin genel sınırlama ölçütleri teamül hukukuna uygun olarak 1982 B.M.D.H sözleşmesi 87/2.- 87/1. ve 88. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu serbestlikler,

[9] Scovazzi, Tuillo. "The Origin of the Theory of Sovereignty of the Sea" ss. 48-63, s.63 içinde: Editör Castillo, Lilian D., Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: liber amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015

diğer devletlerin de bu serbestlikteki menfaatleri göz önünde bulundurularak, deniz hukuku sözleşmesi ve uluslararası hukukun diğer kurallarına uygun olarak barışçıl amaçlar için kullanılmaktadır.[10] Bununla birlikte, 1982 B.M.D.H sözleşmesi 89. madde ile 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi 2. maddeler gereğince hiçbir devletin açık denizin herhangi bir parçasını egemenliğe tabi tutamayacağı ve açık denizler üzerindeki egemenlik iddialarının geçersiz olacağı öngörülmüştür. Açık denizlerin seyrüsefer ve ticaret serbestisi amacıyla tüm insanlığa ait olan (*res communis*) bir deniz bölgesi olduğu kabul edilmektedir.[11] Hugo Grotius, Mare Liberum adlı eserinde denizlerin karalardan farklı olarak akışkan ve sürekli değişen, bu nedenle üzerinde sahiplik kurulamayacak nitelikte olmasını denizde seyrüsefer serbestisini savunmak amacıyla ileri sürmüştür. Bu kapsamda 1982 B.M.D.H sözleşmesi 90 ve 91. maddeler gereğince denize kıyısı olsun veya olmasın, her devletin açık denizde kendi bayrağını taşıyan -devlet ile arasında gerçek bir bağ bulunan, devletin tabiiyetini verdiği- gemileri seyrüsefer ettirme hakkına sahip olacağı öngörülmüştür. Buna göre uluslararası deniz hukuku çerçevesinde açık denizde seyrüsefer serbestisi ile Bayrak Devleti kavramı *(Flag State Concept)* olarak adlandırılan hukuki müessese birlikte göz önünde bulundurulmaktadır. Bayrak Devleti kavramı gereğince gemiler bayrağını taşımaya yetkili oldukları devletin tabiiyetine sahiptir ve bu nedenle açık denizlerde bulunan her türlü gemi bakımından yargı yetkisi kural olarak sadece tabiiyetine bağlı olduğu bayrak devleti tarafından kullanılmaktadır.[12] Bu teamül hukukunun yazılı hale getirildiği 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi 6/1. maddesi ile 1982 B.M.D.H sözleşmesi 92/1. maddesi gereğince *''gemilerin sadece bir devletin bayrağı altında seyredeceği ve istisnai durumlar haricinde açık denizde münhasıran bayrağını taşıdığı devletin yargı yetkisine tabi olacağı''* kabul edilmiştir.

Uluslararası deniz hukukunun temel özelliklerini oluşturan denizlerin serbestliği ilkesi ve Bayrak Devleti kavramları kapsamında bir bütün olarak değerlendirilen denizde seyrüsefer serbestisi, 1982 B.M.D.H sözleşmesinde zararsız geçiş hakkını düzenleyen 17. madde, takımada sularında zararsız geçişi düzenleyen 52. madde, boğazların kullanımını düzenleyen 36. madde, transit geçiş hakkını düzenleyen 38. madde, Münhasır Ekonomik Bölgede diğer devletlerin haklarını düzenleyen 58. madde, Kıta Sahanlığı üstündeki sular ve hava sahasında diğer devletlerin haklarını düzenleyen 78. madde, Açık Denizleri düzenleyen 87. maddelerinde anılmaktadır.[13] Seyrüsefer serbestisinin tanımı

---

[10] Sohn, Louis B., Juras, Kristen Gusafson, Noyes, John E. Franckx, Erik, *The Law of the Sea in a Nutshell,* St. Paul, Minn: West, 2010, Second Edition, s.29

[11] Papastavridis, 2011, s.52

[12] Kuran, 2020, s.291

[13] Wolfrum, Rüdiger ''The Freedom of Navigation: Modern Challenges Seen from a Historical Perspective'' ss. 89-103, s. 92 içinde: Editör Castillo, Lilian D., Law of the Sea,

sözleşme kapsamında yukarıda anılı maddelerin içerisinde açıkça yapılmamakla birlikte söz konusu serbestinin sınırları sözleşmenin diğer maddeleriyle yapılan mukayeseli inceleme sonucunda tespit edilmektedir. Buna göre denizde seyrüsefer serbestisi, başkalarının seyrüseferden veya diğer özgürlüklerden yararlanmasına, uluslararası toplumun ve denizin korunmasına, kıyı devletlerinin haklarından yararlanmasına ilişkin çıkarları amacıyla sınırlanabilmektedir.[14] Bu bağlamda denizlerde seyrüsefer serbestisi ve açıklandığı üzere birlikte değerlendirilen Bayrak Devleti kavramı kural olarak kabul edilmekteyken istisnai hallerde kısıtlanabilmektedir. Bu istisnai haller; Kesintisiz Takip Hakkı, Ziyaret Hakkı, Deniz Haydutluğu, Esir Ticareti, Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı, ve Açık Denizden Yapılan İzinsiz Yayınlar olarak kabul edilmiştir.[15] Bununla birlikte doktrinde söz konusu istisnai hallere ''Antlaşmadan doğan istisnalar'' ek olarak gösterilmektedir.[16] Buna göre devletlerin çeşitli antlaşmalarla belirli deniz güvenliği tehditlerine karşı -örnek olarak denizde düzensiz göçmen kaçakçılığı veya terörist tehditlerin bulunması hali- kendi bayrağını taşıyan gemilere bir başka devletin müdahalesi, denetleme ve cezalandırma yetkilerini verebileceği kabul edilmektedir. Ancak her halde bu istisnai haller ticaret gemilerine karşı savaş gemileri veya yetkilendirilmiş devlet gemileri tarafından icra edilecektir. Bu noktada istisnai haller arasında 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddesinde düzenlenen Ziyaret Hakkının, güncel deniz güvenliği tehdidi olan Kitle İmha Silahlarının yayılmasına karşı cevap verip vermediği çalışmanın ilk bölümünün konusu olması nedeniyle detaylıca incelenmesi gerekmektedir.

B) İSTİSNAİ DURUM: ZİYARET HAKKI

Ziyaret hakkı kavramı barış zamanında ve uluslararası silahlı çatışma halinde olmak üzere iki farklı uygulama ve kavramsal içeriğe sahiptir.[17] Deniz savaş hukukunun konusu olan ziyaret hakkının haricinde barış zamanında uygulanan ve teamül hukukundan doğan ziyaret hakkı, 1982 B.M.D.H sözleşmesinden önce hukuki anlamda 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi 22. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ziyaret hakkı, antlaşmanın verdiği yetkilerden doğan

---

From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: liber amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015

14 Wolfrum, 2015, s.92

15 Kuran, 2020, s. 297

16 Sohn, Louis B., Juras, Kristen Gusafson, Noyes, John E. Franckx, Erik, *The Law of the Sea in a Nutshell,* St. Paul, Minn: West, 2010, Second Edition, s.78

17 Fink, Martin, Maritime Interception and the Law of Naval Operations: A Study of Legal Bases and Legal Regimes in Maritime Interception Operations, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018, s.156

müdahale hareketleri saklı kalmak üzere, açık denizde yabancı bir ticaret gemisine rastlayan bir savaş gemisinin, a) geminin deniz haydutluğu yaptığından, b) geminin esir ticareti yaptığından, c) yabancı bir bayrak taşıdığı veya bayrağını göstermeyi reddettiği halde, geminin gerçekte harp gemisi ile aynı tabiiyette olduğu konusunda şüpheyi gerektirecek makul bir sebep bulunması halinde gemiye çıkma *(Boarding)* hakkını ifade etmektedir.[18] 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddesi gereğince ziyaret hakkının 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi 22. maddesindeki hallere ek olarak d) geminin tabiiyetsiz olduğundan, e) geminin izinsiz radyo yayınına giriştiğinden şüpheyi gerektirecek makul sebep bulunması halinde gemiye çıkabileceğini düzenlemektedir. Ayrıca 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110/5. maddesi gereğince savaş gemilerinin haricinde devlet hizmetinde bulundukları açıkça işaretlenmiş, teşhis edilebilen ve usulüne uygun şekilde yetkilendirilen herhangi bir gemi ve uçağa da ziyaret hakkını uygulama yetkisi verilmiştir.

Söz konusu tanımlardan ziyaret hakkının, açık denizde yabancı bayrak devletinin ticaret gemisinin seyrüsefer serbestisine ve bir devletin kendi tabiiyetindeki gemi üzerindeki münhasır egemenliğine istisna getirdiği anlaşılmaktadır. Bu istisnai halin bir sonucu olarak sözleşme ve teamül hukuku, devletlerin açık denizde genel bir kolluk devriyesi faaliyeti olarak değil açıkça sayılmış hallerin gerçekleştiğine ilişkin şüphe oluşturacak makul gerekçelerin varlığı halinde ve belirlenmiş prosedürü uygulamak kaydıyla ziyaret hakkının kullanılmasını öngörmektedir. 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110/2. maddesi gereğince sözleşmede sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde savaş gemisi tarafından geminin kendi bayrağını çekme hakkının tetkiki için bir subay komutasında tekne gönderilmektedir. Belgeler kontrol edildikten sonra şüpheler giderilemezse gemide daha ileri incelemeye geçilmektedir. Bu bağlamda ziyaret hakkının kullanılması iki aşamada gerçekleşmektedir. İlki geminin kendi bayrağını çekme hakkının tetkik edilmesidir. Bu tetkik için gemiye bir subay komutasında tekne gönderilebileceği öngörülmüştür. Belgeler kontrol edildikten sonra, sözleşmede belirtilen eylemlerin işlendiği hususunda şüphe devam ederse veya artarsa savaş gemisi gemide daha detaylı incelemeye geçebilir. Burada savaş gemisi, ziyaret hakkının ikinci aşamasına, yani arama hakkına geçmektedir. Bu ikinci adımda savaş gemisi, şüphelerini doğrulayacak delilleri keşfetmeyi amaçlamaktadır.[19]

---

[18] Boarding: Uluslararası deniz hukuku terminolojisinde genel olarak bir savaş gemisinin yabancı ticaret gemisine yanaşmasını ve bir subay komutasındaki timin gemiye çıkmasını içeren harekâtı ifade etmektedir. Bu harekata ''Gemiye Çıkma Harekâtı ya da Bording Harekâtı'' denilmektedir.

[19] Corthay, Eric ''Terrorist Threat on the High Seas Analysis of Some Aspects of the Right of Visit and Self-Defense'' Indonesian Journal of International Law, C.14, S.2, 2017, ss.151-183, s.165

Açıklanan uygulamada ziyaret hakkının kullanılması sonucunda yabancı bayraklı ticaret gemisinde söz konusu şüphelerin doğru çıkmaması halinde gemiye verilmiş olabilecek herhangi bir kayıp veya zararın tazmin edileceği 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110/3. maddesinde kabul edilmiştir. Ziyaret hakkı sonucunda şüphenin doğru çıkmaması ve çıkılan geminin bu şüpheleri haklı kılacak herhangi bir eylemi gerçekleştirmemiş olması halinde ortaya çıkan sonuçların uluslararası deniz ticaretinde yüksek maliyetli olması ve deniz taşımacılığında duraksamaların yaratabileceği belirsizlik ortamı ziyaret hakkının dikkatli tatbik edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle ziyaret hakkının unsurlarına ayrılarak incelenmesinde fayda görülmektedir.

İlk olarak, coğrafi anlamda ziyaret hakkı sadece açık denizlerde gerçekleştirilebilmektedir. 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi 1. maddesi gereğince açık deniz, bir devletin karasularına ve iç sularına dahil olmayan bütün deniz alanlarının tamamı olarak tanımlanmaktadır. 1982 B.M.D.H sözleşmesi birçok maddede açık denizlere atıf yapmasına rağmen açık denizleri tanımlamamış olup farklı deniz alanları için uygulanacak rejimlere vurgu yapmıştır. 1982 B.M.D.H sözleşmesi 86. maddesi gereğince açık denizlere ilişkin Kısım VII'nin hükümlerinin bir devletin münhasır ekonomik bölgesinin, karasularının, iç sularının veya takımada devletinin takımada sularının dışında kalan tüm bölgelere uygulanacağını belirtmektedir. Münhasır ekonomik bölge *sui generis* yapısı nedeniyle açık denizlerin serbestliği ilkesinden yararlanarak açık denizlerin bir parçası kabul edilmektedir.[20] Bu doğrultuda 1982 B.M.D.H sözleşmesi 87. maddesindeki açık denizlerin serbestisine ilişkin hüküm aracılığıyla 110. maddede tanımlanan ziyaret hakkının münhasır ekonomik bölge içerisinde uygulama alanı bulduğu değerlendirilmektedir.[21]

Ziyaret hakkının uygulanabilmesi için sözleşmede açıkça sayılan eylemlere ilişkin ''şüphe oluşturacak makul gerekçelerin'' bulunması şart koşulmuştur. Ziyaret hakkı kapsamında ''şüphe oluşturacak makul gerekçelerin'' neler olduğuna dair açık bir hüküm bulunmasa da doktrinde ''şüphe oluşturacak makul gerekçelerin'' ziyaret hakkını uygulayacak olan savaş gemisinin komutanı tarafından olay yerinde veya alınan istihbarat üzerine tespit edilebileceği ve bu şartın kötü niyetli müdahaleyi engellemek amacıyla deniz subaylarının dikkat ve titizliğini arttırmayı hedeflediği kabul edilmektedir.[22] Ayrıca sayılan

[20] Walker, George K.(Ed), Definitions for the Law of the Sea Terms Not Defined by the 1982 Convention, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, s.218

[21] Fink, 2018, s.162

[22] Fink, 2018, s.161

hallerin gerçekleştiğine dair kesin bilgiden ziyade söz konusu makul gerekçelerin en azından basit şüpheden fazla olması beklenmektedir.[23]

Bir diğer tartışmalı unsur ise ziyaret hakkını uygulayan savaş gemisinin sadece ziyaret ve arama yetkileriyle sınırlandırılmış olmasıdır. 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110.maddesi gereğince ziyaret hakkını kullanan savaş gemisine el koyma ve yargı yetkisini kullanma hususunda herhangi bir açık yetki verilmemesi nedeniyle yabancı ticaret gemisi ve içerisindeki kişiler yönünden zapt, tutuklama ve cezalandırma yetkilerinin kural olarak bayrak devletinde olduğu anlaşılmaktadır.[24] Bu kuralın tek istisnası deniz haydutluğu kapsamında 1982 B.M.D.H sözleşmesi 105. maddesi gereğince deniz haydutluğu gerçekleştirdiğinden şüphelenilen gemi ve içerisindeki deniz haydutları yönünden tüm devletlerin yargılama yetkisinin bulunduğu açıkça belirtilmektedir. Bu hüküm ise deniz haydutlarının insanlığın ortak düşmanı (*hostis humani generis*) olduğuna ilişkin fikre dayanmaktadır.[25]

Son olarak ziyaret hakkının sadece 1982 B.M.D.H sözleşmesinde sayılan 1) Deniz Haydutluğu yaptığından, 2) Esir Ticareti yaptığından, 3) İzinsiz Radyo Yayını yaptığından, 4) Geminin Tabiiyetsiz olduğundan, 5) Geminin savaş gemisiyle aynı tabiiyeti haiz olduğundan şüphelenildiği hallerde kullanılabileceği açıkça sayılmıştır. Ancak açık denizde bayrak devletinin önde gelen yetkilerine getirilen istisnaların güncel deniz hukuku tehditleri olarak kabul edilen denizde uyuşturucu madde taşınması, denizde kitle imha silahlarının taşınması ya da terörist eylemler yönünden kullanılıp kullanılamayacağı gibi hususlar üzerine yürütülen tartışmada; bu istisnaların, 1958 Cenevre Açık Deniz sözleşmesi ve 1982 B.M.D.H sözleşmesinden doğmadığı, aksine teamül hukukundan kaynaklandığı ve bu nedenle teamül hukukunun

---

[23] Klein, Natalie, Maritime Security and the Law of the Sea, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011, s.116

[24] Kuran, 2020, s.303

[25] 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi 14. madde ve 1982 B.M.D.H sözleşmesi 101. maddedeki tanımlara göre Deniz Haydutluğu, açık denizde veya bir devletin yargı yetkisi dışında kalan deniz bölgesinde, bir geminin (veya uçağın) mürettebatı veya yolcuları tarafından bir başka gemiye (veya uçağa), içindeki yolculara veya malvarlığına karşı işlenmiş şiddet, alıkoyma veya yağmacılık eylemleri olarak tanımlanmaktadır. Buna göre bir eylemin Deniz Haydutluğu olabilmesi için 1) en az iki geminin bulunması (bir gemiden diğerine karşı), 2) özel amaçla işlenmesi (özel amaç siyasi saikleri kapsamamaktadır) 3) açık denizde veya herhangi bir devletin yargı yetkisi dışında kalan deniz bölgesinde (devletlerin egemenlik yetkilerinin bulunduğu bölümde işlenen eylemler denizde silahlı soygun suçunu oluşturmaktadır) işlenmiş olması gerekir. Deniz Haydutluğu, kendisiyle karıştırılan korsanlıktan farklı olarak herhangi bir otoriteye bağlı olmayan bir insan veya insan grupları tarafından işlenen yağma eylemlerini kapsarken, korsanlık tarihi dönemlerden itibaren devletlerin özel müsaade belgesiyle yetkilendirmesiyle başka devletlerin ticaret gemilerine saldırmayı ve savaş halinde devletin deniz gücü olarak savaşa katılmayı içermektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Topal, Ahmet H. "Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri", AUHFD, C.59, S.1, 2010, ss. 99-130, s. 101 vd.

kurallarının farklı sözleşmeler ve sözleşme hükümleri içerisinde teamül oluşturan karakterini koruyarak bulunabileceği değerlendirilmesi yapılmaktadır.[26] Buna örnek olarak 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 17. Maddesi verilmektedir.[27] İlgili sözleşmenin 17/1. maddesine göre *''taraflar, uluslararası deniz hukukuna uygun olarak, deniz yoluyla yapılan kaçakçılığı önlemek amacıyla mümkün olan en ileri düzeyde işbirliği yapacaklardır''*, sözleşmenin 17/3. maddesine göre *''Uluslararası hukuka uygun olarak seyrüsefer serbestisinden yararlanan ve diğer bir tarafın bayrağını veya kayıt işaretlerini taşıyan bir geminin kaçakçılık yaptığına dair makul gerekçelere sahip olan bir Taraf, Bayrak Devletine bu durumu bildirebilecek, kaydın doğrulanmasını ve doğrulanması halinde gemiyle ilgili olarak uygun önlemleri almak için Bayrak Devletinden izin isteyebilecektir''*, sözleşmenin 17/4. maddesine göre ise *''Bayrak Devleti, Talep Eden Devlete başka işlemlerin yanında a) gemiye çıkılması, b) geminin aranması, c) kaçakçılığa ilişkin deliller bulunması halinde gemiye, gemideki kişilere ve yüküne ilişkin olarak uygun işlemlerin yapılması için izin verebilecektir''* şeklinde düzenlemeler yaparak 1982 B.M.D.H sözleşmesinde sayılan hallerin haricinde denizde uyuşturucu maddenin kaçakçılığının yapılmasını bayrak devletinin önde gelen yetkilerinin kısıtlanabileceği bir diğer hal olarak öngörmektedir. 1982 B.M.D.H sözleşmesinde uyuşturucu maddelerin taşınması halinde ziyaret hakkının kullanılacağına dair açık bir hüküm bulunmasa da 108. maddede uyuşturucu maddelerin ticaretinin bastırılması için uluslararası iş birliği yapılmasına hükmetmiştir. Bununla birlikte 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddesinin ilk cümlesi ''antlaşmanın verdiği yetkilerden doğan müdahale hareketleri saklı kalmak kaydıyla'' demek suretiyle uluslararası antlaşma vasıtasıyla açık denizde müdahale yetkilerini barındıran ek nedenler oluşturulabileceğini öngörmektedir.[28] Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus; uyuşturucu madde kaçakçılığının engellenmesi amacıyla yukarıda açıklanan 17. maddeye göre yapılacak müdahalelerde 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddedeki ziyaret hakkı kavramından farklı olarak ''bayrak devletinin rızası''(*Consent Regime*) şartına bağlanmış olmasıdır. Bu bağlamda 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddesinde sayılmayan deniz güvenliği tehditlerine karşı yapılacak

---

[26] Corthay, 2017, s.157

[27] UN Economic and Social Council (ECOSOC), United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 19 December 1988, (https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html, çevrimiçi, e.t:03/09/2021) ve Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 17. Md, Resmi Gazete Tarihi: 11/02/1996, Resmi Gazete sayısı:22551, (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22551.pdf, Çevrimiçi, e.t: 30.08.2021)

[28] Klein, Natalie ''The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation'' Denver Journal of International Law&Policy, C.35, S.2, 2007, ss.287-332, s.302

müdahalelerde ‘’bayrak devletinin rızası’’ hukuki müessesi devreye girmektedir. Dolayısıyla güncel deniz güvenliği tehditlerine karşı 1982 B.M.D.H sözleşmesi kapsamında tanımlanan ziyaret hakkının özelliklerinden farklı nitelikte bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Ancak doktrinde bayrak devletine ait gemiye açık denizde yapılan müdahaleler çatı kavram olarak ziyaret hakkı olarak ifade edildiği görülmekle; yukarıda örnekleri verilen uyuşturucu madde kaçakçılığı, göçmen kaçakçılığı gibi diğer hallerde bayrak devletinin rızasıyla gemiye yapılan müdahalelerin açık denizde ziyaret hakkının uygulanması için hukuki zeminin hazırlanması noktasında önemli bir ilerleme olarak kabul edilmektedir.[29] Sonuç olarak 1982 B.M.D.H sözleşmesi artan deniz güvenliği tehditlerine karşı uluslararası antlaşmalar ile kabul edilen denizde işlenen suçlarda uygulanacak müdahale hareketlerine ilişkin düzenlemelerin sözleşme 110. madde ile çatışmayacağını göstermektedir.

II. DENİZLERDE ARTAN TEHDİT: KİTLE İMHA SİLAHLARININ YAYILMASI

A. KİTLE İMHA SİLAHLARI VE ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU

1- Kitle İmha Silahlarının Tanımı ve Kapsamı

Kitle imha silahları, mahiyeti itibariyle askeri hedefler ile siviller arasında ayrım gözetme kapasitesi sınırlı olan, bir defa kullanılmalarında dahi konvansiyonel silahların defalarca kullanılmasında oluşturabileceği neticeleri gerçekleştiren, kullanıldığı anın sonrasında etkisini devam ettiren ve hedef bölgenin dışındaki insanlara, hayvanlara ve ekosisteme zarar verebilecek güce sahip silahları ifade etmektedir. Biyolojik, kimyasal ve nükleer silahlar olarak anılan kitle imha silahlarının askeri literatür ve genel ahlak kavramları çerçevesinde silah olup olmadıkları hususunda bir ‘’konvansiyon’’ yani anlaşma bulunmaması nedeniyle konvansiyonel olmayan silahlar olarak kabul edilmektedir.[30] Kitle imha silahlarına ilişkin tanım, kapsam ve hukuki nitelikler esasen Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Biyolojik Silahlar Sözleşmesi ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması (NPT) gibi uluslararası düzenlemelerde bulunmaktadır.[31]

---

[29] Bu görüşü destekleyenler: Corthay, 2017, s.160 ve Klein, 2011, s.190

[30] Kibaroğlu, Mustafa, ‘’Kitle İmha Silahları ile Terör: Kıyametin Yeni Eşiği mi?’’ Avrasya Dosyası, C.12, S.3, 2006, ss. 119-137, s.127

[31] The Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, United Nations, 13 January 1993, (https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention, çevrimiçi, e.t:03/09/2021), The Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of

İlk olarak; 1993 tarihli Kimyasal Silahlar Sözleşmesi 2/1. maddesindeki tanıma göre kimyasal silahlar*; "(a) bu Sözleşmeyle yasaklanmayan amaçlarla kullanıldıkları ve cins ve miktarlarının bu amaçlarla tutarlı olduğu durumlar hariç, olmak üzere, zehirli kimyasal maddeler ve bunların hammaddeleri, (b) (a) fıkrasında belirlenen zehirli kimyasal maddelerin, bu fıkrada tanımlanan savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya bir başka hasara yol açmak amacıyla özel olarak tasarımı yapılmış savaş gereçleri ve cihazları, (c) (b) fıkrasında sözü edilen savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazdır*." şeklinde tanımlanmıştır. Silah olabilecek başlıca kimyasallardan sarin, tabun, VX, hardal, hidrojen, siyanit ve fosgen gazı[32] gibi kimyasal silahların laboratuvar ortamında kimyasal karışımlardan sentetik olarak elde edildiği ve teneffüs-deri teması yoluyla kana karışarak canlılar üzerinde kalıcı veya geçici sakatlık ya da ölüme neden olabileceği değerlendirilmektedir.[33] Ancak sözleşmenin ikinci maddesi kapsamında kimyasal maddelerin endüstriyel, bilimsel, zirai, tıbbi, eczacılığa ait amaçlar için kullanılması bağlamında yasaklanmaması bu maddelerin çift kullanımlı yapısına dikkat çekmektedir.

İkinci olarak; 1972 tarihli Biyolojik Silahlar 1. maddesine göre biyolojik silahların *"hiçbir surette elde bulundurulmayacak unsurlar; her türlü mikroplu etkenler veya diğer biyolojik elemanlar veya menşei ve üretim yöntemi ve çeşitleri ne olursa olsun toksinlerin önleyici, koruyucu ve diğer barışçı gayeler için gerekli olduğunu doğrulamayan miktarları ile bu çeşit etken ve toksinlerin dostça olmayan amaçlarla veya silahlı çatışmalarda kullanılmasına yarayan silah, teçhizat ve atış araçları"* olduğunu öngörmektedir. Bu bağlamda biyolojik silahlar, yöneldiği hedefte bıraktıkları etkiler açısından, hastalığa neden olan mikroorganizmaların ve virüslerin enfekte etkisine sahip, nükleik asitler gibi kendilerini kopyalayarak çoğalabilen biyolojik yapıların, bulaşıcılık ve hastalık yapma yeteneklerine bağlı olan silahlar olarak tanımlanmaktadır.[34] Bu noktada önem arz eden önemli bir nokta ise sözleşme gereğince mikrobik veya diğer biyolojik maddeler veya

---

Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, United Nations, 10 April 1972, (https://www.un.org/disarmament/biological-weapons, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021), Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, United Nations, 1 July 1968 (https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

[32] Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Resmi Gazete Tarihi: 03/05/1997, Resmi Gazete sayısı:22978, (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22978_1.pdf, Çevrimiçi, e.t: 30/08/2021),

[33] Kibaroğlu, 2006, s128

[34] Özgür, Salih, Soğuk Savaş ve Sonrası Dönemde Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanma Çabaları, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Isparta, 2006 s.29

toksinlerle ilgili hastalıkları önleyici, koruyucu veya diğer barışçıl amaçlar ile geliştirme, üretim, depolama veya bulundurma hakkına uygulanmayacak olmasıdır. Bu noktada 'diğer barışçı gayeler" söz öbeğinden ne kastedildiği belirsiz olmakla bu ifade ile bilimsel ve teknik araştırmaları kapsadığı değerlendirilmektedir.[35]

Son olarak Nükleer Silahlar ise, *"enerjisini atom çekirdeğinin fisyon ve füzyon gibi nukleer reaksiyonlarından alan, patlama özelliğinin dışında çok kısa bir zaman içinde büyük bir yeryüzü parçasını etkileyebilen ısı, radyasyon ve basınç gibi ölümcül etkileri olan silahlar için kullanılmaktadır. Bu silahların kısa vadedeki amacı nukleer santrallerdeki gibi her aşamada kontrol altında olmayan bir zincirleme nukleer reaksiyon sonucu ortaya çıkan tüm enerjinin çok kısa bir zaman diliminde salınmasıyla hedefe çok büyük tahribat vermektir."* [36] Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması IX. maddeye göre 1 Ocak 1967 tarihinden önce nükleer bir silah ya da diğer patlayıcı araç yapıp patlatmış olan devletler *"Nükleer Silaha Sahip Devlet"* olarak bu silahları bulundurma ve üretme hakkı kazanmışlardır. Bu ülkeler bugün Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Daimî üyeleri olan ABD, Rusya, Birleşik Krallık, Fransa ve Çin'dir. ABD tarafından söz konusu antlaşmanın savaş zamanında uygulanmayacağı ileri sürülmüşse de Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması'nın barış ve savaş zamanında uygulanması gerektiği düşüncesi doktrinde hakimdir.[37] Antlaşma I. maddeye göre nükleer silah sahibi her devletin, nükleer silahları veya diğer patlayıcı nükleer araçları ya da bu gibi silahları, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kime olursa olsun, devretmemeyi ve nükleer silah sahibi olmayan herhangi bir Devlete, nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı araçların kontrolünü elde etmesi için herhangi bir şekilde yardım, özendirme veya isteklendirmede bulunmamasını yükümlü kılmıştır. Antlaşmanın II. maddesi gereğince ise; nükleer silaha sahip olmayan her devletin, nükleer silahları veya diğer nükleer patlayıcı araçları yahut bu silahların veya patlayıcı araçların kontrolünü, kimden olursa olsun, doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde devralmamayı; nükleer silahları veya diğer patlayıcı nükleer araçları yapmamayı veya başka şekilde elde etmemeyi ve bu silahların veya patlayıcı araçların yapımı için herhangi bir yardım aramamayı veya almamayı üstleneceği kabul edilmiştir.[38] İlgili antlaşma

---

[35] Akdoğan, Erkan, 21. Yüzyılda Yeni Silah Teknolojileri, Silahların Kontrolu ve Uluslararası Hukuk. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2010, s. 280

[36] Ozdemir, A., Uluslararası Sistemdeki Etkin Aktörlerin Iran'ın Nukleer Programına Yaklaşımları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Harp Akademileri Strateji ve Stratejik Araştırmalar Ana Bilim Dalı, Istanbul. 2013, s.49'dan aktaran: Doğanalp, Tuğba "Uluslararası Hukukta Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanmaya Yönelik Girişimler", Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.3, S.4, 2016, ss.15-28, s.18

[37] Akdoğan, 2010, s.191

[38] Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması, Resmî Gazete Tarihi: 10/04/1997, Resmi Gazete sayısı:16605, Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun

I. ve II. maddelerde söz konusu yasakları açıkça belirtmişse de IV. maddeye göre antlaşmaya taraf olan tüm devletlerin, nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla araştırılmasının, üretiminin ve kullanılmasının geliştirilebileceği, bununla birlikte nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla kullanılmasını sağlayacak cihaz madde, bilimsel ve teknolojik bilgilerin mümkün olan en geniş ölçüde alışverişini kolaylaştıracağını kabul etmiştir. Bu noktada nükleer enerjinin çift kullanımlı yapısına dikkat çekilmesi gerekmektedir. Antlaşma barışçıl amaçlarla yapılan bilimsel faaliyetleri ve transferlerini desteklemekle salt bir yasaklama anlayışını benimsememiştir. Bu husus sonraki bölümde açıklanacak olan kitle imha silahlarının denizlerde taşınması problemi açısından önem arz etmektedir.

Her ne kadar yukarıda açıklanan sözleşmeler ve uluslararası düzenlemeler silahsızlanmayı benimsemek, söz konusu silahların üretimini engellemek, yapımlarında kullanılan maddelere ait tesisleri denetlemek gibi silahsızlanmayı hedef alan çabalar ortaya konmaktaysa da son yıllarda gelişen bilgi ve birikim söz konusu silahların potansiyel tehlikelerini önemli ölçüde arttırmaktadır. Çünkü silahsızlanma çabaları tarih boyunca sürekli gelişen silah teknolojisinin bir sonucudur. Örneğin, 1139 yılında Papa II. Innocentius tarafından dönemin yeni teknolojisi tatar yayı ‘’Tanrı’ya karşı nefret uyandıran ve Hristiyanlar için uygun olmayan’’ ilan edilerek yasadışı addedilmiştir. Benzer şekilde sonrasında gelişen tüfek de kilise tarafından yasaklanmış ve bu gelişim ABD tarafından 1945 yılında nükleer silah olan atom bombasının kullanılmasıyla birçok dengeyi değiştirmiştir. İnsanlığın kendisini kitlesel olarak yok edebileceği silaha sahip olmasıyla silahsızlanma çabaları hız kazanmış ve nükleer, kimyasal, biyolojik silahların yayılmasını engelleyen uluslararası antlaşmalar bu sürecin sonucunda ortaya çıkmaya başlamıştır.[39] Kitle imha silahlarının yıkıcı ve yok edici etkisinin bir sonucu olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1992 yılında kitle imha silahlarının yayılmasının uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit olarak ilan etmiştir.[40] Bazı görüşlere göre; soğuk savaş döneminin sona ermesi, Sovyetler Birliğinin dağılması, Çin’in yükselişi, 11 Eylül 2001 olayları, küreselleşme, Radikal İslamcı-Hristiyan sağ grupların artışı ve yeni muhafazakarlık(*neo-cons*) siyasal akımının yükselişi dünyada hassas olan uluslararası güvenlik ortamını

Bulunduğu Hakkında Kanun (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc062/kanuntbmmc062/kanuntbmmc06202225.pdf, Çevrimiçi, e.t: 30.08.2021),

[39] Graham, Thomas, Common Sense on Weapons of Mass Desturction, University of Washington Press, Seattle, London, 2004, s.9

[40] Note by the President of the Security Council, The Responsibilty of the Security Council in the Maintenance of International Peace and Security, S/23500, New York, 31 Jan. 1992, (https://undocs.org/S/23500, Çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

olumsuz anlamda etkilemektedir.[41] Bu stabil olmayan ve özellikle silahlanma yarışının hızlandığı ortamda kitle imha silahlarının geliştirilmesi devletler tarafından caydırıcılık politikasının bir sonucu olarak görülmüştür. Buna karşılık, Kuzey Kore ve İran gibi devletlerin politikaları göz önüne alındığında devletler tarafından dahi geliştirilmesi ve kullanılmasına ilişkin yeknesak bir düzenin kurulamadığı kitle imha silahlarının yayılmasına dair sorunların devlet dışı aktörlerin eline geçmesi, problemi daha ileri bir noktaya taşımaktadır. Özellikle 11 Eylül 2001 tarihinde meydana gelen saldırı sonucunda kitle imha silahları veya bunların yapımında kullanılan kimyasal, biyolojik ve nükleer maddeler ile yapılabilecek terör eylemleri, bunların yayılmasını engelleme hususunda birçok ulusal-uluslararası girişimi beraberinde getirmiş ve kitle imha silahlarının yayılmasını bir uluslararası güvenlik sorunu olarak ortaya çıkarmıştır.

2- Denizlerde Kitle İmha Silahlarının Oluşturduğu Tehditler

Birleşmiş Milletler verilerine göre 2,4 milyar insan, bu sayı dünya nüfusunun %40'ına denk gelmektedir, kıyılar ve 100 km'lik alanı içerisinde yaşamaktadır.[42] Dünyadaki metropol olarak adlandırılan şehirlerin deniz kıyısında bulunması, dünyada deniz ticareti hacminin yükselişi, gelişmekte olan ülkelerdeki hızlı kentleşmenin bu sayıyı daha da arttıracağı ve böylece yeni güvenlik endişeleri meydana getireceği öngörülmektedir.[43] Bu endişelerin başında çok fazla insanın ölümüne ve yaralanmasına neden olabilecek terör eylemleri gelmektedir. Kavramsal içerikleri teamül hukuku ve uluslararası sözleşmelerde çeşitli noktalara atıf yapan terörizmin, uluslararası kabul görmüş tek bir tanımı olmasa da genel anlamda *"Ölüme, ciddi bedensel zarara veya kamu sağlığına yönelik önemli risk oluşturmayan protesto, muhalefet ve gösteri eylemi ile savaş hukukunun uygulandığı silahlı çatışma halleri hariç olmak üzere; siyasi, ideolojik, dini veya etnik saiklerle bir toplumu ya da toplumun bir kısmını sindirmek, bir devleti veya uluslararası kuruluşu haksız yere bir eylemi yapmaya veya geri durmaya zorlamak amacıyla malvarlığına karşı eylemler de dahil*

[41] Dokos, Thanos P., Countering the Proliferation of Weapons of Mass Destruction: NATO and EU Options in the Mediterranean and the Middle East, Routledge, Newyork, 2008, s.1

[42] The Ocean Conference, United Nations, New York, 2017, s.1,
(https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2017/05/Ocean-fact-sheet-package.pdf, Çevrimiçi, e.t:31/08/2021)

[43] Bueger, Christian, Edmunds, Timothy "Beyond Seablindness: a new agenda for maritime security studies", içinde: (ed. Galani,Sofia, Evans, Malcom D.) Maritime Security and the Law of the Sea: Help or Hindrance?, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK Northampton, MA, USA, 2020, s.45

olmak üzere ölüme, ciddi bedensel yaralanmaya veya yaşamı tehlikeye sokmaya yönelik her türlü şiddet içeren eylemleri" ifade etmektedir.[44]

Terörizmin muğlak ve farklı değerlendirmeye müsait özellikleri nedeniyle uluslararası hukukta açıkça tanımlanmaktan kaçınılmıştır. Bununla birlikte denizde gerçekleştirilmiş olan *Achille Lauro* ve *USS Cole* isimli gemilere olan saldırılar denizde terörizmin öne çıkan örnekleri olarak kabul edilmektedir.[45] Denizlerde gerçekleştirilen eylemler ile terörist gruplar, çok sayıda insanın ölümüyle hedef toplumlarında büyük korku, kaygı, endişe yaratmakta ve ölü-yaralı sayısını arttırmak amacıyla kimyasal, biyolojik, nükleer maddelerden oluşan kitle imha silahlarını kullanmayı da hedeflemektedirler.[46] Bu noktada denizlerde kitle imha silahlarının oluşturduğu tehditler terörizm kavramı ile birlikte incelenmektedir. Kitle imha silahlarının terörist amaçlar için kullanılma endişesi, 1970'lerden itibaren mevcut olup özellikle de Aum Shinrikyo tarafından 1995'te Sarin gazı saldırısıyla ivme kazanmış ve 11 Eylül 2001 yılında ABD'de gerçekleştirilen terör eylemi sonrasındaki dönemde bu endişeler zirve noktaya yükselmiştir.[47]

Bu noktada terörist grupların söz konusu kitle imha silahlarının karmaşık ve teknik bilgi gerektiren yapısına rağmen üretip üretemeyecekleri, ürettiklerini veya bir şekilde elde ettikleri silahları kullanıp kullanmayacağı yönündeki tartışmalara dönemin El-Kaide terör örgütü lideri Usame Bin Ladin'in *'' Amerikan ve İsrail güçleri Irak ve Filistinde'de masum çocukları öldürürse kendilerinin nükleer, kimyasal, biyolojik silahları kullanmaktan çekinmeyecekleri, üniformalı Amerikan askerleri ile siviller arasında fark olmadığını, Amerika'nın Nagasaki'de nükleer silahlarını kullanmış olduğunu, bu nedenle kendilerinin de aynı yöntemler ile cevap verebileceklerini"* içeren sözleri örnek gösterilerek terörist grupların kitle

---

44 Saul, Ben, Defining Terrorism in International Law, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, s. 65

45 Achille Lauro gemisinin kaçırılması: 7 Ekim 1985 tarihinde Filistin Kurtuluş Cephesi üyesi dört saldırgan tarafından Achille Lauro isimli geminin kaçırılması ve içerisinde bulunan Leon Klinghoffer isimli kişinin öldürülerek denize atılması hadisesidir. İsrail'de tutsak olarak bulunan 50 Filistinlinin serbest bırakılması için siyasi saikle gerçekleştirilmiştir.

USS Cole saldırısı: 12 Ekim 2000 tarihinde El-Kaide terör örgütü tarafından patlayıcı yüklü bir teknenin Amerikan savaş gemisi USS Cole isimli gemiye çarptırılmasıyla yapılan saldırı sonucunda 17 kişi ölmüş 39 kişi yaralanmıştır.

Her iki olay ayrıntılı olarak Otto, Lisa, Global Challenges in Maritime Security: An Introduction, Springer International Publishing, Cham, 2020, s. 153

46 Mowatt-Larsen, Rolf, ''Al Qaeda Weapons of Mass Destruction Threat: Hype or Reality?" Harvard Kennedy School Belfer Center for Science and International Affairs, 2010'dan aktaran: Udum, Şebnem ''11 Eylül Sonrası Kitle İmha Silahları Terörizmi Tehdidi ve Uluslararası Karşılıklara Bir Örnek: Nükleer Emniyet Rejimi", Turkish Studies, C. 13, S. 3, 2018, ss.765-782, s. 769

47 Dokos, 2008, s.59

imha silahları geliştirip kullanabilecekleri öngörülmektedir.[48] Bu durumu destekler mahiyette; bu açıklamalardan geçen neredeyse 20 yıla rağmen DAEŞ terör örgütünün Irak ve Suriye'de kimyasal silahlar üretebilme kabiliyetine ilişkin şüphelerin bulunduğu dönemin Amerikan Ulusal İstihbarat Direktörü James Clapper tarafından kabul edilmiş,[49] ve kitle imha silahlarının günümüz terör örgütleri tarafından kullanılabileceğine ilişkin öngörüler ileri sürülmeye devam etmektedir.[50]

Denizlerin kapladığı alanın çok büyük ve üzerinde denetim kabiliyetinin düşük olması, denizlere hâkim olan serbestlik ilkesinin sunduğu imkanlar ile birleştiğinde terörist gruplar tarafından bu bölgede kitle imha silahlarının taşınmasını kolaylaştırmaktadır. Böylece kitle imha silahlarının yayılması tehdidi denizlerdeki kolaylıklardan yararlanarak boyut değiştirdiği ve bir çeşit deniz güvenliği tehdidi olduğu kabul edilmektedir.[51] Kitle imha silahlarının denizlerde oluşturabileceği tehditlere 1) gemilerin kitle imha silahlarının yayılması aracı olarak ve 2) gemilerin bir çeşit kitle imha silahı olarak kullanılması örnek verilmektedir. Birinci gruptaki gemiler yönünden; gemilerin açık denizlerde serbestçe seyrüsefer yaptığı, varış limanlarında da taşıdığı eşyaların tam anlamıyla denetlenemediği ve bu nedenle terörist gruplar tarafından kitle imha silahlarının bir noktadan diğerine taşınması için eşsiz bir fırsat oluşturduğu değerlendirilmektedir. İkinci gruptaki gemiler yönünden; gemiler taşıdıkları kimyasal, biyolojik ve nükleer maddeleri barından bir patlayıcıyla hedeflerine yönelerek ciddi zayiatlar verebilecekleri öngörülmektedir.[52]

Söz konusu tehdidin denizlerde yayılmasının önüne geçmek amacıyla ilk bölümde açıklanan ziyaret hakkının kullanılıp kullanılamayacağı tartışmasında; bir görüşe göre kitle imha silahlarının bulundurulmasının teamül hukuku kapsamında gelişmiş bir yasağının bulunmaması, kitle imha silahlarının denizlerde taşınmasını engellemek amacıyla 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi geniş ölçekte birçok devlet tarafından kabul görmüş bir sözleşmenin bulunmaması ve kitle imha silahlarına konu biyolojik, kimyasal ve nükleer maddelerin çift kullanımlı *(dual-use)* yapısı uluslararası hukukta geliştirilmeye çalışılan

48 Dokos, 2008, s.68

49 Top Intel Official Confirms ISIS made, used Chemical Weapons, Fox News, Feb.9, 2016, C. Herridge & The Associated Press, (http://www.foxnews.com/politics/2016/02/09/top-intel-offi cial-confirms-isis-made-used-chemical-weapons.html., çevrimiçi, e.t: 31/08/2021)

50 Pilcher, Nick, ''The Islamic State's Ability to Acquire Biological Weapons and Western Nations' Response Mechanisms'' Journal of Biosecurity, Biosafety & Biodefense Law, C.4, S. 1, 2017, ss.95-109, s.95

51 Nincic, Donna J. ''The Challenge of Maritime Terrorism: Threat Identification, WMD and Regime Response'', Journal of Strategic Studies, C.28, S.4, 2005, ss. 619-644, s.622

52 Nincic, 2005, s.625

tedbirlerde soru işaretleri oluşturmaktadır.[53] Buna karşılık Kuzey Kore'den hareketlenen ve Yemen'e doğru giden *So San* isimli gemide Amerikan istihbaratına dayanan bilgilere göre İspanya Deniz Kuvvetleri tarafından 9 Aralık 2002 yılında yapılan aramada gizlenmiş şekilde Scud füzeleri ve çift kullanımlı kimyasallar tespit edilmesi, Yemen devletinin söz konusu silahların yasal olarak ücretini ödediğini ileri sürmesi sonucunda hem geminin hem de söz konusu silahların serbest bırakılması uluslararası hukuktaki boşluğa dikkat çekmiştir.[54] Bunun üzerine Beyaz Saray tarafından 10 Aralık 2002 tarihinde Kitle İmha Silahlarıyla Mücadelede Ulusal Strateji yayınlanmış ve kitle imha silahlarıyla mücadelede zamanında müdahalenin önemi, uluslararası işbirliği ve çok taraflı sözleşmelerin rolleriyle birlikte vurgulanmıştır.[55] Tüm bu gelişmelerin sonucunda denizlerde terörizm ve kitle imha silahlarının yayılmasının engellenmesi amacıyla Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1373 (2001) ve 1540 (2004) kararları, Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifi, SUA Sözleşmesi ve 2005 protokolü gibi bir dizi uluslararası çaba ortaya konulmuştur.

3-Uluslararası Hukukta Geliştirilen Tedbirler

a) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları

Birleşmiş Milletler Antlaşması 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da ''Birleşmiş Milletler adıyla anılacak bir uluslararası örgüt kurarak; savaş felaketinden gelecek kuşakları korumak, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine, adaletin korunması ve antlaşmadan doğan yükümlülüklere saygı gösterilmesi için gerekli koşulları yaratmaya ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşama koşulları sağlamaya….'' ulaşmak için imzalanmıştır. Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 1/1. maddesine göre Birleşmiş Milletler'in amacı ''Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla: barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmektir''. Birleşmiş Milletlerin organlarından birisi olan Güvenlik Konseyi ise 24. madde kapsamında Birleşmiş Milletler'in üyelerinin, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak

[53] Douglas, Guilfoyle, Shipping Interdiction and the Law of the Sea, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2009, s. 233

[54] Karska, James, Pedrozo, Raul, International Maritime Security Law, Martinus Nijhoff Publishers,Leiden, Boston, 2013, s. 756

[55] Guilfoyle, 2009, s. 235

için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyine bırakacakları ve Güvenlik Konseyi'nin de görevleri yerine getirirken Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine uygun hareket edeceği kabul edilmiştir. Bu doğrultuda 39. Madde gereğince Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır. Birleşmiş Milletler Antlaşması 41. madde kapsamındaki tedbirleri silahlı kuvvet kullanımını içermeyen, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içermekteyken, Birleşmiş Milletler Antlaşması 42. madde kapsamındaki tedbirler 41. maddede öngörülen tedbirlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısıyla uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimi içermektedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin yukarıda açıklanan 39. madde kapsamındaki hallerde çıkarmış olduğu kararların bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir.[56]

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 31 Ocak 1992 tarihinde yayımlanan S/23500 sayılı bildirisi ile kitle imha silahlarının yayılmasının uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit olarak ilan edilmiştir.[57] Akabinde meydana gelen 11 Eylül 2001 saldırısı sonucunda Güvenlik Konseyi 28 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen 1373 sayılı kararında tüm Birleşmiş Milletler üye devletlerin terörizmin finansmanı engellemelerini, cezalandırmalarını ve terörizmle mücadelede gereken tüm zorunlu tedbirleri almalarını yükümlü kılmıştır. Ayrıca ilgili kararında uluslararası terörizm ile nükleer, kimyasal, biyolojik ve ölümcül tehlike teşkil eden maddelerin hareketi arasındaki yakın bağlantıyı endişeyle takip ettiğini ve uluslararası güvenliğe getirdiği ağır tehdidin önlenmesi amacıyla uluslararası iş birliğinin güçlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.[58] İlerleyen süreçte Güvenlik Konseyinin 28 Nisan 2004 tarihinde kabul ettiği 1540 sayılı kararıyla; 31 Ocak 1992 S/23500 sayılı bildiriyi tekrar teyit ederek nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlar ve dağıtım araçlarının uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu kabul etmiştir. Bu doğrultuda; tüm devletlerin nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlar ile dağıtım araçlarının devlet-dışı bir aktörün eline geçmesini ve terörist amaçlarla taşınmasını engellemek

---

[56] Çağlayan, 2021, s.466

[57] Note by the President of the Security Council, The Responsibilty of the Security Council in the Maintenance of International Peace and Security, S/23500, New York, 31 Jan. 1992, (https://undocs.org/S/23500, Çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

[58] UN Security Council, S/RES/1373, Security Council Resolution 1373 (2001) (on threats to international peace and security caused by terrorist acts), 28 Sep. 2001, (https://undocs.org/en/S/RES/1373(2001) , çevrimiçi, e.t:31/08/2021)

amacıyla uluslararası düzenlemeler, ulusal mevzuat ve denetim mekanizmaları geliştirmelerini, bu konuda ulusal yetkileri ve mevzuatları uyarınca ve uluslararası hukuka uygun olarak nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlar ile dağıtım araçların yasadışı ticaretini önlemek için uluslararası işbirliğini tesis etmelerini, devletler arasında hassas ve emniyetli taşınması için gereken önlemleri almalarıyla sağlıklı işleyen bir sınır-ihracat kontrol sisteminin geliştirmelerini zorunlu kılmaktadır.[59]

Öte yandan açıklanan iki karar da Birleşmiş Milletler üyelerine daha öncekilerde olduğu gibi bir devlet veya insan grubuna yönelik belirli zaman içerisinde uygulanan tedbirler değil, tüm üye devletlere zaman sınırlaması olmayan ve geniş kapsamlı yükümlükleri zorunlu kılmaktadır. Bu durum ise her iki kararın soyut ve genel bir yasa özelliğine sahip olduğuna işaret etmektedir.[60] Özellikle 1540 sayılı kararın kabul edilmesiyle birçok üye devlet ''son yıllarda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin tüm devletleri bağlayan ve uluslararası toplum adına aldığı kararlardaki yeni ve geniş ölçekteki yasama yetkisinden'' endişe duyduklarını ileri sürmüşlerdir.[61]

Her ne kadar açıklanan kararlar kitle imha silahlarının yayılmasını bir tehdit olarak değerlendirip buna karşı alınacak tedbirlerin kapsamını gösterse de tehdidi önlemek amacıyla açık denizlerde gerçekleştirilecek herhangi bir uygulamadan bahsetmemiştir. Bu noktada denizde uygulanacak tedbirlerin diğer uluslararası antlaşmalara dayanması gerektiği ileri sürülmektedir.[62] Ayrıca denizlerde uygulanabilecek müdahale yetkilerine dair bir hüküm içermemesi, Güvenlik Konseyi 1540 sayılı kararın amaçlarından birinin esasen ABD'nin öncülüğünde ortaya çıkmış olan ''Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifi'nin (PSI)'' meşruiyetini arttırmak saikiyle olduğu tartışmalarını doğurmuştur.[63]

b) Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifi (Proliferation Security Initiative-PSI)

9 Aralık 2002 tarihinde Kuzey Kore'den Yemen'e seyreden *So San* isimli gemide Amerikan istihbaratına dayanarak İspanya Deniz Kuvvetlerine ait savaş gemileri tarafından yapılan aramada tespit edilen Scud füzelerine karşı uluslararası hukukun verdiği yetkiler kapsamında

[59] UN Security Council, S/RES/1540, Security Council Resolution 1540 (2004) (concerning weapons of mass destruction), 28 Apr. 2001, (https://undocs.org/S/RES/1540(2004) , çevrimiçi, e.t:31/08/2021)

[60] Guilfoyle, 2009, s. 238

[61] Sohn, Louis B., Juras, Kristen Gusafson, Noyes, John E. Franckx, Erik, The Law of the Sea in a Nutshell, St. Paul, Minn: West, 2010, Second Edition, s.473

[62] Fink, 2018, s.100

[63] Guilfoyle, 2009, s. 240

el koyma işleminin gerçekleştirilememesi 11 Aralık 2002 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nin ''Kitle İmha Silahlarıyla Mücadelede Ulusal Stratejiyi'' yayınlamasına neden olmuştur.[64] Ulusal Stratejinin açıklanmasından yaklaşık altı ay sonra 31 Mayıs 2003 tarihinde dönemin ABD Başkanı George Bush söz konusu kitle imha silahlarının, dağıtım araçlarının ve ilgili materyallerinin taşınmasının önüne geçmek amacıyla uluslararası işbirliğinin bir sonucu olarak ''Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifini'' tüm dünyaya duyurmuştur. İnisiyatif kara, deniz ve hava yoluyla kitle imha silahlarının taşınmasını önleme amacını hedef almakta olup deniz taşımacılığının söz konusu tehdidin yayılmasında oluşturduğu kolaylık nedeniyle denizlerde gerçekleştirilen taşımacılığa odaklanmıştır.

İnisiyatif başlangıçta 11 devlet olmak üzere akabinde 4 devletin daha katılımıyla toplamda 15 devlet tarafından kurulmuştur. Bu devletler Avustralya, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Singapur, İspanya, Rusya, İngiltere ve ABD'dir. Buna karşılık Çin, Kuzey Kore, İran ve Suriye gibi birçok devlet, İnisiyatifi denizde gerçekleştirilecek müdahalelerin uluslararası hukuka uygunluğu noktasında eleştirmektedir. Bununla birlikte bazı yazarlara göre jeopolitik olarak Brezilya, Bangladeş, Hindistan, Endonezya, Malezya ve Pakistan gibi deniz ulaşım rotalarında bulunan kritik ülkelerin İnisiyatifi desteklememesi özellikle liman devleti ve kıyı devleti müdahale yetkileri noktasında etkililiğini negatif anlamda etkilediği değerlendirilmektedir.[65] Buna karşılık B.M Güvenlik Konseyi 1540 sayılı kararında İnisiyatif gibi çok taraflı işbirliklerinin olumlu karşılandığı kabul edilmekte olup geliştirilmesi yönünde uluslararası teşvik ortaya koyulmuştur.[66]

İnisiyatif, devletler ve devlet-dışı aktörler arasında kitle imha silahları ve ilgili materyallerin yayılmasının engellenmesi amacıyla mevcut hukuki zeminde önlemler alınmasını sağlayan siyasi bir anlaşmadır.[67] Bu doğrultuda temel amacı B.M Güvenlik Konseyi dahil olmak üzere uluslararası hukuk ve ulusal yetkilere uygun olarak, kitle imha silahlarının sevkiyatını engellemek amacıyla daha koordine ve etkili bir düzen oluşturmaktır.[68] Bu pencereden bakıldığında İnisiyatifin çok taraflı bir istihbarat paylaşımı ve kitle imha silahlarının taşınmasını engellemek maksadıyla yapılan denetimlerin geliştirilmesi amacıyla

---

64 National Strategy to Combat Weapons of Mass Destruction, White House, Washington DC, December 2002,(https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/12/20021211-8.html, https://irp.fas.org/offdocs/nspd/nspd-wmd.pdf, Çevrimiçi, e.t: 02/09/2021)

65 Karska, Pedrozo, 2013, s. 786

66 Sohn, Juras, Noyes, Franckx, 2010, s.475

67 Klein, 2011, s.193

68 Sohn, Juras, Noyes, Franckx, 2010, s.474

kurulan bir işbirliği olarak tanımlanabileceği ifade edilmektedir.[69] Ayrıca İnisiyatifin antlaşmaya dayanan bir organizasyon olmayıp bir çeşit aktivite/ortaklık olması, uluslararası hukukun ihlali halinde zamanında müdahale için esneklik sağladığı ileri sürülmektedir. Buna göre kitle imha silahlarının denizlerde taşınması esnasında acil müdahale gerektiğinde, İnisiyatif yasal belirli bir prosedürün uygulanmasını zorunlu kılmak yerine devletler arasında iş birliği kapsamında yapılacak işlemlere yönelik bir çerçeve yaratmaktadır.[70]

4 Eylül 2003 tarihinde Beyaz Saray tarafından *"yalnız veya diğer devletlerle birlikte kitle imha silahları, dağıtım araçları ve ilgili materyallerin devletler ve devlet-dışı aktörler tarafından yayılması endişesine karşı taşınmalarına müdahale konusunda etkili tedbirleri almayı"* içeren Önleme Kuralları *(Statement of Interdiction Principles)* açıklanmıştır.[71] İnisiyatifi destekleyen devletlerin kendilerini Önleme Kuralları ile yükümlü kıldığı ve bu Önleme Kurallarının kitle imha silahları ile dağıtım araçları ve ilgili materyallerinin uluslararası hukuka ve ulusal hukuka uygun olarak yayılmasının engellenmesi amacıyla daha koordine ve etkili bir düzen kurduğu ifade edilmektedir.[72]

Önleme Kuralları genel olarak; *1) Yalnız veya diğer devletlerle birlikte kitle imha silahlarının devletler veya devlet-dışı aktörler arasında taşınmasını önlemek üzere gereken tedbirlerin alınması, 2) Kitle imha silahlarının taşınmasıyla ilgili bilgi paylaşımı, gizli bilgilerin korunması ve gereken iş birliğinin sağlanması, 3) Ulusal otoriteler ve uluslararası hukuk mekanizmalarının bu yükümlülüklere uygun olarak güçlendirilmesi, 4) Ulusal hukuka ve uluslararası hukuka uygun olarak a) devletler ve devlet-dışı aktörler arasında kitle imha silahlarının taşınmaması, b) kendi bayrağını taşıyan şüpheli gemilere içsularda, karasularında veya bir başka devletin karasularının ötesinde çıkmak, arama yapmak ve bulunacak yüke elkoymak tedbirlerini uygulaması, c) Başka devletler tarafından kendi bayrağını taşıyan gemiye çıkmasına, arama yapmasına ve kitle imha silahlarıyla ilgili yüke el koymasına rıza göstermeyi göz önüne alması d) içsularında, karasularında veya bitişik bölgede seyreden şüpheli gemileri durdurmak, aramak ve suç teşkil eden yüküne elkoymak ve şüpheli gemilerin karasularına, içsularına ve limanlarına girerken veya çıkarken gemiye çıkma, arama veya elkoyma gibi şartlara zorlamak*, şeklindeki tedbirleri içermektedir.[73] Bu tedbirlerin incelenmesinde, bayrak devletinin açık denizdeki münhasır yetkileri ve denizlerin serbestliği geleneksel

[69] Klein, 2011, s.193

[70] Karska, Pedrozo, 2013, s. 786 ve Klein, 2011, s.194

[71] Joyner, Daniel H. "The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counterproliferation, and International Law" The Yale Journal of International Law, C.30, S.2, 2005, ss.507-548, s. 510

[72] Karska, Pedrozo, 2013, s. 786

[73] Statement of Interdiction Principles, Proliferation Security Initiative, 4 September 2003 (https://www.mofa.go.jp/policy/un/disarmament/arms/psi/state.pdf, çevrimiçi, e.t: 02/09/2021)

ilkeleriyle birlikte sınırlandırılmış olduğu görülmekle; Önleme Kurallarının özellikle devletlerin egemenliğinde ve egemen yetkilerini kullandığı alanlarda uygulanmasını ön plana çıkardığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda devletin limanlarında, içsularında ve karasularında kitle imha silahlarını taşıdığı yönünde şüphe oluşturan gemilere karşı durdurma, arama, elkoyma, limana yanaşması veya ayrılması için zorunlu tedbirler koyma gibi zorlayıcı denetimlerin gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Öte yandan limanda bulunan bir gemide gerçekleştirilecek denetim mekanizmasının diğer deniz alanlarına göre daha kolay olması nedeniyle 2004 yılında kabul edilen Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu (ISPS Code) ve 2002 yılında kabul edilen Konteyner Güvenliği İnisiyatifi (CSI) kitle imha silahının yayılmasına yönelik çabaları güçlendirmiştir.[74] Esasen gemilerin diğer deniz alanlarında denetime tabi tutulması, limanda gerçekleştirilecek denetime göre ciddi zorluklar taşıyacağı ve küresel ticareti olumsuz anlamda etkileyeceği değerlendirilmektedir. Bununla birlikte dünya ticaretinin %98'inden fazlasının 1974 tarihli Denizde Can Güvenliği Uluslararası Sözleşmesi (SOLAS)[75] kapsamında icra edildiği ve Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu'nun da SOLAS sözleşmesi 2004 yılında yürürlüğe giren bir değişikliği olduğu göz önüne alınırsa kitle imha silahlarının yayılmasında İnisiyatifin amaçlarına geniş yelpazede hizmet ettiği söylenebilecektir.[76]

Devletlere Önleme Kuralları tarafından yüklenen uluslararası hukuka uygun yükümlülükleri bayrak devletinin münhasır yetkileri ve denizlerin serbestliği ilkesinin geleneksel gereklilikleri tarafından kısıtlandığı ileri sürülmektedir.[77] Çünkü Önleme Kuralları hukuken bağlayıcı olmadığı için, açık denizlerde yabancı bayrak devletine karşı müdahale yetkilerine imkân sağlayan *"antlaşmanın verdiği yetkilerden doğan müdahale hareketleri saklı kalmak kaydıyla"* şartını sağlamamaktadır. Bu bağlamda Önleme Kurallarının bir uluslararası antlaşma olmaması nedeniyle bayrak devletinin rızası alınmadan açık denizde ticaret gemisine kitle imha silahlarının taşındığı şüphesiyle yapılan denetim harekatları uluslararası deniz hukukuna uygun bir müdahale oluşturmayacaktır.

Öte yandan İnisiyatifin kabul edilmesi uluslararası hukuka uygunluğu konusunda çokça tartışma yaratmıştır. Özellikle bu tartışmalar açık denizlerde bayrak devletine yapılacak müdahaleler

---

74 Klein, 2011, s.199

75 International Maritime Organization (IMO), International Convention for the Safety of Life At Sea, 1 November 1974, 1184 UNTS 3, (https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS),-1974.aspx ,çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

76 Klein, 2011, s.158

77 Klein, 2011, s.198

üzerine yoğunlaşmıştır. Bu doğrultuda İnisiyatife dahil olmayan devletler seyrüsefer serbestilerine ilişkin menfaatlerine yönelik kaygıları ortaya koymaktadırlar. Ayrıca İnisiyatifin bir uluslararası sözleşme olmaması ve yabancı bayraklı bir gemiye açık denizde müdahale hususunda hukuka uygun bir dayanak oluşturmaması onun siyasi özelliklerini ön planda tutmaktadır.[78] Buna rağmen bazı yazarlara göre İnisiyatif ilk olarak kitle imha silahlarının denizde taşınmasını engellemek amacıyla iletişim kanallarını geliştirmeyi sağlamakta ve operasyonel seviyede devletler arasında iş birliğini arttırmaktadır. İkinci olarak ise kitle imha silahlarına yönelik uluslararası hukukta çok taraflı ve karşılıklı antlaşmaların eksikliğini ortaya koyarak bu konuda gelişmeleri teşvik etmektedir.[79]

İnisiyatifin etkisiyle kitle imha silahlarının yayılmasının engellenmesi amacıyla ABD ile ''kolay bayrak devleti'' olarak kabul edilen Antigua ve Barbuda, Bahamalar, Belize, Hırvatistan, Kıbrıs, Liberya, Malta, Marshall Adaları, Moğolistan, Panama ve Saint Vincent ve Grenadinler arasında karşılıklı anlaşmalar imzalanmıştır. İnisiyatife üye olan devletler arasında yalnızca ABD bu şekilde karşılıklı anlaşmalar yaparak kitle imha silahlarını denizler vasıtasıyla taşımasını gerçekleştiren şüpheli gemileri durdurmak, gemiye çıkmak, arama yapmak ve el koymak için hukuki zemin hazırlamayı hedeflemiştir.[80] ABD tarafından bu sayılan 11 ülkenin deniz toplam tonajının %60'ını oluşturduğu ileri sürülmektedir.[81] Söz konusu karşılıklı anlaşmalarda üç tip gemiye çıkma*(ship-boarding)* modeli benimsenmiştir. İlk modelde Bayrak Devletinin kendi bayrağını taşıyan gemiye çıkılmasına açıkça rıza vermesi zorunlu kılınmıştır. İkincisinde gemiye çıkma talebi alındıktan belirli bir süre içerisinde Bayrak Devleti tarafından karşılık verilmezse gemiye çıkılmasına rıza gösterildiği kabul edilerek gemiye çıkma harekâtına başlanılması öngörülmektedir. Üçüncüsünde ise belirli bir süre içerisinde geminin kayıtlı olduğu sicili teyit edilmediği takdirde gemiye çıkma yetkisi varsayılmaktadır.[82] Karşılıklı anlaşmalar kapsamında gemiye çıkma harekatının yalnızca herhangi bir devletin karasularının ötesinde gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte gemiye çıkma harekâtı kitle imha silahlarının gemiyle hukuka aykırı bir şekilde taşındığı hususunda şüpheyi gerektirecek makul neden bulunması halinde gerçekleştirilecek ve sonucunda gemi, kargoları ve gemideki kişiler alıkoyulabilecektir. Her halde bayrak devletinin öncelikli yetkileri hâkim olmakta ve harekâtı gerçekleştiren devlet, bayrak devleti adına bu yetkileri kullanmaktadır.[83] Ancak bu karşılıklı

78 Fink, 2018, s. 146

79 Klein, 2011, s. 208

80 Guilfoyle, 2009, s. 247

81 Fink, 2018, s. 165

82 Karska, Pedrozo, 2013, s. 788

83 Fink, 2018, s. 165

anlaşmalar sadece imzalayan iki devleti bağlamaktadır. Bu nedenle uluslararası iş birliğini sağlamak amacıyla geniş kapsamlı çok taraflı anlaşmaya ulaşılması hedeflenmiştir.[84]

c) 1988 SUA Sözleşmesi ve 2005 Protokolü

Achille Lauro isimli İtalyan yolcu gemisinin 1985 yılı Ekim ayında Mısır kıyısına 30 mil mesafede dört Filistin Kurtuluş Örgütü *(Palestinian Liberation Front)* üyesi tarafından kaçırılması sonucunda uluslararası hukukta eylemin nitelendirilmesi ve uygulanacak hukuka ilişkin birtakım tartışmalar meydana gelmiştir. İsrail'de mahkum bulunan 50 Filistinlinin salınması amacıyla içerisindeki 400 yolcunun alıkoyulduğu *Achille Lauro* gemisindeki eylemi bir çeşit deniz haydutluğu olarak tanımlayıp bu suça yönelik evrensel yargılama yetkileri ileri süren kesime karşılık deniz haydutluğunun özel ekonomik amaçla gerçekleştirilebileceği, *Achille Lauro* gemisinde meydana gelen olayın ise siyasi amaç taşıdığı ve bu nedenle deniz haydutluğu olamayacağı savunması karşısında uluslararası hukukta denizde gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlere karşı bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu noktada Birleşmiş Milletlere bağlı Uzmanlık Kuruluşu olan Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından insanların can ve mal güvenliğini tehlikeye düşüren denizde seyir güvenliğine karşı hukuka aykırı eylemlerin önlenmesi, faillerin kovuşturulması ve cezalandırılması amacıyla 10 Mart 1988 tarihinde ''Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (SUA Sözleşmesi)'' imzalanmış ve 1 Mart 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[85]

SUA sözleşmesi 2. maddesi gereğince sözleşmenin savaş gemileri, devlete ait veya devlet tarafından işletilen gemi ve seferden çekilen gemilere uygulanamayacağı, hiçbir şekilde savaş gemileriyle gayri ticari amaçlarla işletilen devlet gemilerinin muafiyetlerini etkilemeyeceği öngörülmüştür. SUA sözleşmesi 3. madde kapsamında hangi eylemlerin denizde önlenmesi gereken hukuka aykırı eylemler olduğu listelenmek suretiyle sayılmıştır. Buna göre bir kimse hukuka aykırı ve kasıtlı olarak;

- Kuvvet kullanarak veya tehditle veya herhangi bir korkutma şekli ile bir gemiyi veya bunun kontrolünü ele geçirirse, veya
- Gemide bulunan bir şahsa karşı, geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokması muhtemel bir şiddet hareketinde bulunursa, veya

---

[84] Yoshifumi, Tanaka, The international Law of the Sea, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2019, Third Edition, s. 468

[85] UN General Assembly, Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 10 March 1988, No. 29004, (https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/SUA-Treaties.aspx , çevrimiçi, e.t:03/09/2021)

• Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokabilecek tarzda gemiyi tahrip eder veya gemiye veya bunun navlununa zarar verirse; veya

• Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokacak veya sokması muhtemel bir şekilde, gemiye ve navlununa zarar verecek veya gemiyi tahrik edebilecek bir cihaz veya maddeyi herhangi bir surette gemiye koyar veya koydurtursa; veya

• Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokabilecek şekilde, seyrüseferi kolaylaştıran yapıları tahrip eder veya bunlara önemli bir zarar verirse veya bu yapıların işlemesini ciddi bir şekilde aksatırsa; veya

• Yanlış olduğunu bildiği bilgiyi ileterek geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokarsa; veya

• Listelenen bu suçların işlenmesi veya bunlara teşebbüs edilmesi münasebetiyle bir kimseyi öldürür veya yaralarsa,

• Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokabilecek şekilde bu suçları işlemeye teşebbüs ederse, veya

• Bu suçlardan birini işleyen kimseyi azmettirir veya başka bir şekilde böyle bir suçu işleyen kimsenin suç ortağı olursa, veya

• Bir özel veya tüzel kişiyi bir şeyi yapmaya veya yapmaktan alıkoymaya zorlamak amacıyla, milli kanunlarda öngörüldüğü şekilde, şartlı veya şartsız, 2-3 ve 5. Sıradaki suçları işlemek tehdidinde bulunursa ve bu tehdit söz konusu geminin seyir güvenliğini tehlikeye düşürebilecek ise suç işlemiş addedileceği hükmedilmiştir.

SUA sözleşmesi 9. maddesine göre sözleşmedeki hiçbir hüküm, devletlerin kendi bayrağını taşımayan gemiler üzerinde soruşturma veya icra yetkisini kullanmalarına ilişkin uluslararası hukuk kaidelerini hiçbir şekilde etkilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak ise SUA sözleşmesinin etkililiği hususunda; sözleşmede suç olarak sayılan eylemlerin engellenmesi amacıyla devletlere ziyaret hakkı, gemiye çıkma veya arama gibi yetkiler vermemesine ilişkin önemli bir tartışma ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlara göre ise bu durumun SUA sözleşmesi tarafından suçluların yakalanabilmesi için etkili bir yöntem sunmadığı ve bu nedenle eksik olduğu değerlendirilmektedir.[86] Ayrıca SUA sözleşmesi kitle imha silahlarının yayılmasına karşı denizlerde uygulanacak denetim harekatlarına hukuki zemin oluşturmamaktadır. Bununla birlikte ziyaret hakkının da sınırlı yapısı bu artan deniz güvenliği tehditlerine cevap vermemektedir. Seyrüsefer serbestisi ilkesi ve bayrak devletinin kendi bayrağını taşıyan açık denizdeki gemi üzerindeki münhasır yetkileri bir bütün olarak değerlendirildiğinde açık denizde müdahale hareketlerinin uygulanabilmesi için antlaşmadan doğan bir hukuk kuralı ve bayrak devletinin rızasının alınması gerekmektedir. Öte yandan birçok devlet, açık denizde uygulanması için geliştirilen bu tip tedbirlerin denizlerin serbestliği ilkesini terörizm ve

[86] Klein, Natalie '' The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation" Denver Journal of International Law&Policy, C.35, S.2, 2007, ss.287-332, s.287

kitle imha silahlarının denizlerde taşınması gibi spekülatif endişeler karşısında tehlikeye düşüreceğini iddia etmişse de ABD öncülüğünde SUA sözleşmesinde 2005 yılında yapılan değişiklikle önemli yenilikler kabul edilmiştir. 1988 SUA sözleşmesinde 2005 yılında yapılan protokol ile suç olarak kabul edilen hukuka aykırı eylemlerin arttırılması ve açık denizde gerçekleştirilen denetim harekatlarına ilişkin yeni bir usulün ortaya konması en önemli değişiklikler olarak kabul edilmektedir.

2005 SUA protokolü, önsözünde açıkça ifade ettiği terörizm ve kitle imha silahlarının yayılması ile ilgili uluslararası sözleşmeler ile özellikle 1982 B.M.D.H sözleşmesi, Güvenlik Konseyi 1373(2001) ve 1540(2004) sayılı kararları, Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenliği Kodu'nun (ISPS) önemini dikkate alarak 14 Ekim 2005 tarihinde imzalanmış ve 28 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[87] 2005 SUA protokolü, Güvenlik Konseyi 1540 sayılı kararından itibaren geliştirilen Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifinin ABD hegemonyası ile evrenselleştirilmesinin bir sonucu olarak görülmektedir.[88]

2005 SUA protokolünün 1988 SUA sözleşmesine eklemiş olduğu yeni suçlar birçok tartışma konusunu ortaya çıkarmıştır. Protokolün ortaya konma aşamasında deniz güvenliğine tehdit oluşturan kitle imha silahlarının yayılması ve terörizm gibi yeni tehditlerin bastırılması ile uluslararası deniz hukukunun en kadim ilkelerini oluşturan açık denizlerin serbestliği ilkesi, bayrak devletinin münhasır yetkilerine ilişkin hukuki müesseseler arasında denge aranmaya çalışılmışsa da; nihayetinde protokolün bayrak devletinin kendi bayrağını taşıyan gemi üzerindeki önde gelen ve münhasır yetkilerinin güncel güvenlik kaygıları karşısında daraltılarak düzenlendiği değerlendirilmektedir.[89]

En önemli değişikliklerin başında gelen; 2005 SUA protokolüyle öngörülen yeni suçlar sözleşmenin 3*bis* maddesi olarak eklenmiştir. Söz konusu suçlara katılma, yardım etme ve teşebbüs halleri gibi özel görünüş biçimleri ayrıca 3*ter* ve 3*quater* maddelerinde düzenlenmekle, esasen SUA sözleşmesi madde 3*bis* gereğince; bir kimse hukuka aykırı ve kasıtlı olarak aşağıda (a) ve (b) bentlerinde tanımlı eylemleri gerçekleştirirse suç işlemiş olacaktır.

---

87 International Maritime Organization (IMO), Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, 14 October 2005, (https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/SUA-Treaties.aspx, çevrimiçi, e.t:03/09/2021)

88 Guilfoyle, 2009, s. 254

89 Klein, 2011, s.171

a) Fiilin amacı, niteliği veya kapsamı gereği, bir toplumu yıldırmak veya bir hükümet veya uluslararası örgütü bir fiili yapmaya veya yapmaktan imtina etmeye zorlamak olduğunda:

i. Ölüme, ciddi yaralanmaya veya zarara yol açan veya yol açabilecek biçimde bir gemide veya bir gemiye karşı herhangi bir patlayıcıyı, radyoaktif malzemeyi veya biyolojik, kimyasal, nükleer silahı kullanırsa veya bir gemiden bu malzemeleri tahliye ederse, veya

ii. Bir gemiden, ölüme, ciddi yaralanma veya zarara yol açan veya yol açabilecek bir miktar veya yoğunlukta petrol, sıvılaştırılmış doğal gaz veya (a)(i) altparagrafında belirtilmemiş diğer zararlı veya zehirli maddeyi tahliye ederse, veya

iii. Bir gemiyi ölüme, ciddi yaralanma veya zarara yol açacak biçimde kullanırsa, veya

iv. Milli hukukta belirtildiği üzere, şartlı veya şartsız, (a)(i),(ii) veya (iii) altparagrafında belirtilen bir suçu işleme tehdidinde bulunursa, veya

b) Bir gemide aşağıdaki malzemeleri taşırsa:

i. Milli hukukta belirtildiği üzere, şartlı veya şartsız olarak, bir toplumu yıldırma veya bir hükümet veya uluslararası bir kuruluşu bir fiili yapmaya veya yapmaktan imtina etmeye zorlama amacıyla ölüm, ciddi yaralanma veya zarara yol açmak veya yol açma tehdidinde bulunmak için kullanılmasına niyetlenildiğini bildiği her türlü patlayıcı veya radyoaktif malzeme, veya

ii. Protokolün 1. maddesinde tanımlanan şekilde bir biyolojik, kimyasal ve nükleer silahı olduğunu bilerek herhangi bir biyolojik, kimyasal ve nükleer silahı, veya

iii. Kapsamlı bir IAEA koruma koşulları anlaşmasına uygun olmayan koruma koşulları altında nükleer patlama faaliyetinde veya diğer nükleer faaliyette kullanılmasına niyetlendiğini bilerek, herhangi bir kaynak malzeme, bölünebilen özel madde veya bölünebilen özel maddenin işlenmesi, kullanılması veya üretilmesi için tasarlanmış veya hazırlanmış teçhizat veya malzeme, veya

iv. Benzeri amaç için kullanma niyetiyle, bir biyolojik, kimyasal ve nükleer silahının tasarlanmasına, üretilmesine veya dağıtılmasına önemli ölçüde katkıda bulunan teçhizat, malzeme, yazılım veya ilgili teknoloji.

Yukarıda tanımlı eylemlerin hangi hallerde suç oluşturmayacağı aynı maddenin 2. Fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre bir madde veya malzemenin taşınması Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması'nın bir taraf devletinin ülkesine veya ülkesinden veya kontrolü altında nakli halinde suç oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Bu noktada bazı devletler kitle imha silahları ve ilgili materyallerinin taşınmasının terörizmle doğrudan bağlantısının olmaması ve kimyasal,

biyolojik, nükleer maddelerin çift kullanımlı *(dual-use)* yapısı nedeniyle suç olarak kabul edilmemesi gerektiğine dayanarak itiraz etmişlerdir.[90]

2005 SUA protokolünün kabulüne kadar olan süreçte 1988 SUA sözleşmesi kapsamında denizde işlenen suçlara yönelik etkili bir güvenlik tedbiri mekanizmasının bulunmaması nedeniyle 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sınıraşan Örgütlü Suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne ek Kara, Deniz, Hava yoluyla Göçmen Kaçakçılığına karşı Protokolde belirtilen usullere göre şüpheli gemiye çıkma harekatları icra edilmiştir.[91] Ancak 2005 SUA protokolüyle devletlere gemiye çıkma harekatlarının hukuki zemini ve yetkilerini uygulayabilme imkanı sağlamaktadır. 2005 SUA protokolü 8*bis* maddesi gemiye çıkma harekâtına ilişkin usulün nasıl uygulanacağını düzenlemektedir. Bu madde kapsamında sözleşmeye taraf devletler arasında gemiye çıkma yetkilendirmesi 1) Talepte Bulunan Devlet, 2) Bayrak devleti arasında gerçekleştirilmektedir. Prosedürün uygulama kabiliyetinin bulunduğu deniz alanları, yetkilendirme talebinin mahiyeti, devletler arasında yetkilendirmeye ilişkin rıza kavramı, gemiye çıkma esnasında uyulması gereken emniyet tedbirleri ve nihayetinde gemiye çıkma faaliyetinin sonuçları irdelenmesi önem arz eden hususlardır.

Öncelikle, 8*bis* maddesinin uygulanma kabiliyetinin olduğu coğrafi kapsam 1988 SUA sözleşmesi ile aynıdır. 1988 SUA sözleşmesi 4. maddesine göre *''bir geminin tek bir devletin karasularının dış sınırının veya bitişik devletlerle yan sınırının ötesinde seyretmesi veya programına göre bu sulara, bu sulardan geçerek veya bu sulardan seyretmesinin planlanması halinde bu sözleşme uygulanacaktır''* şeklinde ifade edilmek suretiyle sözleşmede tanımlı suçların sadece karasularının dışında değil aynı zamanda başka bir devletin karasularında ve diğer deniz bölgelerine seyretme planı olduğu hallerde işlenmesi halinde de uygulanabilecektir.[92] Bu bağlamda suç oluşturan eylem karasularında, takımada sularında, uluslararası boğazlarda, münhasır ekonomik bölgede, açık denizlerde ve içsularda işlenmesi halinde sözleşmenin kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Buna karşılık geminin bir devletin kıyısının bir noktasından aynı devletin kıyısının başka bir noktasına karasularından veya içsularından ayrılmadan seyretmesi durumunda sözleşmenin uygulanmayacağı değerlendirilmektedir.[93] Ancak gemiye çıkma harekâtı yalnızca herhangi bir devletin karasularının dışında icra edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte protokol 8*bis*(10)(c)(i) maddesi gereğince ''bir taraf devletin bir gemiye karşı önlemler alması halinde uluslararası deniz hukukuna göre kıyı devletlerinin haklarına, yükümlülüklerine ve yargı yetkisini kullanmasına müdahale etmeme veya etkilememe gerekliliğini hesaba

[90] Beckman, Robert C. ''International Responses to Combat Maritime Terorism'', içinde Global Anti-Terrorism Law and Policy, Cambridge University Press, 2005, s. 264'den aktaran: Klein, 2011, s. 173

katacaktır" şeklinde ifade etmesine rağmen hangi deniz yetki alanlarında kıyı devletinin egemenlik yetkilerinin hesaba katıldığı açıkça ifade edilmeyerek tartışmalı bırakılmıştır.[94]

Diğer önemli bir husus ise 8*bis* maddesi gereğince Talepte Bulunan Devletin, bir geminin veya gemide bulunan bir şahsın 3, 3*bis*, 3*ter* ve 3*quater* maddelerinde belirtilen bir suçun işlenmesinde yer aldığına, almakta olduğuna veya almak üzere olduğuna dair şüpheyi gerektirecek makul nedenleri bulunması gerekmektedir. Bunun üzerine Talepte Bulunan Devletin ''eğer mümkünse, şüpheli geminin adını, IMO gemi tanımlama numarasını, sicil limanını, kalkış ve varış limanlarını ve diğer bilgileri içerecek talebi sözlü olarak (en kısa zamanda yazılı olarak teyit etmek suretiyle) Bayrak Devletine iletecek ve Bayrak devleti de yazılı veya sözlü herhangi bir talebi aldığını hemen teyit edecektir. Bu noktada, Talepte Bulunan Devlet'in söz konusu yetkilendirme talebini yaparken makul gerekçelerin neler olduğunu açıklaması gerekmese de; 8*bis*(7) maddesi gereğince Bayrak Devleti yetkilendirmeyi Talepte Bulunan Devlet'ten ilave bilgi alması şartına ve sorumluluklar ile alınacak önlemlerin kapsamına ilişkin şartlara bağlayabileceği ifade edilmiştir. Talepte Bulunan Devletin gemiye çıkması için yetkilendirilmesi hususunda rıza kavramının nasıl sağlanacağı 2005 SUA protokolünün en tartışmalı hususlarından birisidir. Bu noktada üç ayrı yöntem ileri sürülmektedir.[95]

İlki, rızanın *ad hoc* kavramı temelinde alınıp gemiye çıkma harekâtına başlanmasıdır. *Ad hoc* kavramı kapsamında Talepte Bulunan Devlet gemiye çıkma ve diğer tedbirleri uygulayabilmek için Bayrak Devleti tarafından açıkça yetkilendirilmelidir. Uluslararası deniz hukuku kapsamında Bayrak Devletinin kendi bayrağını taşıyan gemiye bir başka devlet tarafından gemiye çıkma harekatının icra edilebilmesi için Bayrak Devletinin yetkili makamı tarafından özgürce verilmiş bir rızanın varlığı gerekmektedir. Doktrinde bu rızanın geminin kaptanı tarafından alınmasının yeterli olup olmayacağı hususundaki tartışmada; bir görüş tarafından kaptanın rızasının işlemlerin hızı ve pratik faydaları nedeniyle yeterli olabileceği kabul edilmekteyken, diğer görüşe göre

---

91 UN Economic and Social Council (ECOSOC), United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 19 December 1988, (https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021) ve UN General Assembly, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, (https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf , çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

92 Fink, 2018, s.164

93 Tanaka, 2019, s. 464

94 Klein, 2011, s. 175

95 Daha detaylı bilgi için bakınız Klein, 2011, s. 177

geminin kaptanının Bayrak Devletinin ve egemenliğinin resmi temsilcisi olmadığı bu nedenle Bayrak Devletinin yetkili makamının vereceği rızanın sonucunda kaptanın yabancı savaş gemisinin tedbirlerine uygun davranması gerektiği öne sürülmektedir.[96] Bayrak Devletinin kendi bayrağını taşıyan bir gemiye çıkması için rıza göstermesi söz konusu faaliyetin hukuka uygun bir dayanağını oluşturmaktadır. Rıza kavramına dair bu genel bilgiler ışığında 2005 SUA protokolü kapsamında *ad hoc* yöntemin uluslararası deniz hukuku ilkelerine ve bayrak devletinin açık denizdeki münhasır yetkilerine en uygun olduğu değerlendirilmektedir. Protokol 8*bis*(5)(b) maddesi gereğince Talepte Bulunan Devlet öncelikle geminin tabiiyetini doğrulayacaktır. Geminin tabiiyetinin doğrulanmasına müteakip sözleşmede belirtilen bir suçun işlenmiş, işlenmekte veya işlenmek üzere olup olmadığının anlaşılması için gemiyi durdurmayı, gemiye çıkmayı, gemiyi, gemideki şahısları ve geminin yükünü aramayı ve gemideki şahısları sorgulamayı içerebilecek uygun önlemleri almak için Bayrak Devletinden yetkilendirme isteyecektir. Bayrak Devletine ait geminin tabiiyetinin doğrulanması için 8*bis*(1) maddesi gereğince ''yapılan taleplere mümkün olduğu kadar çabuk verilecektir'' şeklinde hüküm bulunmasına rağmen açık bir ifadeyle zaman aralığının ne kadarlık bir süreyi kapsadığı belirtilmemiştir. Bu noktada Avrupa Konseyi tarafından 1995 yılında kabul edilen Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması 7. madde[97] gereğince *''Bayrak Devleti, 6. madde uyarınca yapılan bir izin talebini aldığını vakit geçirmeksizin teyit edecek ve bilahare kararını mümkün olan en kısa sürede ve imkanlar ölçüsünde talebin alınmasını takip eden dört saat içinde iletecektir''* hükmünün uygulanabileceği şeklinde ileri sürülen argümanlara karşılık bazı devletler 8*bis*(1). maddedeki hükmün yeterli olduğunu, belirli bir zaman limiti koymanın pratik ve tutarlı bir faydasının bulunmadığını, farklı ülkelerdeki saat farkına göre uygulanmasının zor olabileceği ileri sürmüştür. Protokol 8*bis* maddesinin görüşmelerinde ABD ''dört saatlik bekleme süresine rağmen Bayrak Devletinden herhangi bir karşılık gelmezse Talepte Bulunan Devlet tarafından gemiye çıkma harekatı icra edilebileceği, bu halde şüpheli geminin yaşayacağı gecikmenin azaltılabileceği ve savaş gemisinin görevi daha erken bitirerek gemiyi serbest bırakabileceği''

[96] Fink, 2018, s. 130

[97] Council of Europe, Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 31 January 1995 European Treaty Series-No.156,

(https://rm.coe.int/168007cdab, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021) ve Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020163535156_ing.pdf, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

şeklinde bir öneride bulunmuşsa da *ad-hoc* yöntemi kapsamında açıkça rıza gösterilmesi esas kural olarak kabul edilmiştir.[98] Talepte Bulunan Devletin yetkilendirme talebini alan Bayrak Devleti 8*bis*(*5*)c maddesi gereğince;

i. Talepte Bulunan Devleti gemiye çıkmak ve gerekli önlemleri almak için yetkilendirecek, veya
ii. Gemiye çıkma ve aramayı kendi kolluk kuvvetleri veya diğer görevlilerle yürütecek, veya
iii. Gemiye çıkma veya aramayı Talepte Bulunan Devlet ile birlikte yürütecek, veya
iv. Gemiye çıkma ve arama yetkisi vermeyi reddecektir.

Buna karşılık Talepte Bulunan Devlet, Bayrak Devletinin açık yetkilendirmesi olmadan gemiye çıkmayacak ve diğer gereken önlemleri almayacaktır.

İkinci yöntem, Talepte Bulunan Devletin gemiye çıkmak için Bayrak Devletine talepte bulunması sonucunda dört saat içerisinde herhangi bir karşılık gelmemesi halinde zımni rızanın varlığını kabul ederek gemiye çıkma harekâtına başlamasıdır. Protokol 8*bis*(*5*)(d) maddesi gereğince *"Talepte Bulunan Devletten tabiiyetin doğrulanması talebinin alındığının onaylanmasından itibaren dört saat içinde Bayrak Devletinden bir karşılık gelmemişse, onun bayrağını taşıyan veya onun sicil işaretlerini gösteren gemilerle ilgili olarak, Uluslararası Denizcilik Örgütü Genel Sekreterliğine Talepte Bulunan Devletin gemiye çıkmak; gemiyi, yükünü ve gemideki insanları aramak, vatandaşlıkları hakkındaki evrakı bulmak ve incelemek için gemideki insanları sorgulamak ve sözleşmede belirtilen suçun işlenmiş, işlenmekte veya işlenmek üzere olup olmadığını belirlemek için yetkilendirme verildiği konusunda bildirimde bulunabilir"* şeklinde ifade etmek suretiyle Bayrak Devletinin Genel Sekreterliğe önceden yapacağı bir bildirim ile Talepte Bulunan Devletin gemiye çıkma harekatına rıza gösterebileceği kabul edilmektedir.

Üçüncü yöntem, protokol 8*bis*(*5*)(e) maddesi gereğince Bayrak Devletinin Genel Sekreterliğe bildirimde bulunmak suretiyle Talepte Bulunan Devletin gemiye çıkmak; gemiyi, yükünü ve gemideki insanları sözleşmede belirtilen suçun işlenmiş, işlenmekte veya işlenmek üzere olup olmadığının belirlenmesi amacıyla sorgulamak için yetkilendirdiğini beyan etmesiyle gerçekleşmektedir. Bu yöntemin kabulüne ilişkin taraf devletlerin çekince koyduğu görülmektedir. Çünkü Bayrak Devletinin otomatik vermiş olduğu bir izne dayanarak Talepte Bulunan Devletin gemiye çıkmasına imkân vermektedir. Aynı zamanda bu hüküm 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddesinde tanımlı ziyaret hakkına ilişkin hükmün ilk cümlesi *"Antlaşmanın verdiği yetkilerden doğan müdahale hareketleri saklı kalmak üzere"* olan antlaşmanın

[98] Klein, 2011, s. 180

verdiği yetkilerden doğan müdahale hareketini oluşturmaktadır.[99] 8*bis*(5)(d) ve (e) bentlerinde tanımlı usulün işletilmesinde; 4 saatlik bekleme süresinde bir karşılık verilmediğinde ve diğer şartların sağlanmış olması halinde; Bayrak Devletinin önceden onaylanmış veya ön rızasına dayalı olarak kendi bayrağını taşıyan gemilerinde belirlenen veya tüm taraf devletleri tarafından gemiye çıkma harekatı icra edilebileceği anlaşılmaktadır.[100] Bu bağlamda söz konusu usulün işletilmesi bazı yazarlara göre mevcut uluslararası deniz hukukunu değiştirmemektedir ve denizde seyrüsefer serbestisi ile çelişmemektedir.[101]

Diğer tartışmalı bir husus olan emniyet tedbirlerinin nasıl uygulanacağına ilişkin protokol 8*bis*(10) maddesi gereğince; Talepte Bulunan Devletin denizde can güvenliğini tehlikeye atmama gerekliliğini hesaba katacağı, gemideki bütün şahıslara onların temel insanlık haysiyetlerini koruyan bir biçimde ve uluslararası insan hakları hukukunu içeren uluslararası hukukun uygulanabilir hükümlerine uyumla davranılmasını sağlayacağı, gemiye çıkma ve aramaların uygulanabilir uluslararası hukuka göre yürütülmesini sağlayacağı, geminin ve yükünün emniyet ve güvenliğini hesaba katacağı, Bayrak Devletinin ticari ve hukuki menfaatlerine zarar vermemeye dikkat edeceği, gemi ve yükü için alınan herhangi bir önlemin çevreye tehdit oluşturmamasını sağlayacağı, sözleşmede belirtilen suçlarla ilgili olarak işlem başlatılan şahıslara, yer göz önüne alınmadan 10.maddenin 2.paragrafındaki korumaların sağlanacağını, gemi kaptanının gemiye çıkma niyetinden haberdar edildiğinden ve ilk fırsatta gemi sahibi ve Bayrak Devleti ile irtibata geçme imkanı verileceği, geminin usulüne aykırı bir şekilde alıkonulmasından veya geciktirilmesinden kaçınmak için makul çabaları göstereceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte söz konusu tedbirler uygulanırken görevlilerin ve gemideki şahısların güvenliğini sağlamak için gerekli olması veya görevlilerin yetkilendirildikleri işlemleri yapmalarına mâni olunması durumları haricinde güç kullanımından sakınılacağı ve mevcut şartlarda gerekli ve makul güç kullanımı asgari dereceyi aşmayacağı öngörülmektedir.

Nihayetinde, protokol 8*bis*(6) maddesi gemiye çıkma harekatı neticesinde elde edilecek delillere yönelik yapılması gereken işlemleri düzenlemektedir. Buna göre; Talepte Bulunan Devlet gemiye çıkma işleminin sonucu olarak sözleşmede belirtilen bir suça ait delil elde ederse Bayrak Devletinden alınacak bir yetkilendirme belgesine bağlı olarak gemiyi, yükünü ve gemideki insanları alıkoymak yetkisine sahip

[99] Klein, 2011, s. 181

[100] Karska, Pedrozo, 2013, s. 835

[101] Fink, 2018, s. 146 ve Roach, Ashley J., Global Conventions on Piracy, Ship Hijacking, Hostage Taking and Maritime Terorrisim, içerisinde: Editör Beckmann, Robert, Roach Ashley, Piracy and International Maritime Crimes in ASEAN Prospects for Cooperation, NUS Center for International Law, 2012, ss. 38-61

olmaktadır. Bu doğrultuda Talepte Bulunan Devlet gemiye çıkma, arama ve alıkoyma faaliyetlerinin sonuçlarıyla ilgili olarak Bayrak Devletini vakit geçirmeden bilgilendirecektir. Protokol 8*bis*(8) maddesi gereğince bütün gemiye çıkma halleri için Bayrak Devleti, alıkonulan gemi yükü veya üzerindeki diğer madde veya şahıslar hakkında el koyma, müsadere, tutuklama ve cezai kovuşturmayı içeren yargı yetkisini kullanma hakkını haiz olduğunu, ayrıca yasaları çerçevesinde diğer herhangi bir devletin yargılama yetkisine rıza gösterebileceği düzenlenmekle 1982 B.M.D.H sözleşmesi 91 ve 92. maddeleri ile 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi 5. ve 6. maddelerine uygun bir düzenleme ortaya koyduğu kabul edilmektedir.[102] Bazı yazarlara göre diğer tüm çok taraflı sözleşmelerden daha güçlü ve kapsamlı yetkiler vermesine rağmen 2005 SUA protokolünde bulunan açıkça verilmesi gereken rızaya dayalı olarak yapılan gemiye çıkma harekatının hala daha zayıf olduğu ileri sürülmektedir.[103] Ayrıca 2005 SUA protokolünden, devletlerin birbirleriyle istihbarat paylaşımı, istek ve kararlılığına bağlı olarak etkin bir şekilde faydalanılabileceği, Güvenlik Konseyinin 1540 ve 1373 sayılı kararları, SUA sözleşmesi ve 2005 protokolünün tek başına etkili bir hukuk ve güvenlik sistemi oluşturmadığı; bunun için devletlerin ulusal hukuklarını, uluslararası iş birliğini ve kaynaklarını bu doğrultuda kullanmalarına bağlı olduğu kabul edilmektedir.[104]

Netice itibariyle 2005 SUA protokolü açık denizde bayrak devletinin münhasır yetkileri ile ilgili geleneksel ilkenin yeni bir istisnasını yaratmaktadır. Birinci bölümde açıklanan 1982 B.M.D.H sözleşmesinin 110. maddesinde tanımlı ziyaret hakkının uygulamasından farklı olarak 2005 SUA protokolünde bayrak devletinin rızasına dayalı bir gemiye çıkma harekâtı prosedürü benimsenmiştir. Bu rızanın alınması hususunda yukarıda açıklanan *ad hoc* temelde alınan rıza haricindekilerin uluslararası deniz hukukuna uygunluğu hususunda geniş bir uzlaşı sağlanamamıştır. Bu nedenle denizlerin serbestliği ve bayrak devleti ilkelerini zedelediği inancıyla çok kısıtlı sayıdaki devlet tarafından benimsenmiştir.[105] Protokolü imzalayan taraf devletlerden Türkiye dahil bazı devletler açık denizde önceden verilmiş rızaya dayalı olarak yapılan gemiye çıkma harekâtına ilişkin prosedürü kabul etmemiştir. Bu durum ise 2005 SUA protokolünün etkililiğini azaltmaktadır. Öte yandan Bayrak Devleti ile Talepte Bulunan Devlet arasında yetkilendirme hususu ile ilgili çıkabilecek uyuşmazlıkların

[102] Karska, Pedrozo, 2013, s. 836

[103] Karska, Pedrozo, 2013, s. 835 ve Fink, 2018, s. 149

[104] Guilfoyle, 2009, s. 261

[105] 1988 SUA sözleşmesini kabul eden devlet sayısı ile 2005 SUA protokolünü kabul eden devlet sayısı arasındaki geniş farka ve yıllara göre imzalayan devletler, tarihler, çekincelerine ilişkin detaylı bilgiler için bakınız

(https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Status%20-%202021.pdf, çevrimiçi, e.t:08/09/2021)

çözümü konusundaki hükümlerinde eksiklik bulunması uygulamada suiistimale yol açabileceği endişesini arttırarak hukuki güvenilirliği ve öngörülebilirliği zedelemektedir. Dolayısıyla bir sonraki deniz hukuku konferansında ziyaret hakkının uygulanabileceği yeni bir deniz güvenliği tehdidi olarak kabul edilmesi tartışılan denizde kitle imha silahlarının yayılma tehlikesine karşı açık denizde müdahale hareketlerine ilişkin bu istisnanın geliştirilmesi sürecinde söz konusu eksiklik ve tartışmalı hususlara dikkat edilmesi beklenmektedir.

SONUÇ

Dünya nüfusu sürekli artmakta ve buna bağlı olarak insanlığa daha fazla enerji, besin ve dolayısıyla tüketim ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu hayati ihtiyaçların karşılanabilmesi için en düşük maliyetli yöntem olan deniz taşımacılığı önemini gittikçe arttırmakta ve son 50 yıllık dönemde katlanarak büyüdüğünü göstermektedir. Bu haliyle son verilere göre dünya küresel ticaretinin büyük çoğunluğunun denizler vasıtasıyla gerçekleştiği görülmekle deniz ticaretinin önemi daha da iyi anlaşılmaktadır. Hugo Grotius'un *Mare Liberum* adlı eserinde ileri sürdüğü denizlerin serbestliği ilkesi bu gelişimde belirleyici unsur olmuştur. Çünkü içerisinde bulunduğu dönemde denizlerde sadece belirli devletlerin egemenliğinin olması, bu devletlerin monopol olmasına ve devamında denizlerden yararlanamayan devletlerin ve uluslarının sömürülmesi sonucunu doğurmuştur. Buna karşılık Hugo Grotius, uluslararası hukukun da temel fikirlerini oluşturduğu devletlerin egemen eşitliği ve ticari, gelişme ve güvenlik konularında karşılıklı bağımlılıkları hususlarındaki düşüncelerini ortaya koymasıyla her ulusun başka bir ulusa seyahat etmekte ve onunla ticaret yapmakta özgür olacağını ileri sürmüştür. Bu düşüncelerin altında yatan temel fikir serbest ticaret ortamının sağlanmasıdır. Nitekim uluslararası deniz hukuku da bu fikre dayanarak gelişmiş, bugün açık denizler olarak adlandırılan dünya denizlerinin büyük çoğunluğunu oluşturan deniz bölgesi herkesin üzerinde serbestçe seyredebileceği şekilde hukuki statüsünü kazanmıştır. Ancak bu serbestlik başıboşluk anlamına gelmemektedir. Çünkü denizlerde meydana gelebilecek bir güvenlik zafiyeti, tedarik zincirinin bozulmasına ya da lojistik bağlantı noktaların kopmasına sonuç olarak da insanlık için hayati düzeyde zayiata neden olabilmektir. Bu nedenle deniz ticaretinin korunması ve güvenliğinin sağlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu fikir esasen denizlerin serbestliği ilkesine aykırı değil tam aksine Hugo Grotius'un da kabul ettiği gibi devletlerin ticari, gelişim ve güvenlik konularındaki karşılıklı bağımlılıklarının bir sonucudur. Ancak bu noktada denizlerin güvenliğinin nasıl sağlanacağı tartışması çıkmaktadır. Denizlerdeki farklı bölgelerin farklı hukuki rejimlere tabi olduğu göz önüne alındığında özellikle herhangi bir devletin üzerinde egemenlik kuramadığı açık denizlerde güvenliğin sağlanması hususunda bazı tereddütler bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak teamül hukukundan doğan, 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi ve 1982 B.M.D.H sözleşmelerinde

yazılı hale getirilen ziyaret hakkı deniz güvenliğinin tehdit edildiği istisnai hallerde uygulama kabiliyeti bulmaktadır. Ancak deniz güvenliğine yönelik tehditler gelişen teknoloji ve ihtiyaçlar doğrultusunda değişmektedir. Denizlerin anayasası olarak kabul edilen 1982 B.M.D.H sözleşmesi 110. maddesi ilk cümlesinde *''antlaşmanın verdiği yetkilerden doğan müdahale hareketleri saklı kalmak üzere''* demek suretiyle söz konusu tehditlerin güncel ihtiyaçlar doğrultusunda uluslararası antlaşmalar sayesinde çoğaltılabileceğini öngörmüştür. Bu noktada güncel bir deniz güvenliği tehdidi olarak kabul edilen Kitle İmha Silahlarının Yayılması hususunda uluslararası hukuktaki çalışmalar dikkat çekmektedir. Birleşmiş Milletler 1992 yılında Kitle İmha Silahlarının yayılmasını bir uluslararası güvenlik tehdidi olarak kabul etmiş, sonrasında meydana gelen 11 Eylül saldırısı sonucunda devlet-dışı aktörlerin kitle imha silahlarını terörist saldırılarda kullanabilme ihtimaline karşılık Güvenlik Konseyi kararları ile uluslararası iş birliği çağrısı yapmıştır. Devletlerin egemenliğinin olduğu deniz bölgeleri ve egemen yetkilerini kullandığı deniz bölgelerinde olumlu sonuçları görülen Kitle İmha Silahlarının Yayılmasına Karşı Güvenlik İnisiyatifi, Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kodu (ISPS Code) ve Konteyner Güvenliği İnisiyatifi (CSI) bu çabaların sonucudur. Öte yandan bu güncel deniz güvenliği tehdidine karşı açık denizlerde uygulanacak tedbirler yönünden ABD ile 11 kolay bayrak devletinin imzalamış olduğu karşılıklı anlaşmalar ve yine ABD öncülüğünde 1988 SUA sözleşmesinde 2005 protokolüyle yapılan değişiklikte açık denizde yabancı bayraklı ticaret gemisine yönelik gemiye çıkma, arama, elkoyma gibi tedbirleri içeren müdahaleler bu hususta tartışma barındıran gelişmelerdir. Çünkü dikkat çekeceği üzere açık denizlerde güvenliğin sağlanması problemi belirli devletlerin güvenlik endişeleri kaynaklı ve bir çeşit kolluk faaliyeti şeklinde değil, Hugo Grotius'un ileri sürdüğü şekilde devletlerin karşılıklı bağımlılıklarının bir sonucu olarak iş birliğine dayalı olarak gelişmelidir. Bu noktada biyolojik, kimyasal ve nükleer maddelerin çift kullanımlı yapısı, bilimsel gelişmeler bağlamında devletler arasında transferine bir engel bulunmaması ve aynı zamanda Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması (NPT) gereğince bazı devletlerin bu maddeler kapsamında geliştirilen silahlara sahip olma yetkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde kitle imha silahlarının yayılmasına karşı açık denizde geliştirilen tedbirlerin uluslararası hukuka uygunluğu konusunda tartışmaları arttırmaktadır. Aynı şekilde denizde uyuşturucu madde kaçakçılığının engellenmesi hususunda çok sayıda devletin anlaşması sonucunda ortaya çıkan 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine benzer bir ortak iradenin kitle imha silahları hakkında henüz geliştirilememesi bu tartışmaların bir sonucudur. Sonuç olarak B.M Güvenlik Konseyi konuyla ilgili kararlarının zaman sınırlaması olmayan, genel, soyut bir yasa biçiminde ve denizlerde devletlere geniş yükümlülükler yükleyecek şekilde gelişmesi, 2005 SUA protokolünde öngörülen açık denizde müdahale yetkilerine ilişkin benimsenen prosedür bir bütün olarak değerlendirildiğinde uluslararası

deniz hukukunun çalışmada açıklanan geleneksel ilkelerinin daraltıldığı değerlendirilmektedir. Ancak her halde öznesinin devlet-dışı aktörler olduğu ve kitle imha silahlarının açık denizlerde taşınması, ticareti veya bu silahlarla yapılacak her türlü saldırı deniz güvenliğini tehdit etmektedir. Bu noktada tüm devletlerin ve uluslarının ortak menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu tehdidin engellenmesi amacıyla uluslararası hukukun açıklanan kaynakları kullanılmalı ve geliştirilmeli, ancak tüm bu çabada denizlerin serbestliği ve Bayrak Devleti ilkeleri göz önünde tutularak dikkatle tatbik edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akdoğan, Erkan, 21. Yüzyılda Yeni Silah Teknolojileri, Silahların Kontrolu ve Uluslararası Hukuk" Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2010

Bueger, Christian, Edmunds, Timothy, "Beyond Seablindness: a new agenda for maritime security studies", içinde: (ed. Galani,Sofia, Evans, Malcom D.) Maritime Security and the Law of the Sea: Help or Hindrance?, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK Northampton, MA, USA, 2020

Corthay, Eric, "Terrorist Threat on the High Seas Analysis of Some Aspects of the Right of Visit and Self-Defense" Indonesian Journal of International Law, C.14, S.2, 2017, ss.151-183

Çağlayan, Sezai "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları Nedir, Nasıl Okunur?", TAAD, C.12, S.46, 2021, ss:455-476

Doğanalp, Tuğba, "Uluslararası Hukukta Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanmaya Yönelik Girişimler", Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.3, S.4, 2016, ss.15-28

Dokos, Thanos P., Countering the Proliferation of Weapons of Mass Destruction: NATO and EU Options in the Mediterranean and the Middle East, Routledge, Newyork, 2008

Douglas, Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea,* Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2009

Graham, Thomas, *Common Sense on Weapons of Mass Desturction,* University of Washington Press, Seattle, London, 2004

Fink, Martin, "Maritime Interception and the Law of Naval Operations: A Study of Legal Bases and Legal Regimes in Maritime Interception Operations", T.M.C. Asser Press, The Hague, 2018

Joyner, Daniel H., "The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counterproliferation, and International Law" The Yale Journal of International Law, C.30, S.2, 2005, ss.507-548

Karska, James, Pedrozo, *Raul, International Maritime Security Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013

Klein, Natalie, "The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation" Denver Journal of International Law&Policy, C.35, S.2, 2007, ss.287-332

Klein, Natalie, *Maritime Security and the Law of the Sea, Oxford University Press,* Oxford, New York, 2011

Kibaroğlu, Mustafa, "Kitle İmha Silahları ile Terör: Kıyametin Yeni Eşiği mi?" Avrasya Dosyası, C.12, S.3, 2006, ss. 119-137

Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku,* Beta, İstanbul, 2020, 6. Baskı

Mowatt-Larsen, Rolf, "Al Qaeda Weapons of Mass Destruction Threat: Hype or Reality?" Harvard Kennedy School Belfer Center for Science and International Affairs, 2010

Nincic, Donna J.. "The Challenge of Maritime Terrorism: Threat Identification, WMD and Regime Response", Journal of Strategic Studies, C.28, S.4, 2005, ss. 619-644

Özdemir, A., Uluslararası Sistemdeki Etkin Aktörlerin Iran'ın Nükleer Programına Yaklaşımları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Harp Akademileri Strateji ve Stratejik Araştırmalar Ana Bilim Dalı, Istanbul. 2013

Özgür, Salih, Soğuk Savaş ve Sonrası Dönemde Kitle İmha Silahları ve Silahsızlanma Çabaları, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Isparta, 2006

Papastavridis, Efthymious, "The Right of Visit on the High Seas in a Theoretical Perspective: Mare Liberum versus Mare Clausum Revisisted" Leiden Journal of International Law, C. 24, S. 1, 2011, ss. 45-70

Pilcher, Nick, "The Islamic State's Ability to Acquire Biological Weapons and Western Nations' Response Mechanisms" Journal of Biosecurity, Biosafety & Biodefense Law, C.4, S. 1, 2017, ss.95-109

Pinto, Moragodage C.W., "Hugo Grotius and the Law of the Sea" ss. 18-47, s.18 içinde: Editör Castillo, Lilian D., Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: liber amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015

Roach, Ashley J., Global Conventions on Piracy, Ship Hijacking, Hostage Taking and Maritime Terorrisim, içerisinde: Editör Beckmann, Robert, Roach, Ashley, Piracy and International Maritime Crimes in ASEAN Prospects for Cooperation, NUS Center for International Law, 2012

Saul, Ben, *Defining Terrorism in International Law,* Oxford University Press, Oxford, New York, 2008

Scovazzi, Tuillo, "The Origin of the Theory of Sovereignty of the Sea" ss. 48-63, içinde: Editör Castillo, Lilian D., Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: liber amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015

Sohn, Louis B., Juras, Kristen Gusafson, Noyes, John E. Franckx, Erik, *The Law of the Sea in a Nutshell,* St. Paul, Minn: West, 2010, Second Edition

Toluner, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri (Devletin Yetkisi),* Beta, İstanbul, 1984, 3. Baskı

Topal, Ahmet H., "Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri", AÜHFD, C.59, S.1, 2010, ss. 99-130,

Udum, Şebnem, "11 Eylül Sonrası Kitle İmha Silahları Terörizmi Tehdidi ve Uluslararası Karşılıklara Bir Örnek: Nükleer Emniyet Rejimi", Turkish Studies, C. 13, S. 3, 2018, ss.765-782

Waisberg, Tatiana, "The Treaty of Tordesillas and the (Re)Invention of International Law in the Age of Discovery" Meridiano 47- Journal of Global Studies, S.18, 2017, ss. 1-12

Walker, George K.(Ed), *Definitions for the Law of the Sea Terms Not Defined by the 1982 Convention,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012

Wolfrum, Rüdiger, "The Freedom of Navigation: Modern Challenges Seen from a Historical Perspective" ss. 89-103, s. 92 içinde: Editör Castillo, Lilian D., Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: liber amicorum Judge Hugo Caminos, Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 2015

Yoshifumi, Tanaka, *The international Law of the Sea,* Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2019, Third Edition

ÇEVRİMİÇİ KAYNAKLAR

Council of Europe, Agreement on Illicit Traffic by Sea, implementing Article 17 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 31 January 1995 European Treaty Series-No.156, (https://rm.coe.int/168007cdab, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

International Maritime Organization (IMO), International Convention for the Safety of Life At Sea, 1 November 1974, 1184 UNTS 3, (https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS),-1974.aspx ,çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

International Maritime Organization (IMO), Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, 14 October 2005, (https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/SUA-Treaties.aspx , çevrimiçi, e.t:03/09/2021)

Introduction to the International Maritime Organization, The International Maritime Organization, (https://www.imo.org/en/About/Pages/Default.aspx, çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

Kimyasal Silahlar Sözleşmesi, Resmi Gazete Tarihi: 03/05/1997, Resmi Gazete sayısı:22978, (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22978_1.pdf , Çevrimiçi, e.t: 30/08/2021),

National Strategy to Combat Weapons of Mass Destruction, White House, Washington DC, December 2002, (https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/12/20021211-8.html, https://irp.fas.org/offdocs/nspd/nspd-wmd.pdf, Çevrimiçi, e.t: 02/09/2021)

Note by the President of the Security Council, The Responsibilty of the Security Council in the Maintenance of International Peace and Security, S/23500, New York, 31 Jan. 1992, (https://undocs.org/S/23500, Çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması, Resmî Gazete Tarihi: 10/04/1997, Resmi Gazete sayısı:16605, Antlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun (https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc062/kanuntbmmc062/kanuntbmmc06202225.pdf , Çevrimiçi, e.t: 30.08.2021),

Review of Maritime Transport 2020, United Nations Conference on Trade and Developtment, United Nations 2021, Birleşmiş Milletler Yayını E.20.II.D.31, s.4 (https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2020_en.pdf, çevrimiçi, e.t: 30/08/2021)

Statement of Interdiction Principles, Proliferation Security Initiative, 4 September 2003 (https://www.mofa.go.jp/policy/un/disarmament/arms/psi/state.pdf, çevrimiçi, e.t: 02/09/2021)

The Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, United Nations, 13 January 1993,(https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention, çevrimiçi, e.t:03/09/2021)

The Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction, United Nations, 10 April 1972, (https://www.un.org/disarmament/biological-weapons, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021),

The Ocean Conference, United Nations, New York, 2017, (https://www.un.org/sustainabledevelopment/wp-content/uploads/2017/05/Ocean-fact-sheet-package.pdf, Çevrimiçi, e.t:31/08/2021)

Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, United Nations, 1 July 1968 (https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

UN Economic and Social Council (ECOSOC), United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 19 December 1988, (https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html , çevrimiçi, e.t:03/09/2021)

UN General Assembly, Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 10 March 1988, No. 29004, (https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/SUA-Treaties.aspx , çevrimiçi, e.t:03/09/2021)

UN General Assembly, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 15 November 2000, (https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf ,çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

UN Security Council, S/RES/1373, Security Council Resolution 1373 (2001) (on threats to international peace and security caused by terrorist acts), 28 Sep. 2001, (https://undocs.org/en/S/RES/1373(2001) , çevrimiçi, e.t:31/08/2021)

UN Security Council, S/RES/1540, Security Council Resolution 1540 (2004) (concerning weapons of mass destruction), 28 Apr. 2001, (https://undocs.org/S/RES/1540(2004) , çevrimiçi, e.t:31/08/2021)

Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 17. Md, Resmi Gazete Tarihi: 11/02/1996, Resmi Gazete sayısı:22551, (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22551.pdf, Çevrimiçi, e.t: 30.08.2021)

Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020163535156_ing.pdf, çevrimiçi, e.t: 03/09/2021)

KİTAP DEĞERLENDİRME

OSMANLI HUKUKÇULARI GÖZÜNDEN TABİİYET HUKUKU KİTABININ İNCELENMESİ

The Review of Nationality Law From the Ottoman Jurists Perspective

Cemil Caca ARSLAN*

Özet: Türk hukukundaki tabiiyet ve vatandaşlık hukukuna dair gelişmeler Türk siyasi tarihinde ciddi dönüşümlerle eş zamanlı olarak ilerlemiştir. Türk modernleşmesi çerçevesinde çıkarılan Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesine kadar İslam hukuku çerçevesinde yapılan tabiiyet tavsifleri; ilgili kanunnamenin ihdasının akabinde modern hukuk çerçevesine oturmuştur. Bu dönüşüm elbette Osmanlı hukukçuları ve siyasi meselelere müzahir aydın kesim arasında da çeşitli tartışmaları alevlendirmiştir. Hiç şüphesiz ilgili dönüşüm Osmanlı İmparatorluğu'nun içinde bulunduğu siyasi ahval ile doğrudan ilgilidir. İlgili dönemde gerçekleşen tartışmalar, ikili bir hukuk anlayışının ve İmparatorluğun geleceğine dair ciddi siyasi kaygıların sonucudur. Bu tartışmaların izlerini geçiş döneminde görmek de mümkündür. Mezkur tartışmalar, derlenmek suretiyle, niteliği ve önemi de göz önünde bulundurularak Adalet Bakanlığı Yayınları tarafından "Hukuk Birikimleri Serisi" çerçevesinde transliterasyonunu tamamlamak suretiyle basılmıştır. İncelememiz; mezkur derlemenin ihtiva ettiği eserlerin Türk tabiiyet hukuku ve Türk siyasi tarihi bağlamındaki kıymetini tespit edip ilgili eserin transliterasyonunun güncel tartışmalara katkısını ele almaktan ibarettir. Çalışmanın diğer alanlara yönelik katkısı ve doğurabileceği diğer sorular da incelemenin konusudur.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı Tabiiyet Hukuku, Türk Vatandaşlık Hukuku, Anayasa Hukuku, Türk Hukuk Tarihi, Transliterasyon

Abstract: Developments on Turkish nationality law are coordinated with developments on Turkish political history. Until "Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi" (Ottoman Nationality Law), which was enacted during Turkish Modernization, nationality was defined under Islamic law. Due to enactment of "Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi" nationality was begun to defined under a modern frame. This transformation has flamed up the discussions among Ottoman jurists and the intellectuals who are engaged to political matters. There is no doubt that this transformation is highly related to Ottoman Empire's political situation. Discussions of that time are consequences of a dualist legal system and the anxiety over the future of the Empire. It is possible to track this transformation during the related phase. Mentioned discussions have been collected and transliterated by Adalet Bakanlığı Yayınları as a book under the book series called "Hukuk Birikimleri Serisi"; in accordance the importance and the quality of the related discussions. This review has written in order to ascertain the importance of the book under the context of Turkish nationality law and Turkish political history and to evaluate the contribution of the transliteration to the contemporary discussions. Book's contribution to the other academic fields and the new questions that are enabled by the book will be also on the scope of the review.

Keywords: Ottoman Nationality Law, Turkish Citizenship Law, Constitutional Law, Turkish Legal History, Transliteration

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Doktara Öğrencisi, cemilcaca@gmail.com, ORCİD: 0000-0002-9469-2989

GİRİŞ

Türk hukuk doktrini açısından önemi maruf telif ve tercüme eserlerin bir kısmının zaman geçtikçe ihmal edildiği bir gerçektir. Hukuk pratiği ile uyum meselesini haddin ötesinde bir seviyede tatbik eden dikkatin bir neticesi olarak ortaya çıkan bu ihmal, Adalet Bakanlığı'nın Hukuk Birikimleri Serisi'nin yoğun çalışmaları neticesinde telafi edilmeye başlamıştır. 2019 yılında Fabreguettes'in "Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı" adlı eserinin tercümesi ile başlayan serinin beşinci kitabı "Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku" adıyla bir derleme eser olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mezkur eser, Tanzimat döneminde ve bilhassa Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'nin akabinde tabiiyet hukukuna dair gerçekleştirilen araştırma ve tartışmaları bünyesinde toplamaktadır. Derlemede yer verilen eserlerden ikisinin telif tarihinin Cumhuriyetin ilanına kadar uzanması ise derlemeyi Türk hukukundaki tabiiyet tartışmalarını etraflı bir şekilde alan kıymetli bir eser hâline dönüştürmektedir. Bu sayede hem Tanzimat hem de Cumhuriyetin Türk hukukundaki tabiiyet anlayışına olan tesirinin izlerini sürmemiz muhtasar bir eserin aracılığıyla mümkün hâle gelmiştir. Bünyesinde biri şerh, biri monografi olmak üzere ikisi kitap ve beşi makale olmak üzere yedi kıymetli esere yer veren bu çalışma; titiz bir transliterasyon sürecinin sonunda ortaya çıkmıştır. Yalın bir transliterasyon gayretinin ötesine geçen çalışma; ihtiva ettiği eserlerin atıfta bulunduğu uluslararası sözleşme, emirname ve tahrir gibi mevzuat hükümlerine dair dipnot aracılığıyla bilgi sunmak ve çalışmanın sonuna günümüzde kullanılmayan terimleri içeren bir lugat eklemek suretiyle ilgili eserler için teknik anlamdan bir bağlam oluşturulmuştur.

Bu yazıda öncelikle tabiiyet hukukunun tarihsel gelişimine kısa bir değinme gerçekleştirilecektir. Tabiiyet hukukunun oluşumu ve hangi esaslar çerçevesinde geliştiği netice itibariyle hangi modern ilkelerin bağlamına oturtulduğu bir tartışma konusu hâline getirilecektir. Oluşturulan çerçeve bağlamında tabiiyetin Osmanlı İmparatorluğunda nasıl bir sorun hâline geldiğinin anlaşılmasının akabinde yazımız, ilgili çalışmanın muhtevasını incelemeye başlayacaktır. Öncelikle transliterasyon sürecinin nasıl işlediğinin açıklanacaktır. Bu inceleme çerçevesinde çalışmanın ihtiva ettiği eserleri tek tek ele almak yerine; ilgili eserlerin bir bütün hâlinde mahiyeti ve kıymeti tartışma konusu hâline getirilecektir. Elbette ki çalışmayı teşkil eden eserlere dair gerekli izahatı vermeden çalışmanın bir bütün hâlindeki mahiyetinin anlaşılması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle ilgili eserlere dair gerekli bilgiler bir bütünü incelemek maksadıyla yazı boyunca paylaşılacaktır. Bu bağlamda Osmanlı İmparatorluğunda modern anlamda tabiiyet hukukuna dair bir ihtiyacın neden doğduğu, Tanzimat akabinde yapılan düzenlemelerin bu ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, Osmanlı entelektüellerinin ilgili düzenlemelere olan bakışı, önerileri ve tenkitleri de yazımızda cevap aradığımız ikincil sorulardır. Mezkur

sorular marifetiyle çalışmanın Osmanlı Tabiiyet Hukuku ve Türk Vatandaşlık Hukukuna olan katkısını tespit etmek niyetindeyiz.

I. TABİİYET HUKUKUNA DAİR

Vatandaşlık, kişi için ayırıcı bir hukuki statüdür. Kişinin bir devlet ile kurduğu aidiyet ilişkisini ifade ederken; aynı zamanda o kişiyi yabancılardan ve vatansızlardan ayırır[1]. Kişilerin serbest dolaşımının bir ilkeye dönüşmesiyle birlikte ortaya çıkan devletle aidiyet bağını ihdas etmiş olanlar ve diğerleri arasındaki ayrım ihtiyacının akabinde vatandaşlık, 18.yy'ın sonu ve 19.yy'da bir hukuki düzenleme konusunu teşkil etmiştir[2]. Elbette bu ihtiyaçların doğmasında savaşların değişikliğe uğraması ve zorunlu askerlik müessesinin ortaya çıkmasıyla birlikte Fransız Medeni Kanunu'nun etkisiyle kimin hangi kanuna tabi olacağı sorunun doğması ve dolayısıyla vatandaş ile yabancı arasındaki ayrımın daha net bir şekilde yapılması ihtiyacının da etkisi son derece fazladır[3]. Modern anlamda vatandaşlığın ise ilk kez Prusya Vatandaşlık Kanununda ortaya çıktığını ve ilgili kanundaki prensiplerin günümüzde korunmaya devam ettiğini de eklemeliyiz[4].

Modern anlamıyla olmasa da vatandaşlık kurumu insanlık tarihinin en eski safhalarına kadar götürülebilir. Bununla birlikte elbette insan eliyle inşa edilen her kurum gibi vatandaşlığın da mahiyeti aynı kalsa dahi ihtiva ettiği anlam değişmiştir. Eski Yunan'da ve Roma'da vatandaşlığın dayandığı temel ilişki dini ritüellere katılabilme hakkıdır[5] (Fişek, 3). Bir başka deyişle vatandaşlığı, dini aidiyet belirler. Dini aidiyetin site temelli kurulması da yabancıların vatandaşlığa alınmasının önündeki temel engel olmuştur; zira yabancıların dini ritüellere katılmaya hak kazanması pagan toplumlar tarafından kendi dinlerine yönelik büyük bir hakaret olarak algılanmaktaydı[6]. Dolayısıyla vatandaşlığı belirleyen dini aidiyet pratik yönden bir kan esasına dönüşmüştü; zira ritüellere yalnızca o sitede doğan ve babası da o sitede doğmuş kişiler katılabiliyordu. Bununla birlikte birkaç yüzyıl sonra Roma İmparatoru Caracalla'nın fermanı ile Roma toprakları üzerinde yaşayan herkes Roma vatandaşı ilan edilmiş ve kan esasından toprak esasına geçilmiştir[7] Modern zamanlara kadar devam eden bu anlayış,

---

1 Erdem, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 3

2 Topçuoğlu, Ali Aslan, "Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukuki Temeli", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 3, 2012, ss.186

3 Fişek, Hicri, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s. 4-5

4 Göğer, Erdoğan, *Türk Tâbiiyet Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 15

5 Fişek, 1959, s. 3

6 Topçuoğlu, 2012, s. 187-188

7 Göğer, 1972, s. 14

monarşilerin güçlenmesiyle birlikte monarka sadakate dayanan bir anlayışa evrilmiştir[8]. Devletlerin sekülerleşmeye başlamasıyla birlikte ise vatandaşlık kavramı günümüzdeki çerçevesine oturmaya başlamıştır[9].

1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesi'ne kadar gelinen süreçte Osmanlı İmparatorluğundaki vatandaşlık anlayışının Roma kökenli toprak esasından etkilendiğini söylemek mümkündür[10]. Gayrimüslimler dahi İslam ülkesinde yaşamayı ve İslam ülkesinin kurallarını kabul etmeleri itibariyle zimmet akdi çerçevesinde İslam ülkesinin vatandaşı olarak kabul edilirler[11]. Müslümanlar ise her nerede yaşarlarsa yaşasınlar İslam ülkesinin vatandaşı kabul edilirken müstemenler, ehlüldarülharp olarak da bilinir ve İslam ülkesinde geçici surette bulunan gayrimüslimleri ifade eder[12]. Bu bağlamda Osmanlı ülkesinde yaşayan herkes Osmanlı tebasıdır; Osmanlı tebasının çocukları da Osmanlı ülkesinde doğmuş olmak kaydıyla Osmanlı tebasıdır[13]. İlgili ilkelerden ve kavramlardan da anlaşılacağı üzere Osmanlı İmparatorluğu da tabiiyet ve vatandaşlık meselesini toprak esasına dayanarak ihdas etmiştir.

Tanzimat sürecine girilmesiyle birlikte Osmanlı bürokrasisinde Müslim, zımmi ve harbi gibi kavramların bırakıldığını ve bunun yerine tebe'a-i Devlet-i Aliyye ile ecnebi gibi kavramlara geçildiğini görmek mümkündür[14]. Bu bağlamda yukarıda belirtildiği şekliyle kullanılan toprak esasının dini nosyondan sıyrılmaya başladığını görüyoruz. İlgili kanunnamenin bununla da kalmayıp toprak esasını son derece zayıflatıp vatandaşlığın kazanılmasında kan esasına ağırlık vermesi de yine göze batan bir başka nokta olarak karşımızda. Avrupa'daki gelişmeleri son derece iyi bir şekilde takip eden Osmanlı İmparatorluğu; kapitülasyonların yargı üzerinden egemenlikte doğurduğu yabancı etkiyi gözetmek suretiyle 1869 yılında Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesini neşretmiştir[15]. Bu kanunname ile Osmanlı İmparatorluğu'nun tabiiyet ve vatandaşlık meselesinde modern döneme geçişinin izleri açıktan izlenebilir hâle gelmiştir. Bir başka deyişle ilgili kanunnamenin ilanı ile birlikte Göğer'in[16] tespit ettiği Roma hukukunun izlerinin seyreldiğini ve İslam hukukuna dair temel ayrımların da bir anlamda zayıfladığını müşahede edebiliyoruz. Elbette ki her meselede

---

8 Topçuoğlu, 2012, s. 5

9 Fişek, 1959, s. 4

10 Göğer, 1972, s. 14

11 Topçuoğlu, 2012, s.7

12 Topçuoğlu, 2012, s.7

13 Topçuoğlu, 2012, s.7

14 Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi,* II "C", Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 335

15 Fişek, 1959, s. 6

16 Göğer, 1972, s.14

olduğu gibi bu meselede de değişim Kanunnamenin ilanı ile birlikte Osmanlı hukukçuları arasında da bir dizi tartışmalar gerçekleşmiş ve bu alanda literatür zenginleşmiştir. Osmanlı hukukçuları kanunnamenin ihdasından önceki tartışmalarında da mahmiler meselesinden bahisle ilgili kanunnamenin doğru bir şekilde çıkarılmasının nasıl bir zaruriyet tesis ettiğini ele almışlardır[17]. Geçiş döneminin yanında dönemin uluslararası siyaset çerçevesinde oluşan şartları gereği modern anlamda bir tabiiyet hukukunun olmaması; Osmanlı İmparatorluğu açısından bir egemenlik sorununa dönüşmüş ve çalışma genelinde de göreceğimiz üzere tabiiyet meselesi pratik hukuki uyuşmazlıklardan ziyade doğrudan bu egemenlik meseleleriyle bağlantılı olarak ele alınmıştır. İncelemeye konu olan kitabın da bu tartışmaların transliterasyonunu sağlaması itibariyle vatandaşlık hukukunun tarihi bağlamına dair kıymetli bir katkı sunduğu aşikardır.

II. "OSMANLI HUKUKÇULARI GÖZÜNDEN TABİİYET HUKUKU" ÇALIŞMASININ MUHTEVASI

A. ÇALIŞMANIN İHTİVA ETTİĞİ ESERLERİN TRANSLİTERASYONU

Çalışma, eski harflerle yazılmış Türkçe eserlerden teşekkül etmiştir. Dolayısıyla ilgili çalışmanın ilk adımı; ihtiva ettiği eserlerin transliterasyonunun sağlanması ve mevcut alfabeye çevrilmesi olmuştur. Transliterasyon çalışması esnasında Türk Tarih Kurumunun güncel yayın ilkelerini ihtiva eden "Çeviriyazı Metinlerde Uyulacak Esaslardan" faydalanılmıştır[18]. Bununla birlikte çalışma boyunca eserlerin orijinal hallerinde eksik yahut günümüz itibariyle izahat gerektiren hususlar ise çeviren notu ile dipnotta açıklanmıştır. Çalışmanın kendi ifadesiyle gerçekleştirilen gayret hafifletilmiş bir transkripsiyona denk gelmektedir[19].

Çalışmanın transliterasyonunda ilgili çalışmaların Türk Hukuk Tarihi disiplini ile olan iltisakı da göz önünde bulundurularak bazı eklemeler yapılmıştır. Öncelikle eserlerin özeti verilmek suretiyle okuyucuya eserlerin kendilerinden ne beklenilmesi gerektiği ve eserlerin önemi izah edilmiştir. Bu sayede okuyucunun eserlerin bir bütün olarak hangi bağlamda teşekkül ettiğini anlaması sağlanmıştır. İkinci olarak ise müelliflere ve eserlerin yayınlandığı yayımlara dair biyografik bilgiler sunulmuştur. Bu özellik sayesinde ise eserlere vücut veren müelliflere ve eserlerin yayınlandığı yayımlara dair derinlemesine

[17] Yeni Osmanlılar Cemiyeti, "Tabiiyet-i Osmâniyye", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 101

[18] Kılınç, Ahmet, "Takdim", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 16

[19] Kılınç, 2021, s. 16

bir anlayış sağlanmıştır. Dolayısıyla okuyucunun ilgili eserleri uzayda tek başına var olan soyut bir metin olarak algılamasının önüne geçilmiş ve gerekli tarihi-içtimai bağlam tesis edilmiştir. Üçüncü özellik ise yukarıda da bahsedildiği üzere transliterasyonu gerçekleştirilen eserlerde atıf yapılan mevzuat hükümlerine dair gerekli bilgiler dipnotta açık bir şekilde verilmiştir. Bu sayede de eserin normatif düzlemde dayandığı bağlam okuyucuya sağlıklı bir şekilde aktarılmış ve dönemin soyut normlar çerçevesindeki arka planı başarıyla çalışmanın geneline yansıtılmıştır. Son olarak ise yine yukarıda bahsedildiği üzere çalışmanın sonunda bir lugata yer vermek suretiyle eserlerin ihtiva ettiği ve hâlihazırda pek kullanılmayan terimlerin mevcut karşılıkları okuyucuya aktarılmıştır. Dolayısıyla okuyucunun terimlerle intibakını sağlayamaması hâlinde ikincil bir kaynak kullanması mecburiyetinin önüne geçilmiş ve çalışmanın tek başına yeterli bir kaynak olması sağlanmıştır.

Varılan noktada çalışmanın transliterasyon bağlamında güncel ilkelere intibakını sağladığı ve mezkur gayretin büyük bir titizlikle yürütüldüğü ortadadır. Dil noktasında çalışma yalnızca hafif bir transliterasyon gayretiyle yetinmemiş; lugat da ekleyerek alana yönelik doğrudan bir ilgisi olmayan yahut da farklı bir sebeple zorluk çekmesi muhtemel okuyucuların eski terminolojiyle boğuşmasının önüne geçmiştir. Dahası, çalışma öncelikle eserleri özetleyerek bir bütün hâlinde okuyucunun eserden ne beklemesi gerektiğini ortaya koymuş ve böylelikle derlemenin sebeb-i hikmetini başarıyla okuyucuya aktarmayı bilmiş; akabinde ise müelliflerin biyografik bilgilerini ve yayımların tarihçelerini okuyucuya sunmak suretiyle eserlerin hangi şartlar altında yazıldığını izah ederek gerekli bağlamı tesis etmiştir. Son olarak ise çalışma, eserlerin telif edildiği dönemde yürürlükte olan ilgili mevzuata dair dipnotlar aracılığıyla bilgilendirmeler yapmak suretiyle okuyucuyu dönemin normatif bağlamına aşina hâle getirmiştir. Netice itibariyle ilgili çalışmanın transliterasyonunun eserleri farklı açılardan bağlama oturtmak hususunda başarılı olduğu ve de çalışmanın büyük bir titizlik sonucunda ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

B. SEÇİLEN ESERLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışma; biri monografi, biri şerh olmak üzere iki kitap ve beş makaleden teşekkül etmektedir. Bu eserlerin günümüze kadar herhangi bir surette transliterasyonunun yapılmamış olması ve hatta bazılarına daha önce değinilmemiş olması[20]; eserlerin gerek Türk hukuk doktrinine önemli katkılar yapabilme potansiyelini göstermektedir. Eserlerin günümüze kadar ihmal edilmiş olmasının altında yatan temel sebebin niteliksiz olmalarından ziyade ilgisizlik olduğu aşikardır; zira 19.yy sonu ve 20.yy başında tabiiyet hukukuna dair gerçekleştirilen

[20] Kılınç, 2021, s. 18

tartışmaların gündelik hukuk pratiğinde bir karşılığı olmadığı gibi bu tartışmalar ile meşgul olmak altından kalkması kolay bir iş değildir.

Çalışmada da belirtildiği gibi[21] ilgili alanı tarihi karakteri ile birlikte ele alan bazı eserler literatürde mevcuttur. Bununla birlikte ilgili eserler de Osmanlı Tabiiyet Hukukunu ana metinleri vesilesiyle ele alıp aktarmış ve dönemin karakteristiklerini aktarmamak suretiyle bağlamı tesis etmekte nâkıs kalmışlardır. Dolayısıyla bu yazının konusu olan çalışma, ilgili tartışmaları dönemin münhasır bağlamı içerisinde ele alması itibariyle literatürün geri kalanından ayrılmaktadır. Üstelik çalışmanın tabiiyet hukuku çerçevesinde cereyan eden saf siyasi yahut edebi meselelerden uzak kalıp dönemin hukukçularının ilmi perspektiflerini ortaya koymayı amaçlaması[22] ayrı bir kıymet unsuru olarak karşımızdadır. Dahası bu perspektifin başarıyla ortaya konmasıyla birlikte Tanzimat sonrası Osmanlı İmparatorluğunda hukuk bağlamında yaşanan karmaşa yahut ikili sistem daha sarih bir şekilde anlaşılabilmektedir. Bununla birlikte çalışmanın ihtiva ettiği eserler aynı zamanda Osmanlı hukukçularına yönelik popüler algıyı kırmakta da son derece etkilidir; zira müellifler, 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesini tartıştıkları esnada meselenin İslam hukuku ile uyumluluğunu ele alırken bir yandan da birçok ülkenin tabiiyet mevzuatını bir kıyas noktası olarak kullanmasını bilmişlerdir. Elbette ki bu durum dönemin ikili karakterinin yanında ilgili karakterin şans eseri oluşmadığının ve Osmanlı hukukçularının durumun farkında olmak suretiyle geniş çaplı okumalarla döneme eşlik ettiğini kanıtlar niteliktedir. Öte yandan eserlerin mevcut mevzuat çalışmalarını yer yer tenkit etmesi hatta eksik bulması da dikkate şayandır. Bu durumda Osmanlı entelektüel hayatının ne kadar hareketli olduğu ve oluşturulan kanunların da tenkitten mahfuz olmadığını ortaya koyar niteliktedir.

Çalışma bünyesinde konu edinilen kitaplardan ilki Nazîf Surûri'nin "Şerh-i Kanun-i Tabiiyet" adlı kitabıdır[23]. Nazîf Surûri ilgili kitabı bürokratik görevi devam ederken kaleme almıştır[24]. Dolayısıyla kitap bir Osmanlı hukukçusunun nazarına ek olarak aynı zamanda bir Osmanlı bürokratının meseleye nasıl baktığını izah etmeye kâbildir. Bu durum da kitaba yönelik ilgiyi artıran bir diğer unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik Nazîf Surûri'nin görev yeri olan Şûrâ-yı Devlet'in Osmanlı idaresindeki reformist konumu[25]; şerhi okurken daima hatrımızda tutmamız gereken kıymetli bir veri olarak karşımızdadır. Dolayısıyla reformist bürokrat ve hukukçuların yeni tabiiyet

[21] Kılınç, 2021, s. 17

[22] Kılınç, 2021, s. 18

[23] Surûri, Nazîf, "Şerh-i Kanun-i Tabiiyet", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 55-87

[24] Kılınç, 2021, s. 19

[25] Kılınç, 2021, s. 20

kanunnamesi hakkında neler düşündüklerinin daha da önemlisi bu kanunnameyi neden gerekli bulup nasıl meşrulaştırdıklarının izlerini takip etmemiz açısından ilgili şerhin son derece faydalı olduğu da aşikardır. Bu bağlamda ilgili eserin kıymeti Türk Hukuk Tarihinin de sınırlarını aşıp Türk siyasi tarihi alanına da girmektedir. Eser boyunca müellif, 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesini madde madde ele alıp şerh etmiştir. Akabinde ise müellif, seçtiği Avrupa ve Güney Amerika ülkelerinin yanında Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) de tabiiyet hükümlerini ele almıştır. Her ne kadar bu değerlendirme esnasında müellif atıf yapmasa da ilgili mevzuatı ele alış tarzından mevzuata hakim olduğu hiç değilse okuduğu anlaşılmaktadır. Eserin bu kısmı, bir Osmanlı hukukçusu olarak Nazîf Surûri'nin mukayeseli hukuk çerçevesinde bir gayret ortaya koyması itibariyle takdire ve dikkate şayandır. Üstelik Osmanlı hukukçularının Güney Amerika'ya yönelik dikkatleri de yeni sorular üretilmesine olanak tanıyan dolayısıyla yeni çalışmaların kapısını aralayan bir bilgi olarak karşımızdadır.

Çalışmaya konu olan ikinci kitap ise Sarkis Karakoç Bey'in "Tabiiyet Kanunu ve Tabiyet Kalemi Harç Tarifesi" adlı eseridir[26]. Surûri'nin eserinin aksine bu eserde atıflar göze çarpsa da bir kaynakça oluşturulmamıştır. Karakoç'un eserini özel kılan temel unsur ise Cumhuriyetin ilanının hemen akabinde yazılmış olmasıdır. 1925 yılında telif edilen eser; yayınlandığı tarihte yürürlükte olan Osmanlı dönemi mevzuatını da ihtiva etmektedir. Bu bakımdan geçiş döneminin harika bir manzarasını yansıtan eser bir yandan da Tabiiyet Kanununun uygulamadaki yansımalarını dönemin perspektifinden aktarmaktadır. Bunun da ötesinde, eser Tabiiyet Kanunnamesi ile Lozan Antlaşmasını ilişkilendirmek suretiyle dönemin mühim hukuki ve siyasi tartışmalarına dair önemli açıklamalar getirmektedir. Batı Trakya ve Adalar Denizindeki krizleri de göz önüne aldığımızda bu açıklamalar güncel önemini muhafaza etmektedir. Dolayısıyla bu eserin tercih edilmesi yalnızca Türk Hukuk Tarihi ve geniş anlamda Türk hukuk doktrini açısından değil; Türk dış politikası açısından da son derece önemlidir. Bir mevzuat derlemesi niteliği de taşıyan eser geçiş döneminin tartışmalarının Türk hukukundaki yansımalarını takip etmek ve dönemin mevzuatını anlamlandırmak açısından son derece önemli bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmaya konu olan makalelerden ilki Hasan Sırrı Bey'in "Tabiiyet Hakkında Bazı Mütâlaât ve Kanun-i Osmânî" adlı makalesidir[27]. Makale, bir makale serisi olarak iki parça hâlinde neşredilmiş ve atıf ile kaynakçaya yer verilmemiştir[28]. Makalenin II.

[26] Karakoç, Sarkis, "Tabiiyet Kanunu ve Tabiiyet Kalemi Harç Tarifesi", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 159-207

[27] Örikağasızâde, Hasan Sırrı, "Tabiiyet Hakkında Bazı Mütâlaât ve Kanun-i Osmânî", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 87-99

[28] Kılınç, 2021, s. 29

Meşrutiyet'in ilanından sonra neşredilmiş olması da ayrıca bir dikkat konusudur. Bu makaleyi özel kılan unsurlardan birisi de müellifin tabiiyet meselesini tartışırken teorik zemini ele almasıdır. İlgili tartışma esnasında müellif, vatandaş ile devletin karşılıklı haklara sahip olduğunu iddia ederken muhtemelen II. Meşrutiyet'in ilanının akabinde esen siyasi havanın da tadını çıkarmaktadır. Bununla birlikte tabiiyet meselesini salt siyasi kaygı yahut pozitif hukuka saplanmak suretiyle tartışmayı aşıp; meselenin teorik ve düşünsel boyutunu ele alması itibariyle makalenin münhasıran kıymetli olduğunu söylememiz mümkündür. Akabinde tabiiyet türlerini alan müellif; eserin sonunda ise 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesini tenkit etmiştir. Bu son kısımda müellif kanundaki eksiklikleri tenkit ederken bir yandan da bu eksikliklerin nasıl giderilebileceğine ilişkin tavsiyelerde bulunmuştur. Tıpkı Nazîf Surûri gibi, Hasan Sırrı Bey de mukayese metodunu kullanmış ve ilgili tavsiyelerini de bu mukayeselerden istifade etmek suretiyle sunmuştur. Bununla birlikte Nazîf Surûri'nin kapsamlı taramasının aksine Hasan Sırrı Bey Fransa ve Monako'nun tabiiyet ile ilgili mevzuatı ile yetinmiştir.

Çalışmanın konusu olan ikinci makale ise imzasız bir surette Hürriyet gazetesinde yayımlanan "Tabiiyet-i Osmaniye" adlı makaledir[29]. Mezkur makalenin 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesi ile aynı yılda fakat kanunnamenin ihdasından önce neşredilmiş olması makaleyi kıymetli kılan önemli bir unsurdur; zira makalenin geneli böyle bir kanunnameye neden ihtiyaç olduğuna ilişkin meseleleri ele almış ve siyasi ihtiyaçlar istikametinde bir metin ortaya çıkmıştır. Çalışmaya göre ilgili eserin Namık Kemal tarafından kaleme alınmış olması fazlasıyla muhtemel olduğu gibi; müellif, Şûrâ-yı Devlet'in tabiiyet hususunda bir kanunname hazırlığını duymak suretiyle böyle bir makaleyi neşretme ihtiyacı duymuştur[30]. Mahmiler sorunu ve siyasi sonuçları çerçevesinde cereyan eden makale netice itibariyle tabiiyet meselesini ele alan yasama çalışmalarının sorunun esasına dair bir çözüm olmayacağını ve ancak köklü reformlar eliyle sağlıklı bir çözüm sağlanabileceğini iddia etmek suretiyle sona ermiştir.

Çalışmanın konusu olan üçüncü makale Yusuf Ziya Bey'in Ceride-i Adliye Dergisinde neşrettiği "İmtiyâzât-ı Ecnebiye ve Mesele-i Tabiiyet" adlı makalesidir[31]. Makale 1910 yılında, 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesinin ve Nazîf Surûri'nin şerhinin çok sonrasında; tartışmaların belirli bir olgunluğa eriştiği esnada neşredilmiştir. Tabiiyet meselesini döneminin şartlarında, tarihi arka planı ile birlikte ele alan

[29] Yeni Osmanlılar Cemiyeti, "Tabiiyet-i Osmâniyye", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 99-105

[30] Kılınç, 2021, s. 32

[31] Ziya, Yusuf, "İmtiyâzât-ı Ecnebiye ve Mesele-i Tabiiyet, Kısm-ı Gayr-i Resmi", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s. 105-117

müellif; millet sisteminin dönemine uygulanamayacağını iddia etmiştir. Üstelik müellif, tabiiyet hukuku alanında millet sisteminin bir boşluk yarattığını ve bu boşluğun diğer devletler tarafından kendi siyasetleri lehine kullanıldığını iddia etmektedir. Bir başka deyişle müellif için tabiiyet alanındaki güçlü bir normatif düzenleme ile imparatorluğun bekası birbirinde mündemiç olan meselelerdir. Mülkilik ilkesinin kıymeti ve tesisinin mecburiyeti etrafında cereyan eden makale; temel itibariyle egemenlik ile tabiiyet meselesi arasındaki ilişkiyi irdelemiştir.

Çalışmanın konusu olan dördüncü makale ise Osman Affan Bey'in "Tabiiyet" adlı makale serisidir[32]. 1914 yılında neşredilen bu makale serisi de 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesinin ve Nazîf Surûri'nin şerhinden çok sonra çıkmıştır. Dolayısıyla bu makale serisi için de tartışmaların belirli bir olgunluğa erişmesinin akabinde yazılmış olduğunu söylememiz mümkündür. Osman Affan Bey'in makale serisinde tabiiyet hukukunun klasik ilkeleri olan "vatandaşlığı bulunmayan kimse olmamalıdır", "kimsenin aynı anda iki vatandaşlığı olmamalıdır" ve "herkes vatandaşlık değiştirme hakkına sahip olmalıdır" ilkelerinin[33] izlerini güçlü bir şekilde takip etmemiz mümkündür. Vatandaşlığın belirlenmesi ve vatandaşlığın iktibası hususunda kanunname ile somut gerçeklik arasındaki uygulama meselesine dikkat çeken müellif; iktibas hususunda ise diğer ülkelerde meselenin nasıl gerçekleştiğine dair bilgiler vermiştir. Birleşmiş Milletler Şartı'nın savaş yoluyla toprak kazanılmasını yasaklamadığı bir dönemde neşredilen makale serisi, ilhak hâlinde ilhak edilen topraktaki kişilerin tabiiyeti meselesini de ayrıntılı bir şekilde ele almış ve çeşitli görüşleri okuyucunun muhakemesine sunmuştur. Devam eden süreçte müellif tabiiyetin kaybedilmesinin yanında yabancı uyrukla evlilik gibi devletler özel hukukunun pratik meselelerine dair görüşlerini ilgili kanunname temelinde sunmuştur. Bu makale serisi de dönemin ciddi bir sorunu olan mahmiliği ele alıp bu soruna dair çeşitli çözüm yolları ileri sürmüştür.

Çalışma çerçevesinde konu edinilen son makale ise Abdurrahman Adil Bey'in "Mübadiller ve Tabiiyet Meselesi: Memalik-i Ecnebiyede İkamet Eden ve Mübadil Sayılan Türkler, Türk Konsoloslarınca Vatandaş Tanınacaklar" adlı 1925 yılında neşredilen makalesidir[34]. Genel itibariyle Türk ve Yunan nüfusun mübadelesi çerçevesinde ortaya çıkan sorunları tartışan makalenin muhtevası ve başlığından da anlaşıldığı üzere makalenin esas sorunu Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılması ile

[32] Affan, Osman, "Tabiiyet", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s.117-159

[33] Güngör, Gülin, *Tâbiiyet Hukuku: Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 4. Baskı, s. 21-37

[34] Adil, Abdurrahman, "Memalik-i Ecnebiyede İkamet Eden ve Mübadil Sayılan Türkler, Türk Konsoloslarınca Vatandaş Tanınacaklar", Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, (ed.) Ahmet Kılınç, 2021, s.207-210

birlikte Türkiye Cumhuriyeti'nin sınırları dışında kalan eski uyrukların ahvalidir. Bir imparatorluğun acı mirası olarak yurt dışında kalan uyrukların sorunlarının hukuki surette nasıl çözülebileceğine dair tartışmaları yürüten makale çalışma çerçevesindeki son makaledir.

C. SEÇİLEN ESERLERİN GENEL MAHİYETİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Çalışma boyunca seçilen eserler Hürriyet gazetesinde yayımlanan "Tabiiyet-i Osmaniye" adlı makale haricinde kronolojik bir sıra çerçevesinde sıralanmıştır. Kronoloji itibariyle kanunnamenin ihdasından kısa bir süre önce neşredilen makale; kanunnameden bir süre sonra yazılan bütün eserlerden önce yayımlanmıştır. Bu çerçevede ilgili eserin başa alınmasının; tarihi bağlamı okuyucu nezdinde daha rahat oluşturmak adına kıymetli bir seçenek olabileceğini eklemeliyiz.

Eserlerin bir bütün olarak transliterasyon çalışmasına konu edinilmiş olması; Osmanlı İmparatorluğunun son dönemindeki manzarayı aktarmak suretiyle 1869 tarihli Tabiîyeti Osmaniye Kanunnamesinin milli ihtiyaçlar çerçevesinde tasarlanmış ve yürürlüğe girmiş olmasını başarıyla izah etmiştir. Üstelik eser müelliflerinin çoğunluğunun teorisyen ve uygulayıcı niteliklerini kendi şahıslarında birleştirmeleri vesilesiyle seçilen eserler; gerekli izahatı eksiksiz bir şekilde yansıtabilmektedir. Bu sayede müellifler tabiiyet hukukuna dair bir noksanların yarattığı müşküllerin tarihi planlarını kavramakta bir sorun çekmedikleri gibi; imparatorluğun iç dinamikleri ve dışarıdan maruz kaldığı baskıyı da sağlıklı bir şekilde anlamlandırabilmektedir. Müelliflerin mukayeseli hukuku kullanma yönündeki ısrarları ve Latin Amerika'ya kadar uzanan hukuki dikkatleri de dönem şartlarına rağmen yürütülen ciddi çalışmaların emaresidir.

Eserlerin bir bütün olarak transliterasyon çalışmasına konu edinilmiş olması da dönemin manzarasını başarılı bir şekilde aktarmaktadır. Tek bir eserin transliterasyonu üzerinden soruna dair sınırlı bir perspektif sunmak yerine konu ile ilgili çok sayıda eserin tek bir başlık altında toplanması; Osmanlı hukukçularının meseleye bakışına dair muhtasar bir başvuru kaynağı teşkil etmektedir. Oluşturulan muhtasar başvuru kaynağının dönemin tarihi-siyasi ve bilimsel bağlamını son derece başarılı bir şekilde aktarmayı başarması da çalışmayı kıymetli kılan bir başka meseledir. Çalışmanın Cumhuriyet döneminin başındaki iki eseri de kapsamış olması; geçiş dönemine yönelik bir nazarın teşkili konusunda da ziyadesiyle faydalıdır. Bu çerçevede incelemeye konu olan çalışmanın Osmanlı Tabiiyet Hukuku ve Türk Vatandaşlık Hukuku'na olan katkıları bariz olmakla birlikte Türk Hukuk Tarihi ve siyasi tarih bağlamında da kıymeti haizdir.

SONUÇ

Giriş bölümünde belirtildiği üzere inceleme yazımız öncelikle tabiiyet hukukunun gelişimine dair bazı ön bilgiler vermek suretiyle Osmanlı İmparatorluğundaki ilgili alana dair ihtiyacı tespit etmeyi hedeflemiştir. Netice itibariyle gerek yaşanan dönüşümlerin etkisi gerekse tabiiyet meselesinin Osmanlı İmparatorluğu'nun egemenliğini sarsacak boyutlara gelmesi sebebiyle ilgili kanunnamenin tamamen doğal ihtiyaçlara bir cevap olarak hazırlandığı anlaşılmıştır. Çalışmanın eserleri bir bütün olarak biyografik bilgileri de ekleme suretiyle sunması bu cevaba ulaşmamızı kolaylaştıran bir unsur olarak karşımıza çıkmıştır. Çalışmanın sunduğu imkanlar sayesinde Osmanlı Tabiiyet Hukukunu kendi bağlamı içerisinde değerlendirebilmek imkanı, tarifin ötesinde kıymetli bir katkıdır. Çalışmanın gerek eserlerin seçilmesi gerekse genel transliterasyon gayretleri çerçevesinde son derece başarıyla kurgulanmış olması sayesinde Osmanlı Tabiiyet Hukuku ve Türk Vatandaşlık Hukukuna dair gelecekteki tartışmaların önünü kayda değer şekilde açmıştır.

Cevap aradığımız ikincil sorular çerçevesinde ise Osmanlı hukukçularının Tanzimat döneminde gerçekleştirilen çalışmaları yeri geldiğinde tenkit etmekten kaçınmadığı anlaşılmaktadır. Tenkitler, kanunnameye yönelik ideolojik yahut siyasi bir taassuptan ziyade kanunnamenin daha da geliştirilmesini amaçlamaktadır. Hâliyle Osmanlı hukukçularının çözüm üretebilme kabiliyetlerini yahut hiç değilse niyetlerini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Osmanlı hukukçularının mukayese metodunu geniş anlamda benimsediği ve dikkatlerinin Avrupa ile sınırlı kalmamış olması da dikkat çekici bir detay olarak karşımıza çıkmıştır. Kanunnamenin şerh edilmesinin yanında hukukçular tarafından sık sık mevcut sorunlara çözüm önerilerinin sunulması da ilgi çekicidir. Dolayısıyla Osmanlı hukukçularının popüler kanının aksine imparatorluğun birçok meselesinden son derece iyi haberdar oldukları, bu meselelere dair çözüm önerilerini geniş bir literatüre erişmek suretiyle rahatlıkla ortaya koyabildikleri anlaşılmaktadır.

Netice itibariyle "Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku" kitabı; bünyesinde barındırdığı eserler ve titiz transliterasyon çalışmasıyla hukuk literatürüne son derece kıymetli bir katkı olarak karşımızdadır. Eserin genel kurgusunun son derece başarılı olduğu da eklenmelidir. Çalışma, adındaki iddiasını haklı çıkaracak şekilde meseleyi yalnızca Osmanlı hukukçularının metinleri aracılığıyla ele almamış; her açıdan başarılı bir şekilde bağlam oluşturmasını bilmiştir. Çalışmanın kıymeti Osmanlı Tabiiyet Hukuku ve Türk Vatandaşlık Hukuku açısından aşikar olduğu gibi siyasi tarih ve anayasa hukuku, bilhassa Türk anayasaları bakımından da son derece kıymetli katkılara kapı aralamaktadır; zira Osmanlı hukukçularının tabiiyet meselesini egemenlik ile bağlantılı şekilde ele alması ve 1924 Anayasası'nın Türklük

tarifi ile Tanzimat ve II. Meşrutiyet dönemi arasındaki ilişkiyi entelektüel tarihten ziyade hukuk disiplini aracılığıyla ele alabilmesi[35] meselenin yalnızca bir çalışma alanına hapsedilmesinin önüne geçmiştir. İhtiva ettiği eserler ve titiz transliterasyon süreci itibariyle "Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku" çalışması zikredilen alanlarda daha derinlikli çalışmalar yapılabilmesine ve yeni sorular sorulabilmesine imkan tanımaktadır. Bütün bu unsurlar da göz önünde bulundurularak Adalet Bakanlığı tarafından literatüre kazandırılan inceleme konusu kitabın; literatür ve doktrin açısından son derece kıymetli olduğu sonucuna ulaşmamız mümkündür.

[35] Kılınç, 2021, s. 18

KAYNAKÇA

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi,* II.Cilt, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996,

Erdem, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* Beta Yayınları, İstanbul, 2012

Fişek, Hicri, *Türk Vatandaşlık Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959

Göğer, Erdoğan, *Türk Tâbiiyet Hukuku,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972

Güngör, Gülin, *Tâbiiyet Hukuku: Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 4. Baskı

Kılınç. Ahmet (ed.), *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku,* Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2021

Topçuoğlu, Ali Aslan, "Modern Hukuk ve İslam'da Vatandaşlık Kavramının Hukuki Temeli", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 3, 2012, 185-216

ARŞİVDEN

ISLAH "Reforme,,*

Sabri Şakir **

Alman ve Fransız ve Avusturya kanunlarına meçhul olan ve İsviçrenin Alman kantonları usulü hukukiyelerinde de hemen hemen tesadüf edilmiyen ıslah yolu kanunumuzun 83 - 90 maddelerine tekabül eden Nöşatel usulü hukukiyesinin 77 - 84 üncü maddelerinde mevzu bahsedilmiştir.

İsviçrenin Vo usulü hukukiyesinde de (M. 361 - 365) kabul edilmiş olan işbu tarik Nöşatel in 1906 tarihli eski kanununda da görülür. İsviçrenin Argav Kantonun evvelki usulü hukukiyesinde de Reforme şekli var idisede bu günkü mer'i kanundan çıkarılmıştır.

Bir nevi dava tashihi demek olan Reforme başlıca kanunlarda ve İsviçrenin diğer kanton usulü hukukiyelerinde « davanın tebdili » namı altında ve başka şart ve şekiller içinde mütalâa olunmuştur.

Davanın ikamesi hukuku medeniye noktasından bir takım neticeler tevlit ettiği gibi usulü hukukiye noktasından da buna bir takım hükümler terettüp eder (h. u. m. § 185). Arzuhal davanın haritası ve proğramıdır; münazaanın sür'atle, emniyetle cereyanı için bu program mucibince hareket etmek hem mahkemenin hem de iki

* Ceride-i Adliye, Yıl: 1929, Sayı: 78-79, S.4750-4760
https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/cerideiadliye/1929/sayi-78-79-subat1929-sene-7-129sayfa-KARISMIS-cilt1.pdf
** Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir ANSAY

tarafın menfaati iktizasıdır. Binaen aleyh davanın ikamesinden sonra bunun istenildiği gibi tebdil etmek onun üstünde oynamak esas itibarile hiç bir usulü hukukiye tarafından kabul edilmemiştir.

Davada serdedilen müddeaların ve delillerin sonradan tebdiline ancak bir takım zaruretlerin icabı olarak cevaz verilebilir. Gerek Reforme ve gerek davanın tebdili namile olsun kabul olunan usullerde bu zaruretinamil olduğu görülür.

Hakikaten Pröfösör Mantanın dediği gibi dava üzerine girişilen mücadelenin cereyanı esnasında bazı hatalar, arzu edilmemiş sehivler, unutulmuş şeyler olabilir; bunlar kendisinden sadır olan taraf, bu hataların işlendiğini sonradan anlayabilir. Böyle bir halde bunların tashihine müsaade edilmese büyük bir haksızlık yapılmış olur. Esasi hakkın müfrit bir halde şekle feda edilmesi neticesine varılır. İki tarafa bunların tashihi imkânını namahdut surette vermek ise davanın ilel'ebet devam ettirilmesine bir vesile teşkil eder[1]. Bu itibarla ıslah veya davanın tebdili kabul olunurken bir takım kayt ve tahditler de vaz edilmiştir.

Alman usulü hukukiyesinin 264 üncü maddesi dava ikamesinin neticesi olarak davanın tebdil edilemiyeceğini ve bunun ancak diğer tarafın muvafakatile ve yahut davanın tebdili müddei aleyhin müdafaasını ehemmiyetli surette işkâl etmiyeceğine mahkemece kanaat hasıl olmak şartiyle caiz olduğunu tasrih etmiş ve 13 Şubat 1924 tarihli kanunun 20 inci numarası bu hükmü müddei aleyhin muvafakati veya mahkemenin bunu münazaalı mes'ele için münasip ve faideli görmesi halinde davanın tebdili caiz olabileceği tarzında tadil etmiştir. Mezkûr kanunun 268 inci maddesi mucibince davanın sebebi tebdil edilmeksizin davadaki hakikî veya hukukî beyanların ikmal veya tashih edilmiş veya dava talebinin esasta veya fer'î nukatta tevsi veya tahdit olunmuş ve yahut esasen talep edilmiş olan mevzu yerine sonradan

[1] Bu sözler, Nöşatelde iken bana ıslah hakkındaki notlarından bir kısmını veren İsviçre kanunu medenîsinin M. Rosel ile birlikte şarihi ve elyevm Nöşatel darülfünunu pröfösörlerinden ve mahallî temyiz mahkemesi ceza dairesi reisi pek muhterem pröfösör Mösyö Mantanındır.

hadis olan bir tahavvül sebebiyle başka bir mevzu veya menfaat talep edilmiş olması davanın tebdili mahiyetinde değildir.

Avusturya usulü hukukiyesi 235 inci maddesi Alman usulü hukukiyesine yakın olarak dava ikamesinden sonra davanın tebdili için diğer tarafın muvafakati şart kılınmıştır; mamafih diğer taraf muvafakat etmese dahi vaki olan tebdilin muhakemenin cereyanını ehemmiyetli surette tas'ip veya tavik edeceğinden korkmağa mahal olmadığı surette mahkeme gene buna müsaade edebilir. Davanın sebebi tebdil edilmiyerek davadaki vakalara taalluk eden beyanların ve bunlara ait delillerin tebdil, ikmal, izah yahut tashih edilmesi ve kezalik davanın sebebi tebdil edilmiyerek esas veya ferî nukat hakkındaki müddea neticelerinin tahdit veya esasen talep edilen şey (mevzu) yerine başka bir şey veya menfaat istenmesi davanın tebdili demek değildir.

Fransa usulü hukukiyesi ve tatbikatı da davanın esasından ve usulî muamelelerin tamamından veya bir kısmından ferağati bazı kayıt ve şartlar altında kabul etmiştir (C. P. C. 402-3)[1]

Zürih usulü hukukiyesi 130 uncu maddesinde davanın ikame edilmiş olmasının neticeleri meyanında ve birincisi olarak müddea neticelerinin mücerret tavzihi ve fer'î nukat dermeyanı ve hesap yanlışlıklarının tebdili müstesna olmak şartiyle artık tebdil edilmiyeceğini tasrih etmiştir. Mezkûr kanunun 144, 145 inci maddelerine göre faiz talebi gibi [2] mütemmim iddialar ve kezalik bir tarafın layıkı veçhile sarfî gayret etmiş olsa dahi vakıf olmıyacağına veya dermeyan edemiyeceğine kanaatbahş olduğu hadiseler esas muhakemede son şifahi murafaaya kadar ve hatta ondan sonra da kabul olunabilir. [3]

Argav usulü hukukiyesi 134 üncü maddesinde iki tarafın şifahî murafaa sırasında yeni iddialarda bulunmasına ve yeni deliller serdetmesine müsaade etmiştir. Fakat bununla münazaanın intacı tavika

[1] Garsonnet ve Bru; cilt III sayıfa 663,703 Dalloz II Art. 402, 403.

[2] Zürih usulü hukukiyesi şerhi ; Dr. Hons Strauli 145 inci madde şerhi No. 1

[3] Keza İsviçre usulü hukukiyesi, Pröförör Andreas Heusler, sayıfa 79.

oğrarsa hakimin takdirine göre iddia ve müdafaa sebeplerini vaktile dermeyan edebilecek vaziyette bulunan taraf, davanın rüyetinin bu suretle teahhurundan doğan masrafları tahammül etmesi lazım gelir.

Bazel - ştat usulü hukukiyesince ise (Md. 79) davanın tebdili hakkındaki talep üzerine icabı halinde diğer tarafı da dinlemek ve mühim sebepler bulmak şartile mahkeme reisi tarafından tetkik olunarak kabulüne karar verilir.

Bern usulü hukukiyesi (Md. 94) mucibince dava veya mukabil davada talebin tezyit veya başka bir şeye tahvili suretile davanın tebdili, aynı dava sebebine istinat ederek esas iddia yerine başka bir iddia veya dermeyan edilmiş olan iddia ile irtibat halinde bulunan bir müteferri iddia serdedilmiş ise diğer tarafın muvafakati olmaksızın kabul olunabilir. Bundan başka davanın tebdili muhakemenin cereyanını işkâl veya tehir edecek değil ise hakim bu baptaki talebi gene kabul edebilir. Ve tebdil neticesi mahkemenin salâhiyeti tebeddül etmiş ise iş re'sen salâhiyettar mahkemeye tevdi olunur.

Tessen kantonu usulü hukukiyesi (Md. 48 ve 49) daha kat'î ve vazıh surette müddeinin mevzu ve nev'i davaya mütaallık olmak uzere dava muhteviyatını tevsi edemezse de muhakeme masraflarını ve saireyi vermek şartile arzuhalini geri alabileceğini kabul etmiştir [1]

Bu izahattan maksadımız Reforme usulünün muhtelif kanunlarda ne suretle mütalâa ve tazmin edildiğini göstermektir. Şimdi kanunumuza ve bunun kabul ettiği asıl ıslah bahsine geçelim :

---

[1] 49 uncu madde dava arzuhalinde dermeyan edilen bir talebin bilâhare davanın cereyanı esnasında nevi ve mevzu noktasından tebdiline cevaz vermemektedir. Dava arzuhalinde müteveffanın beyanı rızasında fesat bulunduğu sebebine istinaden ikame edilen ölüme bağlı bir tasarrufun iptali davasının sonra şekil noksanlığı sebebine istinat ettirilmesi böyle bir tebdil sayılamaz.

Tessen istinaf mahkemesi 19. XI. 25.
Schm. Y. Z. 15 Mai 926 s. 346. No. 284.

Kanunun 185 inci maddesi 1 inci numarası mucibince müddea aleyhin rızası olmaksızın müddei davasını takipten sarfı nazar edemiyeceği gibi 2 inci numara mucibince de davasını tevsi veya mahiyetini tebdil edemez. Ancak başlıca feragat halile ıslah hükmü bundan müstesnadır.

Evvelâ şunu süyliyelim ki feragat kat'i (Definitif mukabili kullanılmıştır) bir hükmün hukukî neticelerini tevlit etmek itibarile davaya nihayet veren bir beyandır, [1] ne diğer tarafın muvafakat ve kabulüne muhtaçtır ve ne de artık ferağat edilen hakkın tekrar ve iadesi caizdir (Md. 95) feragat davanın esasından, talebin neticesinden tamamen veya kısmen vaz geçmektir (Md. 96) ıslah ise davada yapılan usulî muamelelerden tamamen veya kısmen vaz geçmektir (Md. 83). Binaenaleyh ferağat ıslahtan bu suretle ayrılmış olur. Islahtada diğer tarafın muvafakatı şart değildir; bir davada bir taraf bu tarika ancak bir defa müracaat edebilir (Md. 83 f. 2) [2]

Nöşatel usulü hukukiyesi ve bir çok ahkâmında olduğu gibi ıslah faslını da bazı inhiraflarla ondan alan kanunumuz sıkı bir usulü muhakeme tarzını kabul etmiştir. Kanun iki tarafın muhtelif muamelelerini, müddeaları neticesi ve müddaları hakkındaki beyan ve izahatın, delilleri ibraz ve ikamesinin muntazam bir surette cereyan etmesini talep etmektedir. Binaen aleyh muddeaların serdini ve delilerin ibrazını murafaanın sonuna kadar kabul eden ve bu ane kadar müddea bihin tezyidine mesağ veren daha serbest ve daha alâstiki mahiyetteki usulü muhakemelerde lüzumsuz ve hatta meçhul olan ıslah tariki bu tarz usulü muhakemede zarurî bir keyfiyettir. Bu itibarla ıslah davanın muayyen

[1] Nöşatel kanunu nihai hüküm - Jugement Definitif den bahsetmiştir. Bu kanuna göre bunlar istinaf edilemezse de temyizi kabildir. Mülga usulü hukukiyenin 144,197,217,218 maddeleri ve Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 427 maddesile mukayese ediniz. Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 337 inci maddesine de bakınız.

[2] Vand (Vo) usulü hukukiyesi ıslahın ancak muhakeme bitinceye kadar yapılabileceğini ve bir taraftan iki defa istimal edilebileceğini kabul etmiştir. Md. 365

safhalarına taallûk edebilir. Yeni bir takım müddealar neticesi dermeyan edilmek isteniyorsa dava arzuhalinden itibaren ıslah talep edilecektir. Eğer yeni hadiseler dermeyan edilmek isteniyorsa müddeinin müddea aleyhin cevabına verdiği cevaptan (ve müddea aleyh hakkında ise müddeinin cevap alelcevabına "replique„ karşı müddea aleyhin cevabından "duplique„ itibaren [Md. 211] ıslah talep edilmesi kâfidir. Islah yeni deliller ibraz için isteniyorsa beyyine ikamesi safhasından itibaren talep edilmelidir [1].

Islahın şu karakterine göre ıslah edilen muamelelerin kaideten hem diğer tarafa da sari olmak şartile - tekrarını istilzam eder. Davanin tebdilini her hangi safhada alelâda surette kabul eden usullerde böyle bir tekrara lüzum yokıur. Bu sebepledir ki ıslah tarzını kabul etmiyen kanunlar bunu fazla ve uzun merasim addeder. Bundan başka ıslaha bunu yapan kimse yeni muddea ve taleplerini evvelce dermeyan etmemesi kusura müstenit olsun olmasın o vakte kadar yapılan bütün masraflardan mes'ul olduğu halde davanın tebdili tarzında masraflara mahkumiyet noktasindan daha ziyade kusur ve ihmal aranır [2]

Islah davada tarafları teşkil edenlerin hakkıdır. Vekilin ıslah için vekâletnamesinde mutlaka bir sarahat olması lâzım değildir; fakat davayı tamamen ıslah 89 uncu madde mucibince binnetice feragate müncer olacağından vekilin bu hususa sarahaten mezuniyeti bulunması muvafık olacağı varidi hatır olur.[3] Bir davada taaddüt eden taraflardan biri 44 üncü madde mucibince malik olduğu hususî iddia ve müdafaa vasıtasını ayrica kullanabileceğinden bu kimsenin kendi muamelelerini müstakillen ıslah edebilmesine de bir mani görülemez; bu takdirde 46 ıncı madde mucibince onun hakkındaki davanın

---

[1] Pröfösör Mr. Manta nın notundan

[2] Argav usulü hukukiye şerhi : Dr. Keller s. 191.

[3] Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunu 63 üncü maddesindeki « hiç bir suretle feragat » cumlesi tamamen veya kısmen feragate matuf olacağı gibi ıslah neticesi feragate de hamlolunabilir.

tefrikına karar verilebilir [1]. Müddei umumînin dava hakkı kabul olunan meselelerde de ıslah tarikına müracaat hakkı mevcut olduğunu kabul etmek icabeder [2].

Islah gerek asliye mahkemelerine ve gerek sulh mahkemelerine ait olan davalarda cari ve caizdir. Asliye mahkemelerinde gerek tahkikat hakimi ve gerek bu vazifeyi gören mahkemei asliye hakimi huzurunda tahkikatın hitamına kadar diğer tarafın vicahında olsun gıyabında olsun yapılabilir. (Md. 84) arzuhalde ve talepte bilhassa ıslahın hangi noktadan itibaren yapıldığı zikredilmek lâzımdır; ıslah diğer tarafı da ıslah edilen kısımları tekrara mecbur ettiğinden, masarif ve zarar ziyanile alâkadar olduğundan keyfiyette diğer taraf haberdar edilir (Md. 85,86)

Islahın hükmü esas itibarile ıslah edilen muamelelerin teşmil edildiği noktaya kadar iptalinden ibaret olduğu yukarıda söylenmişti. Şuhalde davasını ta baştan ıslah eden kimse yeni arzuhalinde evvelce unuttuğu faiz talebini dermeyan edebilir. [3] Davanın tamamen ıslahı halinde bilhassa neticei müddeiyatın tezyidine hiç bir mani olmamak ve 185 inci madde 2 inci numarası mucibince davanın ıslah suretile tevsii (keza davayi mütekabile Md. 202) kabul edilmek lâzım gelirken maddeye ilâve edilen son fıkraya göre meselâ bir zarar ve ziyan davasında müddei neticei müddeasında tahmin ve

---

[1] kanunumuz bir çok hususlarda hakime re'sen hareket etmek hakkını tanıdığı halde davanın tefrik ve tevhidi meselelerinde Nöşatel kanunundan ayrılarak hakimi diğer tarafın talebile mukayyet kılması hem prensipe muhalif düşmüş hem de hadise ve maslahatın mahiyetine mugayir bir hükmü olmuştur.

[2] Müddei umuminin dava hakkı salâhiyetini Nöşatel teşkili mahakim kanunu mevzubahs etmiştir. (md. 46.)

[3] Faiz talebini müddea bihin tezyidini mahiyetinde telâkki etmemek muvafık olur.

tesbit ettiği miktarın noksan olduğunu sonradan anlasa bile bunu tezyit edemiyecektir [1].

Delillerin teatisi safhası noktasından yapılan ıslahta da kanunumuzun 274 üncü maddesi mucibince evvelce gösterilen şahitler ne tebdil ne de tezyit edilemiyecektir [2]

İki tarafın veya hakimin zahir ve açık olan yazı ve hesap hatalarî isim ve sifat ve neticei iddialarına mütaallık bu gibi hatalar 80 ve 459 uncu maddeler mucibince daima tashih edilebileceğinden ıslah tarikine gitmiye lüzum yoktur.

Davanın sebep veya mevzuunu tebdil suretile ıslah caiz midir? Burada evvel emirde kanunumuzun kabul ettiği prensipten bahsedelim. Davanın sebebini teşkil eden hadiseyi davada beyan edip etmemek iki nazariyeye istinat eder: mutlak mülkiyet iddiası nazariyesi (Individualisierungstheorie) ki eski mecellede mevcut mülkü mutlak davasıdır. Bu nazariyeye göre meselâ müddea aleyhin elinde bulunan saat benimdir, müddeaaleyh benden gaspetmiştir, alınarak bana iadesini isterim, tarzında bir dava kabul olunur ve müddei bu davasını bilâhara tebdil ve tashih ederek mülkiyetini istediği gibi ya bey'e veya iktisabî müruruzamana veyahutta irse istinat ettirebilir. Bu istinat ile müddei davasını tebdil etmiş te sayılamaz. Diğer nazariye davanın müstenidi olan hadisenin de birlikte beyanını mecburi addeder. (Substantiierungstheorie). Burada işbu hadiselerin tebdili davanın tebdili mahiyetinde addolunur [3].

Alman usulü hukukiyesi tatbikatında müddeinin iddiasını hukuku medeniye noktasından istintaç ettiği hadiseleri bildirmesi lâzım gelir. Yani ikinci nazariye kabul edilmiştir. Diğer taraftan

---

[1] Borçlar kanununun 46 inci maddesine ve Von Thur P. 77 Not 30. ve 16 ıncı mephasın VII bendi nihayetine bakınız!

Mütekabil davaya karşı mütekabil dava serdi müddeabihi tezyit sayılırmı? kanunumuzun 207 inci maddesine tekabül eden Nöşatel kanununun 182 inci maddesi son fıkrası mucibince müddei, müddea aleyhin davayı mütekabilesine karşı mütekabil dava serdedemez bu fıkra kanunumuza alınmamıştır.

[2] Hukuk Usulü Muhakemeleri 244 üncü maddesine bakınız!

[3]Sehmarz 9-10uncu tabı sayıfa 72 ve 79; Willenbücher 3üncü tabı sayıfa9.

Alman kanunu dava arzuhalinde bütün hadiselerin birlikte zikrini mecburî tutmamıştır. Bazı usulü hukukiyelerde esas olan ihtimali ve terdidi müddealarının hep birlikte beyanı usulü (Eventualmaxime) Alman kanununda bir esas değildir. Nöşatel usulü hukukiyesi ise (Md.152) hem (Sübstantiierungstheorie) yi hem de (Eventualmaxime) denilen kaideyi kabul ve kanunumuz da 179uncu maddesinde aynile Nöşatel hukukunu tekrar etmiştir. Böyle olmakla beraber kanunumuza göre davanın müstenit olduğu vakıaların ve sebeplerinin ıslah suretile tebdiline hiç bir mani görülmez.

Davanın mevzuunu tebdil suretile ıslah mümkünmüdür; bir malın aynen iadesi talep olunmuş iken sonradan tazmini istenebilir mi? buna da müsbet surette cevap verilmelidir.

Pröfösör Heusler diyor ki davanın müstenedi olan vakıayı tebdil etmek istiyen kimsenin o davasından doğrudan doğruya ve tamamen ferağat ve başka bir dava ikame etmesine ne mani vardır. Diye bir vakıaya müstenit olan ve başka bir haktan doğan ve başka bir hakka müstenit bulunan bir iddia tamamen başka bir iddia değil midir? Böyle yeni bir dava ikamesine mani olmak için hiç bir sebep ve mantık görülemez. Müddeiyi evvelce dermeyan ettiği bir vakıanın ispatına cebretmek ve kendisinden ferağat ettiği bir iddiayı takip etmesini talep eylemek doğru bir şey olmaz. İkame ettiği bir davadan ferağat eden bir kimsenin başka bir dava ikame edebilmesi kendisine ait serbest bir hak olmalıdır. Netekim yukarıda bahsettiğimiz Tessen kanunu bu noktai nazarı kabul etmiş görünür.

Islah teşmil edildiği bilcümle muamelelerin yapılmamış addolunmasını müstelzim olursada hâkim huzurunda sebkeden ikrarlar [1] bir mahallin keşif ve muayenesi üzerine tespit olunan hali mübeyyin her nevi zabıt varakalarının ve ehli hibre raporlarının mün-

[1] Aveu judiciair yani adlî ikrarlar. binaen aleyh 236 ıncı maddede tasrih edildiği üzere muteber olan ikrarlar yalnız hakim huzurundaki değil dava evrakında, layıhalarda sebkeden ikrarlar da dahildir.

dericatı ve şahitlerin şehadetleri esas itibarile mahfuzdur [1]. esas itibarile dedik, çünkü ıslahtan sonra cereyan edecek tahkikat neticesine göre nazara alınması icabetmiyorsa bunlara da olmamış nazarile bakılır.

İki taraf esas hakkında beyanda bulundukları halde itirazatı iptidaiyelerini serdetmemiş olsalar ıslah tarikile işbu itirazlarını dermeyan etmek hakkını ihraz edemezler. 188 inci maddede tasrih edildigi üzere itirazatı iptidaiye davanın bidayetinde ve esasa girişilmezden evel hep birlikte dermeyan edilmek lâzım gelir, edilmezse bir daha mesmu olmaz. Binaenaleyh meselâ müddea aleyh cevap lâyihasında esasa cevap vermişse bilâhare ıslah suretile ademi salâhiyet iddiası serdedemez. Kezalik itirazatı iptidaiye serdedilmiş te reddine karar verilmişse ıslah halinde esas itibarile böyle bir kararda ortadan kalkamaz. Meğer ki ıslahtan sonraki hal ve vaziyete göre bunların nazara alınmasına lüzum olmaya.

Vo (Vaud) usulü hukukiyesi 322 ve 362 inci maddelerinde tasrih edildiği veçhile ıslah yapilan sulhu muhakemeyi basitleştirmek veya kısaltmak için evvelce tahkik ve hüküm olunan kısımlarda hükümden ıskat edemez (Türk hukuk usulü muhakemeleri Md. 221) Islah yapılmış olan ihtiyatî tedbirler üzerinde de bir tesir yapmaz [2].

[1] La partie qui se reforme est en droit d'exiger l'élimination du dossier de toutes les pièces produites, tant par elle-même que par son adversaire, dès l'acte auquel la partie a déclaré l'etendre.

Font seuls exception les documents réservés aux al. 2 et 3. (§ 81 türk 87) Ce prencipe est applicable, même dans les procès ou l'ordre public est interessé. Nöşatel cour de cassat. civ. 4. III. 26. Schm. J. Z. 1 April 926 S. 300 No. 250

[2] Nöşatel usulü hukukiyesine yakın ahkâmı ihtiva eden Vo kantonu ıslah tarikine mutealliık olarak Vo kanton mahkemesi tarafından 2 temmuz 1924 tarihli verilen karar : Schm. J. 7. 1 Octobre 924 P. 95 No. 95.

Md. 361. 362 : dava muameleleri (actes du Procès) tabirinden usule müteallik evrakın ibrazı, muhakeme celselerinin tespiti, delillerin ibraz ve ikamesi gibi tahkikat muamelelerini anlamak lâzımdır. Bu sebebe binaendir ki masarifi muhakemeye ait kısmı müstesna olmak üzere tahkikata müessir olan ve gayesi davanın tahkikındaki müşkülleri hal ve tasfiyeye olan hadiseye dair hükümlerde ıslah ile iptal edilir. Bilâkis 361 inci ve

Islah suretile iptal edilmiyen kararlar meyaninda yeminden nükûl tarikile vaki ikrar da dahil midir? Nöşatel (Cassasion) mahkemesi bir kararında yemini edadan imtina neticesi vaki ikrarın bilâhare islah suretile ortadan kaldırılamiyacağını ve imtina üzerine hasıl olan vaziyetin ıslaha rağmen baki kalacağını kabul ve tasdik etmiştir. Mahkeme bu kararında, her ne kadar alelâde ikrar muteber bir ikrar olmak üzere iki taraftan birinin zatından ve ya vekilinden sadır olabildiği halde yeminden nükûl ancak yemin edecek kimsenin zatından sadır olmak şartile muteber olabilirsede her iki ikrar arasındaki şu farkın netice üzerinde bir tesir yapmiyacağını ve yemin teklif olunan kimse yemini edaya hazır olduğunu beyan ettikten sonra diğer taraf teklifinden sarfınazar edemiyeceğine nazaran ıslah suretile dahi yemin teklifinden rücu olunamiyacağını ve aksi takdirde bu baptaki ahkâmı kanuniyenin lâfzı murat ve mensuh kalacağını söylemektedir [1]

SABRİ ŞAKİR

müteakip maddeler mefhumundan dava muameleleri meyanında muvakkat tedbirler anlaşılamaz. Filhakika burada mevzuubahs olan bir tahkikat uslü değil sureti mutlakada ayrı bir uslü muhakemedir. Bu usulü muhakeme o kadar mustakildir ki muvakkat tedbirlerin ittihazı sulh teşebbüsünün vukuundan evvel ve esas dava kanton mahkemelerinin kazasından hariç olsa bile talep olunabilir (Md-50) bundan başka muvakkat tedbirlerin muhakeme esnasında ve müstacel halde nizalı bir hakkın muhafazası için vaz ve kabul· edildiklerini de nazara almak icap eder. Islah bu tedbirleri de iptal etseydi bu gaye ciddi surette ihlâl edilmiş olurdu.

[1] Recueil des arrêts rendues par la cour de cassation civile vol. V. p. 262-267

« Eski ve yeni telâkkilere göre hükmî şahsiyet » [1]*

Konferansı veren: *Cahit Oğuzoğlu* **
Ankara Hukuk fakültesi medenî hukuk profesörü

Yüksek dinleyiciler:

Hukuk ilmini yayma kurumunun, belli başlı gayelerine ulaşma yolundaki çalışmalarını hepimiz şükranla takip etmekteyiz.

Kurum tarafından seri halinde verdirilmekte olan konferanslardan biri de bana verdirildiği için, Kuruma ve onun sayın başkanına, mevzua girmezden evvel teşekkürü bir borç bilirim.

Aziz dinleyicilerim:

Bu günkü konferansın mevzuu biliyorsunuzki eski ve yeni telâkkilere göre hükmî şahsiyettir. Vaktımızın darlığı, şüphe yok ki bizi bu mevzuu etraflıca izah eylemekten, incelemekten, hükmi şahsiyet meselesile tam ve noksansız olarak iştigalden menedecekse de, hükmî şahsiyet mefhumuna taallûk eden en mühim münakaşalardan, ilmî mübahaselerden imkân nispetinde bahse çalışacağım.

Şahıs mefhumu ve şahsiyet tabiri en eski hukuk sistemlerinde yer almaktadır. Tarihe bir göz atıldığı takdirde Roma hukukunda şahıs mukabili olarak Persona kelimesinin kullanılmakta olduğu görülür. Şahıs tabiri bu gün hukukî dilde hak ve vazife hâmili — (SUJET DE DROİT) hukukî ehliyet şahsiyet tabirlerile sinonim olarak kullanılmatadır.

Şahsiyet, haklar iktisabı ve vecibeler iltizamı ehliyetini ifade eder. Hukukî manada şahsiyet veya hukukî ehliyet bilcümle hukukî eserlerde ve

---

[1] Bu konferans 28-3-936 Tarihinde Ankara Halkevinde verilmiştir.

* Adliye Ceridesi, Yıl: 1937, Sayı: 7, S.611-641
https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliyeceridesi/1937/sayi-7-temmuz1937-288sayfa-cilt11.pdf
** Prof. Dr. Cahit OĞUZOĞLU

edilen ve uzun denilecek bir zeman zarfında devam edegelen esaret messesesi de bir kısım insanları hukukî şahsiyetten mahrum etmekte onlarıcamid bir cisim, lalettayin bir mâl menzilesine indirmekte idi esaretin vari olduğu yerlerde ve devirlerde her insan bir şahıs bir süje değildi, esler hukukî ehliyeti haiz bulunmıyorlardı, muasır hukukî telâkkilere göreise her insan bir şahıs bir *personne physique*, hukukun süjesidir, mühim bir kütleyi haklardan mahrum eden esaret müessesesinden de artık maiye mâl edilmiştir enstitüsyon olarak bahsedilmektedir, medenî kanununuz herkesin bu gün birer şahıs süje olduklarını, haklardan istifade hususuda yekdiğerine müsavi bulunduklarını umumî bir prensip olarak vazeylemiştir. İnsanlar şahıs olmakla beraber, sözlerinden de anlaşılacağı veçhile hukukun süjesi yalnız insan değildir. İnsana hukuk, hakikî şahıs ismini vediğine göre hukukun süjesi olan birde diğer kısım varlıklar hükmi vya hukukî şahıslar denebilecek diğer mücerret mevcudiyetler daha vardır.

Binaenaleyh hükmî şahsı menfi bir surette tarif edecek olursak: «hakiki şahıs insan olmayan bir süjedir» diyebiliriz.

Bu tarif şüphesizki hükmî şahsın mahiyet ve karekteri hakında izi tenvir edememekte ve bu mücerret varlığın sahip olacağı hakların şuul ve muhtevasına dair bir fikir vermemektedir

Buna rağmen herkesin üzerinde ittifak edebileceği yeğane bir trif olduğu için bu hususdaki etüdümüzün hareket mebdei olması yerinde ve doğrudur. Bu tarif neticesi olarak çok basit bir hadisenin yani hakki şahıslar haricinde diğer bazı mücerret varlıkların ve teşekküllerin de mevcudiyeti, bunların da cemiyet içinde müstakilen haklara sahip bulunduklrı irae edilmiş demektir. Bu gün gözlerimiz önünde cereyan etmekte olan u hadisenin bize tekaddüm eden cemiyetlerde de mevcudiyetine şahid olmaktayız. Ekonomik ve sosyal zaruretleri karşılayan bu mücerret varlıklar hukuk tarihinin kaydettiği en eski hukuk sistemlerinde yer almış ve tarihn seyri içinde mütemadiyen ehemmiyeti artmıştır. Bu gün de nazariyat e mevzuatta hususî bir mavkii vardır. Bu mücerret varlıkların tanınması e mevcudiyeti hadisesi bazı kimselere pek garip ve anormâl bir hadise olrak görünmüştür, onlar bu hadiseyi, kanun vazıinin yoktan var eder şekde bir iş görmüş olması suretinde anlamakta ve kanun vazılarının ise byle bir kudrete sahip bulunmadıklarını ileri sürmektedirler.

Hakikî şahıslar haricinde mücerret bazı varlıkların, teşekküllerin vücudunu izah eylemek ve meşru göstermek hususu oldukça müşküldür. Bununla beraber münferit varlıkların birer süje olduğu fikrini izah eylemek ne derece mühim ve esaslı ise mücerret varlıklar ve teşekküller için de bu husus o derece ehemmiyetli ve esaslıdır.

Tarihe bir göz atıldığı takdirde: Mücerret varlıklara taallûk eden fikrin hakiki physipul mevcudiyetlere müteallık olan fikir kadar eski olduğu görülür. İptidai cemiyetlerde toplu bir halde bulunuş ve yaşayışın gurup hayatı ve gurup haklarının, ferdlerin haklarından ve hayatından çok daha fazla bir ehemiyete sahip bulunduğu tereddüt edilmez tarihî bir hakikattır. Tatbikî ve amelî bakımdan topluluğa, bütün guruba ve teşekküle bazı haklar atfedilmeksizin hic bir cemiyet idrâk olunamaz.

Hadisenin hukukî izahı hususunda fikir ihtilâfı mevcut olabilir. Lakin hadise o kadar umumî, cihanşumul ve daimidirki buna garip ve acip veya bir istisnaiyet izafesine imkân mevcut değildir.

Her yerde ve her zaman, en eski devirlerden bugüne kadar ferd, tek başına başaramadığı, kuvvet ve kudretinin yetmediği işleri hem cinslerile bir araya gelmek suretile yapmak yolunu tutmuş, muhtelif ferdlerin muayyen ve mühim gayelere varmak için, iradelerini, maddî ve manevî kuvvet ve kudretlerini, sermaye ve saylerini birleştirmeleri neticesinde bu mücerret varlıklar meydana gelmiştir, bunları, içtimaî zaruretlerin çocukları diye tavsif eylemek ve bu çocukların maddî birer varlık olmayup sosyal ve manevî, mücerret mevcutlardan ibraret bulunduğunu da ilâve etmek kanaatımca doğru ve yerinde olur. Her hâlde hadisenin daimiyet, umumiyet ve cihanşümullüğünde bir an dahi şüphe ve tereddüde imkân yoktur.

Hakikî şahıslar haricinde bu mücerret varlıkların hukukun süjesi olması fikrini garip ve anormâl telâkki edenlerin bu hayreti bir müphemiyetten ileri gelmektedir. Cari dilde şahıs kelimesi sadece insanı, hakikî şahsı gösterir. Şahsın umumiyetle felsefi manasıda budur. Bu sebeble hükmî şahıslar dolayısile garip ve gayrı tabii bir hadise karşısında bulunulduğu zehabı ortaya çıkmaktadır. Lâkin heman söylemek lâzımdırki hukuk ilmî için şahıs mefhumu tamamen hukukî bir mefhumdur ve böyle kalması icap eder, şahıs kelimesi biz hukukçulara göre: sadece bir hak hamilini, kendisine tanıtan sübjektif haklara ve onlar mukabilindeki vazifelere sahip

edilen ve uzun denilecek bir zeman zarfında devam edegelen esaret müessesesi de bir kısım insanları hukukî şahsiyetten mahrum etmekte onları camid bir cisim, lalettayin bir mâl menzilesine indirmekte idi esaretin cari olduğu yerlerde ve devirlerde her insan bir şahıs bir süje değildi, esirler hukukî ehliyeti haiz bulunmıyorlardı, muasır hukukî telâkkilere göre ise her insan bir şahıs bir *personne physique*, hukukun süjesidir, mühm bir kütleyi haklardan mahrum eden esaret müessesesinden de artık maziye mâl edilmiştir enstitüsyon olarak bahsedilmektedir, medenî kanunumuz herkesin bugün birer şahıs süje olduklarını, haklardan istifade hususunda yekdiğerine müsavi bulunduklarını umumî bir prensip olarak vazeylemiştir. İnsanlar şahıs olmakla beraber, sözlerinden de anlaşılacağı veçhile hukukun süjesi yalnız insan değildir. İnsana hukuk, hakikî şahıs ismini verdiğine göre hukukun süjesi olan birde diğer kısım varlıklar hükmi veya hukukî şahıslar denebilecek diğer mücerret mevcudiyetler daha vardır.

Binaenaleyh hükmî şahsı menfi bir surette tarif edecek olursak: «hakiki şahıs insan olmayan bir süjedir» diyebiliriz.

Bu tarif şüphesizki hükmî şahsın mahiyet ve karekteri hakında bizi tenvir edememekte ve bu mücerret varlığın sahip olacağı hakların şunul ve muhtevasına dair bir fikir vermemektedir

Buna rağmen herkesin üzerinde ittifak edebileceği yeğane bir tarif olduğu için bu hususiaki etüdümüzün hareket mebdei olması yerinde ve doğrudur. Bu tarif neticesi olarak çok basit bir hadisenin yani hakiki şahıslar haricinde diğer bazı mücerret varlıkların ve teşekküllerin de mevcudiyeti, bunların da cemiyet içinde müstakilen haklara sahip bulundukları irae edilmiş demektir. Bu gün gözlerimiz önünde cereyan etmekte olan bu hadisenin bize tekaddüm eden cemiyetlerde de mevcudiyetine şahid olmaktayız. Ekonomik ve sosyal zaruretleri karşılayan bu mücerret varlıklar hukuk tarihinin kaydettiği en eski hukuk sistemlerinde yer almış ve tarihin seyri içinde mütemadiyen ehemmiyeti artmıştır. Bu gün de nazariyat ve mevzuatta hususî bir mevkii vardır. Bu mücerret varlıkların tanınması ve mevcudiyeti hadisesi bazı kimselere pek garip ve anormâl bir hadise olarak görünmüştür, onlar bu hadiseyi, kanun vazıinin yoktan var eder şeklde bir iş görmüş olması suretinde anlamakta ve kanun vazılarının ise böyle bir kudrete sahip bulunmadıklarını ileri sürmektedirler.

Hakikî şahıslar haricinde mücerret bazı varlıkların, teşekküllerin vücudunu izah eylemek ve meşru göstermek hususu oldukça müşküldür. Bununla beraber münferit varlıkların birer süje olduğu fikrini izah eylemek ne derece mühim ve esaslı ise mücerret varlıklar ve teşekküller için de bu husus o derece ehemmiyetli ve esaslıdır.

Tarihe bir göz atıldığı takdirde: Mücerret varlıklara taallûk eden fikrin hakiki physipul mevcudiyetlere müteallık olan fikir kadar eski olduğu görülür. İptidai cemiyetlerde toplu bir halde bulunuş ve yaşayışın gurup hayatı ve gurup haklarının, ferdlerin haklarından ve hayatından çok daha fazla bir ehemiyete sahip bulunduğu tereddüt edilmez tarihî bir hakikattır. Tatbikî ve amelî bakımdan topluluğa, bütün guruba ve teşekküle bazı haklar atfedilmeksizin hic bir cemiyet idrâk olunamaz.

Hadisenin hukukî izahı hususunda fikir ihtilâfı mevcut olabilir. Lakin hadise o kadar umumî, cihanşumul ve daimidirki buna garip ve acip veya bir istisnaiyet izafesine imkân mevcut değildir.

Her yerde ve her zaman, en eski devirlerden bugüne kadar ferd, tek başına başaramadığı, kuvvet ve kudretinin yetmediği işleri hem cinslerile bir araya gelmek suretile yapmak yolunu tutmuş, muhtelif ferdlerin muayyen ve mühim gayelere varmak için, iradelerini, maddî ve manevî kuvvet ve kudretlerini, sermaye ve saylerini birleştirmeleri neticesinde bu mücerret varlıklar meydana gelmiştir, bunları, içtimaî zaruretlerin çocukları diye tavsif eylemek ve bu çocukların maddî birer varlık olmayup sosyal ve manevî, mücerret mevcutlardan ibraret bulunduğunu da ilâve etmek kanaatımca doğru ve yerinde olur. Her hâlde hadisenin daimiyet, umumiyet ve cihanşümullüğünde bir an dahi şüphe ve tereddüde imkân yoktur.

Hakikî şahıslar haricinde bu mücerret varlıkların hukukun süjesi olması fikrini garip ve anormâl telâkki edenlerin bu hayreti bir müphemiyetten ileri gelmektedir. Cari dilde şahıs kelimesi sadece insanı, hakikî şahsı gösterir. Şahsın umumiyetle felsefi manasıda budur. Bu sebeble hükmî şahıslar dolayısile garip ve gayrı tabii bir hadise karşısında bulunulduğu zehabı ortaya çıkmaktadır. Lâkin heman söylemek lâzımdırki hukuk ilmî için şahıs mefhumu tamamen hukukî bir mefhumdur ve böyle kalması icap eder, şahıs kelimesi biz hukukçulara göre: sadece bir hak hamilini, kendisine tanıtan sübjektif haklara ve onlar mukabilindeki vazifelere sahip

olmak ehliyetini ifade eder: Bundan ne fazla ne de noksan bir mana ve karekteri haiz değildir.

Kanun vazii hakikî şahısları hukukun süjesi yapmak için mucip sebbler bulmakta müşkülat çekmez, fakat bundan, hakikî şahıslar haricineki varlıklara süje olmak vasfını tanıyamıyacağı neticesine niçin varalım? Hükmî şahsiyet meselesi tam manasile, bundan evvelki asırda üzerinde durulmuş olan bir mesledir. Ondan evvelde hukuk âleminin bu mesele ile iştigal eylediği şüphe götürmez bir hakikattır, nazar dikkatı calip bu vankların bu mücerret ve sosyal mevcutların mahiyet ve karekterleri, hukukî hayattaki ehemmiyetleri ve oynadıkları mühim rol evvelce de hukuk şiasları ve hukuk âlemini işgalden geri kalmamıştır.

Roma hukukî menbaları hükmî şahıslara dair bir kısım eylediği ibi Glossateurlerde *Glossateurs* bu mevzu üzerinde durmuşlardır. Bu meele onlardan itibaren bugüne kadar tetkik, münakaşa ve müzakerelere ve bir çok yazılar yazılmasına meydan vermiş olan hukukun önemli, dikkat ve ihtimamla incelenmesi lâzımgelen enteressan bir meselesidir.

Ondokuzuncu asrın ilk yarısında bütün kuvvet ve kudretile yaşamakta olan hükmî şahsiyet nazariyesi - yani Fiksiyon teorisi, bizat, orta çağ laşlangıçlarında yaşayan Roma ve kilise hukuku esaslarına dayanır. BütünBu söylediklerimize rağmen biz meşğul olduğumuz bu meseleyi ondokuzuncu asrın hukukî bir meselesi, geçen asırda tebellür eden bir mesele diye tavsif ve tevsim etmekten vaz geçmiyeceğiz. Zira aziz dinleyicilerim. Onlokuzuncu asırdan evvel hukuk, hükmî şahıslar meselesini ne kadar incdemiş, bu mesele üzerinde ne kadar durmuş olursa olsun modern hukukun yürüdüğü yollardan tamamen ayrı yollardan yürünmüş, tamamen başka görüş zaviyelerinden hükmî şahsiyet meselesi tetkik edilmiştir. Glossateurlede nihayet Roma hukukşinasları gibi düşünüyorlardı. Roma hukukşinasları hükmî şahıslar hakkında nazariyeler vücude getirmekle meşğul olmamışlar, bu nevi teşekkülleri bir emri vaki, sosyal hayatın mevludû addederek, bunlara ait olan hukukî hükümlerle bunların istifade edeceği haklar üzerinde tevekkuf eylemişlerdi, Glossateurlerde nihayet bu çirçeveden harice çıkamadılar ve hükmî şahıslara ait hakikî bir nazariyeye varamadılar. Roma hukukçuları modern manasile bir nazariye vücude getirmek hususile meşğul olmıyarak bu nevi teşekküllerin sadece mekanik faaliyetlerine mütealik

bazı esaslar koymakla iktifa ettiler. Daha Romalılar zamanında hukukun süjesi yalnız insalar olmayup, insanların mensup oldukları içtimaî guruplar, devlet, belediye, kommün, umumî veya hususî menfaatlar gayesile teşekkül eden cemiyetlerin her nevi, bilcümle mücerret varlıklarda cemiyet içinde mühim ve üstün bir rol oynamakta idiler: Romalılar için de bu varlıklar sosyal ve ekonomik bir zaruretin ifadesi olarak tecelli ve tezahur etmiş, bu gurupların ve teşekküllerin hukukî hayata ve münasebetlere iştiraki temin olunmuş, faaliyet ve inkişafları için lâzımgelen hukukî kudret bunlara tanınmıştır.

Maddî mevcudiyeti olmıyan bu varlıklar umumiyetle insanların el ele vermesi, birleşmesile vucuda getirilmekte ve tam manasile sosyal ve ekonomik ihtiyaçları karşılamakta idiler, zamnla romada bu nevi teşekküllerin adedi fevkalâde artmıştı. Romalılar bu teşekülerin insandan ayrılmayan, insanların bulunduğu yerde bulunması icab eden varlıklar olduğunu kabulde tereddüd etmediler, bu teşekküller sayesinde insan ömrünün yetmediği, ferdî hayatın kısalığı dolayısile başarılamayan bir çok mühim işler ve teşebbüslerin içtimaî, iktisadî ve ideâl gayelerin tahakkuku ve başarılmaları mümkün oldu, ferd, kendi faliyet ve kuvvetini, benzerlerin faaliyetile birleştirerek kuvvet ve kudretini zaaftan kurtardı, bu suretle onun görecegi işlerin girişecegi teşebbüslerin semereleri de son derece artmış oldu, ferd hayatın hitamına rağmen onların üstünde ve haricindeki mücerret varlığın, teşekkülün mevcudiyeti dolayısile aynı yolda yürümeğe devam edebilen halefleri müşterek gayenin tahakkuku için çalışmak ve seleflerinin başlayarak ikmal edemedikleri işleri tamamlamak ve yeniden mühim bazı teşebbüslere girmek imkânını buldular. Sâyilerini, sermayelerini, kuvvet ve kabiliyetlerini müşterek bir gaye yolunda birleştiren ferdler, kudretinde hududsuz bir şekilde tezyit eylemiş olduklarını tecrübelerle de bizzat görmekte geçikmediler ve beşeriyet zaruri bir şekilde, ihtiyacın sevk ve tazyıkı altında asırlar ve asırlar bu yolda yürüdü terihte tesadüf edilen ve günümüzde dahi mevcut olan bu hususlaki mücadeleler, bu mücerret varlıklar ve teşekküller aleyhindeki creyanlar daima daha ziyade kuvvet bulmalarını, daha mükemmel bir şekil almalarını ve adedlerinin tasavvur edilemiyecek bir tarzda durmadan artmasını intaç etti, geçen her gün bunların ekonomik ve sosyal kıymet ve ehmmiyetlerini bu alânlârda görebileceklerini önemli işleri ve temin ettikleri sonsuz fayda-

ları, insan ve sosyete hayatının bunlarsız olmıyacağını, insanlığa anlatmaktan geri kalmadı, mevcut kanaatları bir kat daha takviye eylemiş oldu.

Bugün bu varlıkların kendi mevcudiyetlerini tanıtmış ve empoze etmiş oldukları, ihmal edilmelerine imkân bulunmadığı artık münakaşa kabul etmiyen bir hakikattir. İçinde yaşanılan cemiyette nihayet muhtelif insan topluluklarının ve teşekküllerinin birleşmesinden ibarettir, bu muhtelif varlıklar muhtelif şekillerde kendilerini gösterirler, hükmî şahısları iki mühim kategoriye ayırmak ve bu surette tetkik eylemek imkânı vardır. bunlarda «âmme hukuku hükmî şahısları ve hususî hukuk hükmî şahışları» dır. Devlet, teşkilâtile ve idarî şuabatile âmme hükmî şahıslarının başında yer alır. Hususî hukuk hükmî şahısları ise cemiyetler, tesisler ve diğer mütenevvi şirketlerdir, yani bunlardan bir kısım dinî, bedii, ilmî veya hayra matuf ideâl gayelerle teşekkül ederler ve bu nevi gayeler peşinde koşarlarken diğer bir kısmı muayen bir kâr temini, maddî bir menfaat elde etmek maksadile sermaye koyarak bir araya gelen insanlardan terkküp eder.

Hükmî şahıslar hakikî şahısların, ferdlerin bir araya gelmesile teşekkül edebilecekleri gibi, bazan ferdlerin mevcudiyetlerine, bunların bir araya gelmelerine lüzum olmadan bunlar haricinde, müstakil ve mücerret varlıkların bir süje olarak hukukta yer aldıkları görülür, bunlar muayyen servet ve mâl kütlelerinin daimi bir gayeye tahsisi neticesinde vücut bulurlar, burada hükmî şahıs diye bir süje ortaya çıkaran muhtelif üyelerin birleşmesi olmayup, tahakkuk ettirilecek bir fikir varılacak bir gaye şahsiyete vücut verir, onun ruh ve esasını teşkil eder: Sosyal bir vazife görmek gayesini taşıyan bu varlıklar müessese veya tesis namını alır. İçtimaî hayatta mühim bir rol oynayan bu varlıklara hukuk bir şahsiyet tanımak iztırarındadır, bu teşekküler ve mücerrt varlıklar gerek kendilerini terkip eden ferdlerle ve gerekse üçüncü şahıslarla daimi surette münasebet ve temas halindedirler, bunlarda aynen insan gibi hukukî hayatın bilcümle münasebetlerine iştirâkle iktisap ve ihzarlarda bulunurlar, devir ve ferağ ederler borçlara ve haklara sahip olurlar, aynen hakkî şahıslar gibi bir süje hukukî faaliyet ve münasebetlerin merkezidirler.

Medenî memleketler mevzuatı hükmî şahıslara hususî bir mevki ayırmak lüzumunu idrâk etmişler ve hukukî şahıslar yanında hükmî şahıslara müteallik ahkâmı da vazeylemişlerdir.

Muhtelif devletlerde hukukî şahısların geçirmiş oldukları tekâmül safhalarını tetkik eylediğimiz zaman, Romada olduğu gibi, bu hususta nazariyeden evvel vakalarla karşılaştığımızı görürüz. Zira hukukta müesseseleri sosyal ihtiyaçlar ve zaruretler vücuda getirir, bu müesseseler kendilerinden beklenilen pratik neticelere varmak için vücut bulurlar ve inkişaf ederler. Bunların şu veya bu nazariye ile meşru ve doğru gösterilmeleri bidayette düşünülmez. Bilâhara ve umumiyetle çok geç olarak hukukî bir müessesenin hükümleri ve neticeleri teşmil veya tahdit edilmek istenildiği zaman nazariye ortaya konulur. Yâni evvalâ netice sonra prensip: neticeden pransibe varmak, prensibi bulup çıkarmak bütün hukuk binasının esasını teşkil eder. Eski hukuk sistemlerinde ve bilhassa Roma hukukunda ve bügünün mevzuatında âmme hukuku ve hususî hukuk hükmî şahışları arasındaki farkın mevcudiyeti görülmektedir. Roma hukukunda da bu nevi teşekküller ve mücerret varlıklar onları kuranların hayatından daha uzun bir ömre maliktirler. Bir cemiyette veya cemiyeti tesis edenlerden eser kalmadığı anlarda da teşekkülün devam eylediği, azasının değişmesinden hükmî şahsın müteessir olmadığı görülmektedir. Roma hukuku da bu teşekküllere kendilerini terkip eden ferdlerden müstakil hukukî bir varlık tanımıştı, daimiyet bunlarında esaslı vasıflarından idi. Teşkilâtlı olan bu varlıklar bu bakımdan bu nevi, teşekküllerin en mükemmel ve yükseği olan, bu mücerret mevcudiyetlerin başında gelen devlete benzeyorlardıl. Devlet, kendisini terkip eden şahısların değişmesinden hiç bir suretle müteessir olmaz, müstakil ve mücerret varlığı devam eder. Roma hukukunda hükmî şahsiyet telâkkısı klasik devirde muhakkak surette mevcut idi. Devlet hükmî şahısları Romada ilk safta yer almaktadır, *Girard* jirar: « Romalılar devlet şahsiyetini nazarî surette münakaşa etmiş görünmiyorlar, lâkin ta menşeinden beri mallara, alacak ve borçlara sahip olacağı majistra vasıtasile hukukî hayatın bilcümle muamele ve münasebetlerine ehil bulunduğu kabul edilmişti. Hatta mirâs iktisabı gibi diğer hükmî şahıslara bir çok kyıt ve şartlar altında müsade edilecek hukukî müameleleri devlet, hükmî ve hakikî şahısların takibe mecbur bulundukları eşkâl ve merasimine riayete mecbur olmaksızın yapabilirlerdi. » diyor.

Âmme hükmî şahısları yanında birde ferdler tarafından vücuda getirilen muhtelif teşekküller, cemiyetler, memur, papas ve esnaf teşkilâtı ve diğer sosyeteler ve kollejler mevcuttu. Ferdlerin, hakikî şahısların bir araya gelmesi neticesinde vücut bulan mücerret varlıklar latince bir tabirle *Universitates Personarum* diye anılır bunlar cumhuriyet devrinde ogust'e kadar resmî bir müsaade istihsaline lüzum olmaksızın - nizamnamelerinin verilmesi şartile - serbestçe teşekkül imkânına malik idiler: Bu suretle şahsiyet iktisap olunuyordu.

Çiçeronun konsüllüğü zamanında bu nevi cemiyetlerin adedi so derece artmış ve siyasî bir mahiyet iktisap ederek bir çok tahrikat ve kargaşalıklara merkez teşkil etmişlerdir. O zamanki iğtişaşlarda ve asayişi ihlal eyleyen hareketlerdeki fazla tesir ve rolleri bir *Senatus Consultele* ortada kaldırılmalarını intaç etti bu nevi mücerret varlıkların, teşekkülerinde evvel Senanın müsaadesini almak şartile vücut bulacakları Sezar zamanında yeniden kabul olundu. Klasik devirde, müsaade almış olan hakiki şahıslardan mürekkep teşekküller hükmî şahsiyete tamamen sahip ve hukukî bir varlık teşkil ediyordu. Muayyen ve devamlı bir gayeye bir servetin tahsis suretile vücuda gelen mücerret varlıklara mal kütlelerine latince bir tabirle « *Universitates rerum veya Bomorum* » denilmektedir, bunlar hayır müesseseleri, tesis ve vakıflarıdır. Bir hayır işinin görülmesi için yapılan teberrular ve tahsis edilen servetler Hıristiyanlık devrine kadar hukuk şahsiyetten mahrum idiler. Bu devirden itibaren muayyen gayelere tahsis edilen mallar hukukî şahsiyetten istifade eylemeğe başlamışlardır. Hıristiyanlık devrinde katolik kilisesine yapılan bir çok teberrular neticesi olarak evvela kilisenin şahsiyeti tanındı, mensuplarının haricinde ve dinî gayelere tahsis edilen servetlerin maliki olacağı ve bunlar üzerinde icap eden tasarrufları yaparak hak ve vazifelere ehliyeti kabul olundu.

Zamanla Romada bu nevi hükmî şahısların adedi arttı., Kilise haricinde bir takım manastırlara, dinî tesislere, hastahanelere, darülaceze ve diğer melcelere hükmî şahsiyet tanındı, yavaş yavaş hayırlı bir maksatla vuku bulan her nevi teberrulara şahsiyet teşmil edildi: Bu nevi varlıklar mal kütleleri her hangi resmî bir müsaadeye lüzum olmaksızın vücut bulabiliyorlardı. Savigny « *Traité de droit romain* » nam eserinde aksi fikri dermeyan etmekte, bu kabil hükmî şahısların vücut bulması için ayrı bir müsade istihsaline lüzum olduğu noktai nazarını müdafaa eylemektedir. Tetkika-

tımız Roma hukukunun ta ilk devirlerinden itibaren hükmî şahısların mevcudiyetini ve birer süje olduklarını, bu mücerret varlıkların hukukî hayatta git gide zamanın seyri içinde daha hususî ve önemi artan bir mevki işgaline başladıklarını ve bunların şahsiyet ve hukukî ehliyetini bize kâfi derecede göstermiştir.

Roma hukukundan ve Roma imparatorluğunun inkırazından itibaren orta çağa doğru ilerilediğimiz takdirde hukuk kültürünün de tedricen ortadan kalktığına ve kurunu vustanın karanlıklarının şahsiyet mefhumunu da sislere bürüdüğüne şahid oluruz. Nur ve ışıktan mahrum zulmetler içine boğulmuş olan bu devirde, hakikî şahıslar haricinde mücerret varlıkların mevcut olacağı unutulmuş, hükmî şahsiyet mefhumu nisyane karışmıştı. Hukukî şahsiyet mefhumunun yeniden canlanmasına kilise sebeb oldu. Kilise lehine vuku bulan bir çok teberrular neticesinde servetini haylıdan haylıya arttırmıştı, Mallar üzerinde tasarruflarda bulunmak için ayrı bir şahsiyete sahip olması icap ediyordu. Bu suretle kilisenin hukukî şahsiyeti yeniden ortaya çıktı. Roma hukuku hukmî şahsiyet nazariyesi üzerinde işlemediği gibi Glossateurler de nihayet kendi zamanlarında yaşayan teşekküllere Roma hukukundaki esasların tatbikile uğraştılar ve daha ileri gidemediler. Tekâmülün seyri takip edildiği zaman müteakip devirlerde yavaş yavaş ileriye doğru bazı adımların atılmakta olduğunu görüyoruz. Henüz tam manasile bir hükmî şahsiyet meselesi ortaya çıkmamış olmakla beraber bu hususta bir nazariye vücuda getirmek yolundaki çalışmalara tesadüf edilmektedir. İşte bu nazariyeyi kurmağa çalışanlar kilise hukuku ile meşğul olanlardır. İhtiyaçların aman vermiyen tazyiki altında kiliseye mensup bazı zevât, nazariyeyi işlemişler, mücerret olan teşekküllere de şahıs ismini vererek onların da hukukun hâmili olacağını ve hakikî şahıslardan ayrılmaları lüzumunu beyan etmişlerdir, bunlar, mücrret şahsiyetin mevhum ve mefruz lâkin zarurî bir şahıs olduğunu ilâveden de geri kalmamışlardır. Bu sebeble büyük hukukşinas *Gierke* nin fikrine göre hükmî şahıslara taallûk eden ilmî meselenin hakikî babası kanoni Stlerdir, bu andan itibaren hükmî şahısların mevhum ve mefruz birer varlık olduklarına dair bir doktrinin ortaya çıkmış bulunduğuna şüphe yoktur. Bu suretle ortaya çıkan bu nazariye tabiî hukuk cereyanına kadar mevcudiyetini muhafaza ve idame edebildi, tabiî hukuk cereyanının kuvvetle hakîm olduğu devirde zahiren, mefruz ve mevhum şa-

hıs doktrini değişmemiş görünüyorsa da hakikatta menşe'indeki mana ve mahiyetini ve muhtevasını çoktan gaip eylemiş bulunmakta , tabir caıse katılaşmış bir vaziyettedir. Tabiî hukuk bu boş kalan kalıba ve şekle yeni bir muhteva getirdi.

Mefruz ve mevhum şahıs tabiri mahfuz kalmakla beraber bu tabir, tamamen başka bir mana ifade etmekte, teşekkülün kollektif şahsiyetini ifade termekte idi. Zamanla bu husus sadece nazariyatta kalmıyarak mevzuta da girmiştir .. Onsekizinci asrın ikinci yarısında ve ondokuzuncu arın başlangıçlarında mevcut şahsiyet nazariyesi budur. Bu nazariye bir ok şahısların ancak bir şahıs ad ve bir şahıs gibi hesap edileceklerini ve bunu da bir faraziye bir fikisyon neticesi olacağını öğretir. Baba ile oğul murisle varis kanunî bir fiksiyon netioesi olarak muhtelif şahıslardan terekküp eden cemiyetler, şirketler ve muhtelif teşekküllerde bir mukavele neticesi olarak tek bir şahıs gibi telâkki olunurlar, işte bu şahısları muhayyel şahıs mefruz veya mevhum şahıs diye yad etmektedirler diğercihetten bu mevhum şahıslar o suretle tahlil ediliyorki birleşmiş olan şahısları tek ve mücerret olarak ayrı ayrı ele almak suretile değil lâkin hosi birlikte yekdigerine bağlı bir kül Tek vücut halinde tecelli eylemekteirler. Bu nazariye evvelki asrın başlangıçlarında kuvvetle hâim olan bir nazariyedir, bu telâkkiye göre pek tabiî olarak her şeyden evel ve hakiki manasile şahıs insandır, onun yanında esas itibarile aynı tabiiikle mevhum ve manevi şahısta tanınmaktadır.

Ondokuzuncu asır hukuk şinaslarının bir kısmı mühimminin hukkî şahsiyet nezariyesinin mebdei hareketi ancak hakikî şahısların, insanlın hukuka süje olabilecekleridir. Bu esas üzerine kurulan muhtelif sistemlerden bahsetmek ve bunların kabul edilmelerine imkân bulunmadığını, mahiyet ve hakikat eşyaya uygun olmadıklarını göstermek lâzımdır.

(Ondokuzuncu asırdan Savigny'den itibaren hükmî şahıslar) Fiction sistemi denilen sistem Fransada son zamanlara kadar umumiyetle kuul edilen ve bir çok hukukşinaslarca kuvvetle müdafaaya mazhar olan sistemdi. Yalnız insanlar hakikî bir şahıs oldğu için insanlardan gayri on varlıklara şahsiyet fikrinin tatbiki, hukukî bir faraziyeden başka surdeizah edilemez, kanun vaz'i umumî menfaat bakımından mevhum ve mefruz bir şahıs kabul etmekte ve bunu kısmen hakiki şahısların tabi olduğu

muameleye tabi tutumaktadır. Bu suretle kanun vasfı, tasavvur eylediği bu şahıs için hakların mevcudiyetini mümkün kılarak bunları da umumî hükümleri arasına idhal eylemektedir.

Bu birinci görüş tarzında devlet fictionun hâkim ve sahbi mutlakıdır, hükmî şahsiyet şe'niyeti karşılamaktadır, bu şahsiyet kanun tarafından münasip göreceği bazı teşekküllere verilmiş hususî bir imtiyaz mahiyetindedir. Kanun vazıı, insan tarafından vücude getirilen bu mücerret varlıkların faaliyetini kolaylaştırmak için bunlara şahsiyet tanımaktadır.

Mevhum ve muhayyel şahsiyet nazariyesi ondokuzuncu asırda hakim olan ananevi denilebilecek bir nazariyedir.

Bu Nazariyenin Almanyada muakkip ve müdafileri tarihî mektebin müessisi *Savigny, Puchta. windseheidi* gibi tanınmış şahsiyetlerdir, Bu nazariye Fransada son zamanlara kadar hâkim bir mevki işğal eylemiştir. Bu hukukî meselenin ilmî surette tetkiki 19 uncu asırda Savigny ile başlar. Bir çok hukukşinaslar bu meseleye başlarken tetkiklerine esas teşkil eden eserlerin başında Savigny'yi gösterirler, zira hükmî şahsiyet meselesi hukukta onunla beraber başlıyan, yürüyen ve onsuz düşünülemiyen bir meseledir, biz hukukçular hükmî şahsiyet meselesini ona medyunuz.

Tatkikatımızın mevzuu ile alaka ve münasebeti bakımından Savigny'nin eseri sadece, tabii hukukun hükmî şahıslar hakkındaki «kollektif şahsiyet» fikrine karşı Roma ve kilise hukukuna istinad eden bir aksülamel olmayup aynı zamanda eşhas bahsini umumî ve ilmî bir esasa irca eylemek suretile onun ayrı ayrı tecelli ve tezahürlerini anlamağa çalışmak için yapılan önemli bir deneme mahiyet ve karekterini de haiz bulunuyurdu. Savigny burada hukuk ilminin ehemiyetle meşğul olacağı bir meselenin mevcudiyetini kuvvetle iddia etmekte ve şahısla hukukun münasebetini tayin ve tespite çalışmaktadır. Savigny'nin bu hususta ilerisürdüğü hal suretini kabul etmek istemiyen hukukşinaslar dahî onun hükmî şasiyet meselesine muhteva ve şumul itibarile pek çok şey kazandırmış olduğunu teslime mecburdurlarr

Savigny diyurki:

(Her hukukî münasebet bir şahsın diğer bir şahısla olan alakalarından doğar. Hukukî münasebetlerin vücud bulmasına sebeb olan eşhasın mahiyet ve karakteri üzerinde durmak lâzımdır. hükmî şahsiyet meselesi do-

layısile her şeyden evvel kim Hukukun hamili; Hukuki münasebetlrin süjesi olabilir, sualine cevap vermek iktiza eder. Bu sual, hakka sahip olmak veya hukukî ehliyet meselesine taallûk eder. „ Saviny uzun bir asır zarfında üzerinde durulan ve çalışılan meseleyi hukukî bir formül ve çerçeve içine alarak onu vazzettiği içinbu sahada yeni bir devir açmış olduğu gibi bilhassa meselenin halli için ürünecek yolu da göstermeğe çalıştığı, meseleye bir hal sureti bulmya bütün kuvvetile uğraştığı için de bu bakımdan yeni bir devir açmış can büyük hukukşinastır. «Savigny » hukuk her insanın sahip olduğu hüriyet olayısile mevcuttur, bu sebeble menşeinde şahsı mefhumu, süje, inan mefhumuna tekabül eder , bu iki mefhum arasında men'şe de mevcut olan ayniyet şu formülü ifadeyi mümkün kılar: İnsan ve yalnız insan hukkî ehliyete sahiptir diyor. Lâkin zahiren kat'i gibi görünen bu iddianın arkasında göründüğünden çok daha fazla şeyler saklıdır. Biz savigny'yi umumiyetle büyük tarihçi, Gayüsun eserini ve fikrini ortaya koyan, tarihî mektebin müessis ve yürtücüsü olan büyük hukukşinas olarak tanıyoruz. Bununla beraber 19 uncu asırda bu meşhur şahsiyetin şöhreti aynı zamanda Roma hukuku sahasında büyük bir otorite olması yüzünden de fevkâlâde artmış bulunuyordu. Savigny'nin tarihçiliği yanında felsefi ruhla da mücehez bir varlık olduğunu unutmamak lâzımdır. Savigny tarafından ana esas hatları çizilmiş olan tarihî mektebin proğramı tam manasile felsefidir. Hükmî şahsiyet meselesinin mevzuubahsolduğu Roma hukuku eserinde ile Savigny'nin aynı zamanda bir filozof ruhile meşbu olduğunu görmekteyiz.

Savigny bize, hukukun şahıslar arasındaki münasebetleri tanzim eylediğini söylemekte ve ferdi iradelere hukukun ayırdığı saha dahilinde hr hangi bir harici müdahaleden azâde olarak ferdin hareket serbestisine malik bulunduğunu ifade etmektedir. , Savigny'nin noktai nazarına göre hukkî münasebetin mahiyeti: Ferdi iradenin hareket ve faaliyet serbestisine malik olduğu bir saha şeklinde formüle edilmiş demektir. Ona göre: İrade nin serbestisi ve istiklâli hukuk nizamının esasını teşkil eder. Bu serbetinin hukukî bir müeyyede ile himaye ve siyaneti hukukun ruhu ve mahsı icabıdır. Bu sebeble hukukun süjesi olabilecek yalnız akıl ve iradeye sahip olan insandır. İrade şahsiyetin esaslı bir unsurudur. Özel hukuk alanı, şahsiyetin faaliyet ve tezahürünü,muhafaza ve idamesini nihayet i-

kişafını temine yarayan bir sahadır. Hükmî şahısların bu görüş zaviyetine göre, muhayyel ve mevhum birer hukuk süjesi oldukları neticesine varmak zarureti vardır, zira sübjectif hukuk: kanunun bir iradeye tanıdığı kudretin ifadesidir. Hakikî süje ancak insandır. şahsiyeten istifade edebilmek için irade kuvveti şarttır., Lakin insanlar yanında hükmî şahısların mevcudiyeti de bir vakıadır, bunu inkâra imkân yoktur, Bu mücerret varlıklar irade ve akıldan mahrum olmakla beraber bunlara da hukukî ehliyet tanımak icabader. pozitif hukuk, hukukî ehliyeti tamamen veya kısmen insanlardan nezeylemek suretile şahıs mefhumunu daralta bileceği gibi hukukî ehliyeti insanlar haricindeki varlıklara yani hükmî şahıslara da sun'i bir surette tanıyarak şahıs mefhumuna geniş bir manada izafe etmiş olabilir, bu takdirde zaruri olan bir unsur ve şart bir faraziye ile tamamlanmış oluyor, bu faraziye de hükmî şahıslarda iradenin mevcudiyetini kabul eylemekten ibarettir, Hükmî şahıslar hakikatta ehliyeti haiz olmadıkları halde hukukî münasebet ve muameleleri kolaylaştırmak için kanun vazıı bunlara sun'i bir surette tamamen farazî olan bir şahsiyet tanımaktadır,insan kuvvet ve kudretinin münferiden başarmaktan aciz olduğu bir çok mühim teşebbüsler bu sayede başarıldığı için bu şekilde şahsiyetin tanınmasından mütevellit faydalar pek fazladır.

Nazariye, esasında hatalı olmakla beraber Savigny hükmî şahsiyeti, umumî ve nazarî bir esasa istinad ettirmeğe çalıştığı ve hükmî şahsiyet memeselesine ilmî bir karakter izafesine muvaffak olduğu için, umumiyetle kabul edilmiş ve yarım asırlık bir zaman zarfında bütün kuvvet ve ehemmiyetini muhafaza eylemiştir, *Windschid ve Puchta* da; nazariyeyi temsil eden mühim şahsiyetlerdir. Puchta' ya göre: İnsanlar yanında hukuk, mücerret ve fikrî bir takım varlıkları da şahıs olarak tanımış ve bunlara mevhum veya hükmî şahıslar demiştir. Savigny'nin şakirdi Windsched'de aynı noktai nazarı temsil eylemektedir. Ona göre: irade kudretine sahip olan varlıklar hukukun süjesidirler, bununla hukukun süjesi kim olabilir, sualinin cevabı kendiliğinden meydana çıkmış oluyor; İnsan!

Zira hukuk nizamı insanların faaliyet ve hareket sahalarını tayin ve tespit işile meşgul olduğu gibi iradeye sahip olan yalnız insan olduğu için ona da hukukî şahsiyet tanımak mecburiyetindedir, lâkin insanlar haricinde diğer bir kısım varlıkların mevcut olduğu bir vakıadır, bu varlıklara atfe-

dilecek şahsiyet, tamamen sun'i, mevhum, fikrî bir ameliye neticesinde vücude getirilmiş olan bir şahsiyettir bu nevi varlıklara hükmî şahıs ismi verilmekledir.

Sayın dinleyiciler:

Windschd' de umumiyetle Savigny'nin yolunu takip eylemiş bu büyük Pandectiste Fiction nazariyesi üzerinde işleyerek onu tekemmüle doğru yürütmüştür. Lâkin fiction teorisine karşı bir aksülâmel vukuuna da intzar eylemek lâzım geliyordu. Bu Teori Almanyada kuvvetli hucumalara maruz kaldı, bu gün orada pek az müdafileri vardır. Tenkide kapusu açık olan bu nazariyenin izahı tatmin edecek bir mahiyeti haiz değildir. Hükmî şahsiyeti tamamen sun'i, sadece kanun vazıı tarafından vücude getirimiş onun muhayyelesinden çıkmış mevhum bir varlık telâkki eylemek hiçte doğru değildir. Bunun en kuvvetli delili bu mücerret ve fikri varlığın kenkisini zorla kanun vazıına kabul ettirmiş varlığını empoze eylemiş olmasıdır.

Mevzuat mükemmelleşerek hukukî hayat bir millette inkişaf ettikçe hükmî şahsiyet, hakikî şahsiyet kadar elzem ve zaruri bir varlık halinde teceli ve tezahur eder. Her şeyden evvel devlet ve devletin idarî şübeleri bu nokta nazarı teyid eylemektedir, devletin hükmî şahsiyeti bu telâkkinin doğmuş olduğu zamanı bulamıyacak kadar eskidir.

Hükmî şahsiyet mefhumu zamanın seyri içinde genişlemiş ve şumul lenmış, her gön yeni tatbiklere mazhar olmuştur, buda gösteriyor ki hükmî şahsiyet telâkkisi hakikî ve mübrem bir ihtiyacı karşılamaktadır. Kanun vazıinin Hayalhanesinden çıkan sun'i bir varlığın ifadesi değildir, bunlar kanun vazıine kendilerini zorla bir şen'iyet olarak kabul ettiren içtimai hayatın zaruret ve tecellileridir.

Bununla Fiction teorisinin yanlışlığı iyice ortaya konulmuş oluyor. fiction nazariyesine göre hakiki hukuk süjesi yalnız insanlardır. hükmi şahıslar ise muhayyel ve mevhum süjelerden ibarettirler

Hadiselerin müşahedesi bu muhakeme tarzının şe'niyeti kurşılamadığını göstermektedir. Sadece insanların hak süjesi olmayup onlar yanında diğer bir kısım mücerret varlıkların da süje olduklarının en kvvetli delili objekti hukukun, bu mücerret varlıkların mevcudiyetini ve şahıs vasfını haiz bulunduklarını kabûle mecbur olmasıdır, Tarih te bu hakikatı teyid eylemektedir

Bazen kanun vazılaları hükmî şahsiyeti tanımak istememiş, hükmî şahısların mevcudiyetinden çekinmiş bu varlıkları bir hasım telâkki eyleyerek ortadan kaldırmak istemişlerdir.

Lâkin sosyal ve ekonomik ihtiyaç ve zaruretlerin ifadesi olan bu mevcudiyetleri mutlak surette bertaraf edememişlerdir . Tarihin muhtelif devir ve safhalarında bu zaruret kendisini hissettirmekten geri kalmamış, hükmî şahısların kuvvetlenmesinden endişeye düşenlerin aleyhdar ve hasımkâr tedbirleri de nihayet pek kısa bir zaman devam edebilmiş, sonunda yine hükmî şahsiyetin yeniden kabulü mecburiyeti duyulmuştur.

Fiction nazariyesine göre şahsiyet devletin bir imtiyaz ve atıfeti mahsusudur, Bu imtiyazı devlet muhtelif tarzlarda bahşedebilir, kanun vazii şahsiyetin verilüp verilmeyeceği meselesini her hadisede tetkik eylemek salâhiyetini mahfuz bulundu.abileceği gibi bu salâhiyeti idarî bir otoriteye de tevdi edebilir veya muayyen bir tipe uygun ve muayyen bazı kavaide tabi olarak vücud bulan her teşekkülün ve müessesenin şahsiyete sahip olabileceğini kabul etmiş olabilir.

Lâkin şahsiyet bir imtiyaz ve atıfetten ibaret olduğu için esasında Devletin keyf ve arzusuna tabi olmak karekterini muhafaza eyler.

Fiction sisteminde hiçbir teşekkül, ve topluluk mahiyeti itibarile şahsiyete sahip olmak iddiasında bulunamaz. bir lûtuf ve atıfete muhtaçtır. Bu lûtuf ve atıfetini devlet her zaman geri alabilir. Binaenaleyh devlet umumiyetle hoş gördüğü teşekküllerden bu imtiyazı esirgemiyecek, diğerlerine ise bunu bittabi bahşetmeyecektir. Hükmî şahsiyet bu sistemde topluluk ve teşekkülü terkip eden üyelerden müstakil bir varlık halinde tecelli ve tezahür eder. Fiction sistemi poze edilen meselenin anahtarını vermekten uzaktır ve hiç bir hususun halline yaramamaktadır. Hukukun üzerinde duracagı ve tarihin seyri içinde her devirde ve her yerde görülen hadise: Malların teşekkülü ve toplulugu teşkil eden şahıslara ait olmadığı hadisesidir. Bu malların mevhum ve hayali bir şahsa ait oldugunu iddia eylemek, kimseye ait olmadıklarını ileri sürmek demektir. Hakkın mevcudiyeti ona sahip olan bir süje mevcut olmaksızın idrâk edilemez. Hakkın varlığını hayale ve sun'i bir şahsiyetc atf ve izafe eylemek suretile izah eylemek imkânsızdır. Bununla hakikî bir sujenin mevcut olmadığı itiraf ediliyor demektir. Bu izah şekli divarda takılı olduğu tasavvur ve tahayyül edilen bir elbise

askısına bir şahsın şapka ve mantosunu asmasına benzer.

Fiction teorisi bazı hukukî nazariyelerin izahını kolaylaştırmakla beraber kendisi hiç bir şeyi halletmemektedir.

Fiction sistemine karşı vukubulan aksülamel süjesiz hak teorisinin ortaya çıkmasile belirmiştir. Bu teoriye göre toplulugun mallarını sahipsiz mal telâkki eylemek ve bu maller dolayısile mevzuubahsolan hakların da süjesiz olacağı neticesine varmak lâzımdır. Fiction sisteminin tevlit eylediği reaksiyon bu kadar garip ve acayip fikirlerin ortaya çıkmasına sebeb olmuştur, Fiction sistemini eyice inceleyerek bu sistemi işleyen bir kısım hukukşinaslar fictionu faidesiz diye bertaraf ederek onun arkasında saklı olanı haklı bir surette görmek istediler. Lâkin perdeyi kaldırdıkları zaman arkasında gizli duran şeyi görmesini bilemediler. Zira bunlara göre de hukukun hakikî süjesi yalnız insandı,. Selefleri gibi bu hareket mebdein bir cihetten muhafaza ederken diğer cihetten fictionu ortadan kaldırdıklar için mevzuubahsolan haklar her türlü mesnedden mahrum muallakta kalıyor, ve bir hakkın süjesiz idrâk edilemiyeceği esasından uzaklaşılıyordu. Bu sistemi Fransızlar *Le System des droits sons sujet* tesmiye etmektedirler. (Böhlau) *Rechissuhjéktu. Personenrolle* nam eserinde: (Hükmî şahıs: hakikatta sahipsiz bir mal kütlesinden bir patrimoine dan başka bir şey değildir. Bu mal kütlesi hukukan sanki bir süjeye sahipmiş gibi muamele görmektedir, bir şahıs olmamakla beraber ona bir şahıs rolü oynatılmakadır diyor.) *Brinz* bilhassa süjesiz hak teorisinin mümessili olarak gösterilebilir. Ona göre hukukî ehliyete sahip olan yalnız insandır, Onun yanında hakikatta ikinci bir kısım şahıs (Kategorie) si mevcut değildir, bizim hükm şahıs namını verdiğimiz varlıklar hakikatta şahıs olmayup patrimoine' nin hususî bir nevidirler. prensip itibarile şahısla alakası olmıyan muayyen bir gayeye ait bir Patrimoine karşısındayız bu patrimoine'i terkip eden miller hukukun çerçevesi haricinde kalmamakla beraber sahipsiz mâllardır, Res-nullius dirler.

Ortada mevhum veya şe'ni bir şahsiyetin mevcudiyetini ispata kalkışanlar, boşuna yorulmaktadırlar. Bir mâl bir şahsa ait olabileceği gibi muayyen bir gayeye de ait olabilir, Bu gaye bu sebeble şahıs vasfını ihraz eylemiş olmaz. Hükmî şahsın mameleki hakikatta gayenin mamelekidir. *Zweckvermögen* dir. Bütün hükmî şahıslara bu nazariyeyi tatbik mümkündür. diyor :

Bu kelime oyunlarile *Brinz*, ın Fiction teorisini bertaraf eylediği aşikâr ise de meseleye bir hâl sureti bulmuş değildir. Zira bu gaye mameleki de şahıs mameleki gibi haklardan terekküp eder, biz objektif bir gaye *Patrimoir*, e fikrini bir an için benimsemiş olsak bile mamelki terkip eden hakların sujesi kimdir sualinin cevabı bulunmuş olamaz.

Bizzat *Briniz*'in de bu nokdata gözünden kaçmadı: «Hiç bir şahsa ait olmayan patrimoine' nin ,yalnız şahısların sahip olabileceği haklardan terekküp etmesine imkân yoktur» dedi. Ona göre gaye Patrimoine'nın şahıs Patrimoine' nından ayırmak ve aralarında mefhum itibarile de bir fark yapmak lâzımdır. Bu nazariye bizi malların hakiki bir mameleki bulunmadığı için bunlara devletin vazı yed edebileceğini kabul neticesine isal eylemektedir. Fiction nazariyesine yapılan itirazlardan biri de bu nazariyenin âmme huku alanına tatbiki imkânsızlığıdır. Roma hukunda hükmî şahsiyet mefhumu sadece hususî hukuk alanında inkişaf eylemiştir. Roma hukukşinasları devletin hâkimiyet haklarına sahip olduğunu göstermek için şahıs kelimesini kullanmamışlardır. Roma hukukşinaslarına göre şahıs aile ve mamelek hakları gibi hususî hukukun tanıdığı haklara sahip olabilmek ehliyetinin ifadesidir. Devlet şahıslarının haricinde ve üstünde bir varlıktı. Muahhar devirlerde devlet hazine ve malî kudretin ifadesi olması bakımından bir şahıs suretinde telâkki edilmiş ise de ancak hususî hukuk şahıs olarak kabul edilmiştiri. = Biz bu gün hükmî şahsiyet mefhumunu hem âmme hukuku hemde hususî hukuk için müşterek umumî bir mefhum olarak anlamaktayız. Hukukun sujesi fikri her iki alanda da aynıdır, sujesiz bir hak idrâk edilemez. âmme hukuku alanında olsun, hususî hukuk alanında olsun sujeyi, bununla karışabilecek her şeyden tefrik eylemek hususu büyük bir ehemmiyet arzeder. Devlette hâkimiyet haklarile beraber bazı Patrimoine haklarına sahip bir şahıstır. Binaenaleyh hükmî şahıs tabirini sadece hususî hukuka has bir tabir addeylemek doğru degildir. Hükmî şahsiyet mefhumu hususî hukuk sahasında olduğu kadar âmme hukuku sahasının muhtaç olduğu bir mefhumdur.

Hâl böyle olunca hükmî şahsiyeti, kanun vazıinin vücude getirdiği mevhum bir varlık olarak kabul etmeğe imkân kalırmı? Devleti kanun vücude getirmemiş, devlete has olan hakları kanun bahşeylememiştir, Bu haklar devletin şahsiyeti neticesi olmayup mevcudiyeti dolayısile malik olduğu haklardır. Kanun, devlet şahsiyetinin kendisinden önce var olduğunu ka-

bul ve bu şahsiyeti nizama bağlayarak tahdit eder, devlet hakkında doğru olan bu husus, şahsiyete sahip diğer topluluklar için de sahihtir . . Tarihin seyri takip edilecek olursa bu topluluklardan bir çoklarının devete tekaddüm ettikleri ve ona benzer şekilde vücut buldukları görülür. Kanun bunları da nizama bağlıyarak münasip ve faaliyetlerine bir hudut tayin eylemiştir., Devleti zaruri bir hükmî şahsiyet diye tavsif eden hukukşinalar vardır. Ezcümle Savigny bunların başında gelir. Hükmî şahsiyeti haiz anlıklardan birinin, bu suretle kanun vazıinin iradesinden gayrı bir sebeben doğmuş olması Fiction nazariyesini kıymetten düşürecek mahiyettedir. İsasen kanun vazıi bizzât yeni bir şey vücude getirmez, mevcut olanıç tiraî, sosyal münasebetleri tanzım eder. Kanun vazıi hoş görmediği münaselet-lerin mevcudiyetine mani olamaz, Sadece bazı müeyyedeler tatbikini, ezcümle bunların cezaî veya idarî bazı müdahalelere tabi olacaklarını kabul edebilir. .

Lâkin mevcudiyetlerinin hiç bir suretle önüne geçemez.

Tarihe en sathî bir göz atıldığı takdirde hükmî şahısların mevcudiyetine kanun vazılerinin sed çekemedikleri hemen görülür, muayyen bir zaman için bu mücerret varlıkları tanımaktan içtinap edebilir. Hasım telkki ederek nazarı dikkate almıyabilir. Tarihte bunun bir çok misalleri varır. Lâkin hiç bir zaman bunları mutlak surette ortadan kaldıramaz, mevcudiyetlerine ilânihaye hateme çekemez ve çekememiştir. Sosyal ve ekonomik ihtiyaçların doğurduğu mevcutlar oldukları için aleyhdar ve hasmane her türlü tedbire rağmen er geç varlıklarını hissetirmişler, bir zarureti ifade ettiklerinden dolayı içtimaî hayatta yeniden ve daha fazla bir kuvvetle yerlerini almışlardır. Tarihin verdiği bu dersi anlamıyanlara bu dersten ibret alamıyanlara maalesef tesadüf edilmektedir, ezcümle Fransada hükmi şahslara karşı inkılâp zamanında alınan hasmane vaziyet Napolyon mecellesinde de bütün kuvvetile yaşamakta ve uzun zaman mevzuat hükmî şahsiyete temastan içtinap eylemektedir, hükmî şahıslar. bu mücerret varlıklar son derece tehlikeli addedilmiş bunların mevcudiyetinden mütevellit mahzurların önüne cezrî bir surette, vücud bulmalarına tamamen mani olmak suretle geçilmek istenmiştir. Lâkin Fransada da evvelâ tatbikat ve yavaş yavaş mevzuat hükmî şahısların mevcudiyetini kabul zarureti olduğunu idrâk etiler, ve bu yolda yürümek mecburiyetinde kaldılar, hükmî şahıslara karşı

alınacak tetbir, onları köylerile birlikte yere devirmeye teşebbüs gibi cezri bir tedbir değil lâkin tehlike ve mahzurları önleye bilecek tedbirler olmak lâzımgelir. Eeğer hükmî şahsiyeti bir ağaca benzetecek olursak baltayı bu ağacın köküne değil, lüzumsuz ve hatta zararlı addedilen dal ve budaklarına indirmek suretile meselenin halli icabeder, aksi takdirde tutulan yolun sakatlığı çok geçmeden hakikat fenerinin ışığı altında bütün kuvvetile kendisini gösterir, şe'niyet er geç kendisini zorla kabul ettirir, Bu bakımdan tarihin verdiği dersin kıymet ve ehemmiyeti fazladır.

Hükmî şahısların fazla kuvvetlenmelerine, servetlerini hudutsuz bir şekilde tezyit ederek ekonomik bakımdan tesirlerini artırmalarına karşı bir çok itirazlar serdolunabilir., Romada adedleri son derece artmış olan cemiyetler sosyal karışıklıklar devrinde birer fitne ve fesad ocağı olmuşlar, mühim rol oynamışlar ve çiçeron 'un emrile mevcudiyetlerine hateme çekilmişti, lâkin aradan çok zaman geçmeden yine teşekküllerine müsaade olundu, yalnız bazı tedbirler ittihaz edilerek mevcut mahzurların önüne geçmiye çalışıldı. Her zaman ve her yerde alınacak bu kabil tedbirlerle tevellüt edebilecek mahzurların önüne geçmek imkânı vardı. Bu mücerret ve fikri varlıkların mevcudiyetini içtimaî hayattan silmeğe kalkışmak, içtimaî hayatı ve onun münasebetlerini bilmemek ve anlamamaktır, Böyle radikal bir hareketin aksülameli de çok kuvvetli olur.

Tissier gibi bazı hukukşinaslar devletin lüzumlu gördüğü veya bir tehlike hissettiği zaman hükmî şahısların vücudunu büsbütün ortadan kaldırabileceği zehabına kapılmışlardır, hükmî şahsiyetin sun'i ve muheyyel bir varlıktan başka bir şey olmadığını iddia eylediklerine nazaran şe'niyet ve zaruretin ifadesi olan bu varlıkların hakikî mahiyetine nufuz edememiş oldukları aşikârdır. Bununla kanun vazıinin, hükmî şahsiyet iktisap eylemek isteyen her teşekkülün şahsiyetini tanımak mecburiyetinde olduğu iddiasında değiliz, şekil bakımından hükmî şahsiyet iktisabını reddeylemek salâhiyetini her zaman haizdir, fakat er geç yine hakikatin nuru yolunu aydınlatmakta ve düşdüğü hatayı bizzat tamir ve tashihe mecbur kalmaktadır içtimaî münasebetlerin hakikî mahiyetini ve kendisinin bu münasebetlerdeki rolünü günün birinde anlamıştır. Bazan umumî intizam, ahlâk ve adab gibi mülâhazalarla, sırf inzibatî bir tedbir mahiyetinde olarak bir teşekküle hükmî şahsiyet reddedilmiş ve sosyal ve ekonomik hayatın tezahür ve te-

cellilerinden biri bu suretle darbelenmiş olabilir.

Unutmamak lâzımdır ki (devlet sadece kanun vazii olmayup) aklara sahip bir hükmî şahsiyettir; Devlet bu bakımdan ferdler arasında bu kabil teşekküllerin vücut bulmasına yardım ederek hükmî şahısların teesüsünü kolaylaştırabilir. Bütün bu tetkiklerimiz, Fiction sisteminin sakatğını açık bir surette meydana koyduğu gibi bu sakatlığı tebarüz ettiren diğer bir nuktayada işaret etmek lâzımdır. Fiction sisteminde mevhum ve sn'i olan şahsiyet kendini terkip eden hakikî şahıslardan müstakil, onlar hariinde bir varlıktır, hukukî münasebetlerinde azası üçüncü şahıslar gibidir, azası hükmî şahıs namına hareket ederken üçüncü bir şahsı temsil etmiş addolunmak lâzımdır, Fiction sisteminin bir neticesi de hükmî şahsiytin üyelerinin rey ve müdahalesine lüzum olmaksızın ortadan kalkabileceğive onların arzuları hilafına mevcudiyetini idame edebileceği neticesidir. İtraf etmeliyizki bu kabil neticeler şe'niyete muğayirdir. Ve tatbikatta bir ok noktalar terk edilmiş bulunuyor. Hükmî şahsiyeti terkip eden hakikî şahıslardan tecerrüt edildiği takdirde meselenin en esaslı unsuru unutulmuş olur. Hükmî şahsiyet hakiki şahıslardan ayrı ve müs'akil olarak, hakikî şahıslara burada lâyık oldukları mevki ayrılmaksızın idrâk edilemez, Binaenaleyh üyeleri olan hakikî şahısları üçüncü şahıs suretinde telâkki etmiyen diğer bir nazariye aramak lâzımdır, izahatımız Fiction sisteminin kifayetsizliğni göstermiştir. Hükmî şahıs bir birlik ve aynı zamanda bir topluluktur, bu birlik şeklinde ortaya çıkan şahsiyetle birlikte onu vücude getiren varlıkları da icap eden kıymet ve ehemmiyetle nazar dikkate almak lâzımdır: Aksi takdirde bir çok hatalara arzu edilmiyen neticelere varılır ve yanış bir yolda yürünmüş olur.

Savigny ve şakirtlerinin hükmî şahsiyet meselesini hal için kabul eyledikleri fiction sistemi yanında *Bekker ve Îhering* meseleye baha radikal bir hal sureti bulmak için görünüşte tamamen ayrı bir yolda yürüdüler. Hering,Geist des Römischen Rechts« Roma hukukunun ruhu» nam eserinin mantıkın hukukla alâka ve münasebeti bahsinde sübjektif hak mefhumunu tayin ve tespite çalışmaktadır. Hakkın bir irade kudretinden ibaret olup olmadığı meselesine ihering kat'i bir surette menfi olarak cevap vermekte ve hükmî şahsiyet meselesini yeni bir bakımdan tetkika koyulmaktadır. İhering diyorki: Hakikatta irade ile hukuk arasındaki münasebet

şimdiye kadar söylenilenden tamamen başkadır. Hukuk irade sebebile mevcut olmayup, irade hukuk sebebile mevcuttur. İrade nazariyesi doğru olarak kabul edilseydi, İradesiz şahısların haklara sahip olmaması lâzım gelirdi, lâkin bunlarda hakların himaye ve siyanetile tatmin edilen menfaatlara malik bulunmaları hasebile haklara da sahiptirler, irade nazariyesine göre vasi olan kimse hak sahibi olmak lâzım gelir, çünki patrimoine üzerinde tasrrufta bulunan odur. Lâkin ihering'e göre hak sahibi irade kuvvetine sahip bulunan değil, haklardan istifadeye salâhiyetli olandır, ihering: Haklar hukukan himaye edilen menfaatlardan ibarettir diyor. Burada ihering hükmî şahsiyet meselesine varmaktadır:«Hükmî şahista hakikî hukuk süjeleri münferit ferdlerdir, hükmî şahıs haklardan istifadeye ehil değildir, hükmî şahıs için ne bir menfaat ne de bir gaye mevzuubahs olabilir, hakikî süje hükmî şahıs olmayup onu terkip eden üyeleridir. hükmî şahıs. hakiki şahısların harici âlemle olan alâka ve münasebetlerinin tezahuruna yarayan bir şekil ve vasıtadan ibarettir » cemiyetler ele alındığı zaman bu görüş tarzını onlara tatbik eylemek imkânı vardır. Tesislere gelince ihering'e göre bu nevi hükmî sahıslarda hakikî hukuk süjeleri, lehine tesis yapılmış olan kimseler yani hastalar,-yetimler, Fakir ve zavallılar ilh... gibi tahsis edilen servetten istifade eyliyen hakikî şahıslardır. ihering« hükmî şahsın mücehhez olduğu haklara, üyelerinin sahip bulunduğu şüphesizdir.

Hühmî şahsın hakikî ve esaslı unsurlarının, hakikî şahıslar olması burada bütün münasebetlerin gayesini teşkil eder, zahiri süjenin arkasında hakikî hukuk hamili saklıdır. » diyor.

Yukarda izah ettiğimiz nazariyeden görünüşte çok uzak olan bu izah şekli hakikatta ona, bu görünüşten çok daha yakındır, ihering hukukî şahsiyeti iradeye istinad ettirmek yolunda yürümemiştir. ihering için hukuk ahlâkî olmayup iktisadî olduğu gibi hukukun gayesi de iktisadî dir, ve bundan yalnız insanlar istifade eder, hukuk süjeleri ihering'e güre de yalnız insanlardır; hükmî yaşahsiyet namına yapılacak muameleleri hakikî şahıslar yaparlar, yalnız ferdlerin iktisap eyledikleri haklar kendi zâti ve şahsî hakları olmamayup hükmî şahsiyeti vücude getiren üyelerin hey'ti mecmuasına ve umumî menafie aittir. Bu haklar müctemi, kollektif haklardır. Hakikî şahıs yanında hukuk nizamı birde hükmî şahıs tanıyorsa, bu bir şekilden, teknik

bir vasıtadan başka bir şey ifade etmemektedir. Bu suretle hususî hukukun normal mahiyetine bir istisna yapılmış oluyur, sureti hallin ameli olması, ve temin eylediği faideler göz önünde tutularak bir insan topluluğu sun'i bir şahsiyet ve vahdete irca ediliyor demektir, ona göre hükmî ve mücerret varlıklara şahıs mefhumunun tatbiki, tabiî bir mefhumun su'i bir teşmilini ifade etmektedir. İhering hükmî şahsın teknik faydasını hükmî şahsiyet fikrini hatta zarurî olduğunu kabul ettiği için çok cezri bir noktai nazara saplanmış değildir. Bununla beraber İhering'inde meseleye vermek istediği ilmî sureti hal bakımından seleflerinin yolunda yürümüş olduğu ve Fiction'a vardığı aşikârdır.

Zahiri şahsiyetin arkasında hakikî şahsiyet saklıdır diyen İheringe cevap olarak görünüşte Realis olan nazariyesinin arkasında hakikatta Fction mevhum ve hayali şahsiyet nazariyesi gizlidir demek mümkündür, bunun başka türlü olmasına da imkân yoktur. Zira yalınız insanın şahıs olarak haklardan istifade edeceği ve hukukun sujesi olacağı, onun haricinde hakikî bir hukuk hamilinin mevcut olmiyacağı ileri sürülmektedir. Bu sebeble tereddüdsüz olarak söylenebilirki hükmî şahsiyet meselesini izaha çalışan bu nazariyede muvaffak olamamış, gayeye varamamıştır. Bekker ise hukukun sujesi kim olabilir? meselesini ve hukuk hamili mefhumunu bihassa felsefî bakımdan tetkik etti ve hükmî şahsiyet nazariyesini inceledi. Bekkere göre hakkın istimali ehliyetini haktan istifade ehliyetinden ayrmak lâzımdır, bu iki ehliyet bazen bir arada bulunabilecekleri gibi bazan da ayılmış olabilirler, bir hakkı istimal ehliyeti ancak iradeye sahip olan mevcularda bulunan bir ehliyettir. Haktan istifade ehliyeti ise küçük ve deli gibi iradeye sahip olmıyanlarında malik olabilecekleri bir eheliyettir. Bkker, hayvanların ve eşyanın da doğrudan doğruya hak sujesi olmaksızın haklardan istifade edebileceklerini kabulde tereddüt etmiyor.

Bekker haklardan istifade edenler hakkında ***Genisser*** hakları kullanabilenler hakkında *Verfüger*, istifade ehliyeti için *Genuss* istimal ehliyeti için de ***Verfügung*** tabirlerini kullanmaktadırki, bu sonuncusu Almancada daha ziyade tasarruf ehliyetini ifade eder. İhering irade unsurunu hukuk mefhumundan tamamen uzaklaştırmağa çalışırken Bekker bu derece cezri hareket etmemekte irade unsurunu da nazarı itibare almaktadır. Kendi radesile ve mani sebebler mevcut olduğu takdirde bir mümessilin iradesile ha-

reket eyleyerek hakların istimalinde müessir ve kat'i role sahip bulunan varlık Bekker için hukuk sujesidir.

Verfüger yalnız iradeye sahip olan insan olabilir. Haklardan eşya ve hayvanlar, camit cisimler de istifade edebildiğine göre hükmî şahsiyet meselesini halletmek Bekker için büyük bir zorluk arzetmiyor, Hükmî Şahısta: İradeye sahip olan ve *Verfüger* vaziyetinde bulunan insanın arkasında hakların istimaline çok daha müessir olan *Genisser* vardır. Burada esas itibarile Verfüger'in idare ettiği bir gaye mameleki *Zweckvermögen* mevzuu bahs oluyor buna hükmî şahıs namı verilecek olursa tamamen nazarî olan bir mefhum, mücerret bir şekil karşısında bulunuyoruz demektir. Oldukça karışık olan hükmî şahıs müessesesinin rolü ve mevkii *Verfüger ve Genisser* vasıflarının hakikî bir şahısta birleşmesi halinde şahsın haiz olacağı rol ve mevkie tekabül eder.

Bununla Bekker hükmî şahsiyet meselesini halleylediğine ve hukuk sujesi mefhumuna bir şumul ve vüs'at verdiğine kanidir, artık insanla birlikte bilcümle teşekküller ve topluluklar, müesseseler hukukun hâmili olabileceklerdir. aynı umumî prensip ve esas ve aynı çerçeve dahilinde toplanabileceklerdir. Bekker burada *Verfüger* yerine niçin *Genisser*'i hukukun hamilli olarak kabul eylediğini izah etmiş değildir.

Hukukun sujesi kimdir sualine avdet eden Bekker haktan istifade edenle hakkı istimal edenin aynı şahıs olabileceği gibi ayrı ayrı şahıslar da olabileceğini yani *Genisser le Verfüger'in* ayrılabileceğini söyledikten sonra hukuk süjeliği vasfı için istifade ve istimalden hangisinin kıstas ittihaz edileceği noktasında tereddüt ve aciz göstermektedir, bu suale herkesi tatmin edecek bir cevap bulamadığı göze çarpmaktadır. Bekker'in noktai nazarı fazla taraftar kazanamıyan bir noktai nazardır. Bekker nazariyesi dikkatle tetkik edildiği zaman Savigny'nin şahsiyet nazariyesile arasındaki irtibat ve alâka hemen meydana çıkar, Savigny'nin hukuk süjesi hakkındaki görüş tarzı o derece kuvvetli bir tesir icra etmiştirki, Bekker de bu tesirden kendisini kurtaramamış, nazariyesini kurarken Savigny'e bağlı kalmıştır. Bu sebeble *Genisser ve Verfüger* tefrikini hakkile ve kat'i bir kıstasa dayanarak tayin ve tespit edememekte bu noktada bocalamaktadır. Bekker nazariyesinin en büyük

kusuru bu noktada mündemiçtir. Diğer bir kısım hukukşinaslara göre hükmî şahsiyet fikrinin faydası yoktur. Bu fikir lüzumsuzdur, hukukşinaslar lüzumsuz yere hükmî şahsiyet meselesile meşgul olmakta ve ortaya bir çok karışık ve sonu gelmiyen münakaşalar ve nazariyeler atmaktadırlar, ezcümle *Vanden Heuvel* bu noktai nazarı müdafaa eylemekte ve belçıkalı hukukşinas *Laurent* bir şahsiyet vücude getiren Fiction nazariyesinin garabetini tebarüz ettirmektedir. Mevcut olmıyan bir şahsiyeti Allahtan başka kim vücude getirebilir, kim yoktan var etmek iktidarını haizdir dedikten sonra yukarıda gördüğümüz izah tarzlarının hepsini reddediyor ve diyorki, malları sahipsiz ve hakları sujesiz telâkki eylemek te doğru değildir, bu mallar ve haklar hakikî şahıslara aittir, yalnız hakikî şahıslar vardır ve hak sahibi de ancak bunlardır, hükmî şahsiyet bir görünüşten ibarettir, itinalı bir talil hükmî şahsiyetin hukukçuların boş ve manasız bir icadından başka bir şey olmadığını gösterir.

Diger bazı hukukşinaşlar da bu noktai nazara iştirâk etmişlerdir bunara nazaranda hükmî şahsa aid olduğu kabul edilen haklar hakikatta hakkî şahıslarındır, bunlar müşterek mamelekin hakikî sahipleridirler. Teşekkülün üyeleri bir tek adam, tek bir şahıs gibidir, mameleki de teşekkülün serrayesidir. *Planiol ve Berthelemy* de hükmî şahsiyeti kollektif mumelek mefhumuna irca eylemektedirler.

Planiol'a göre mevzubahs hükmî şahıs hayalî ve mevhum bir şaıs suretinde dahi telâkki edilemeyüp bunlar eşyadan maduddırler, hükmî şahsiyet mefhumu sade, lâkin sathi bir mefhumdur, bugüne kadar fedi mülkiyet yanında iştirâk halindeki mülkiyeti gözlerden saklamağa hizmet etmiştir. Planiol doktrinine uygun olarak hükmî şahısları aşya bahsinde tetkik ve her hangi bir topluluğn mallara sahip bulunmadıkça şahsiyet ihraz edemiyeceği noktasında ısrar eder, ona göre şahsiyet emval ve servet kütlesinin müradifidir, hükmî şahsiyet, iştirâk halindeki mülkiyein günümüze kadar gelmiş olan hususî bir şeklinden başka bir şey olmadığı için tasavvur edilen hükmî şahsiyet mefhumunun farazi ve mevhum ir mahiyette bile mevcud olmadığını beyan etmektedir. İştirâk halindeki mlkiyetin izahı için bu kabil faraziye ve nazariyelere lüzum yoktur diyr. *Berthelemy'e* gelince, ona göre «hakikî şahıslar ya münferiden veya şayin nihayet iştirâk halinde mülkiyete sahip olabilirler» münferid mülkiyette br

şahıs müstakildir, şey üzerindeki mülkiyeti tamamen ayrıdır. Şayı veya müşterek mülkiyette şey üzerinde ki mülkiyete şahıslar yekdigerine bağlı iseler de her şahsın şâyi hissesi muayyendir. Kollektif yani itirâk halinde mülkiyette ise ferdlerin istiklâli olmadığı gibi muayyen bir hissesi de yoktur, her birinin hakkı müşterek malin tamamına sari olur, sanki bir kişi imiş gibi mallerin mülkiyeti bütün şürekâya aittir. Bu suretle teşekkülü terkip eden şahıslar haricinde yeni bir şahsiyet farz ve kabulüne lüzum kalmıyor, burada hukuk kaidelerinin böyle hususi bir vaziyete tatbik şekli izah edilmiş oluyur, Binnetice hükmî şahsiyet kollektif mamelek kaidelerini izah eden bir vasıtadan başka bir şey değildir.

Bu nazariyeler yanında birde hükmî şahsiyeti bir şe'niyet telâkki vo bu suretle izah eden görüş tarzlarına — Realite nazariyesine tesadüf edilmektedirki umumiyetle revaçta olan nazariye budur. Bu nazariyeye göre hükmî şahsı mevhum ve sun'i kanun tarafından vücude getirilmiş bir varlık telâkki etmek doğru olamaz, hükmî şahıs kendi varlığını zorla kanun vazına kabul ettiren şe'ni bir mevcuttur. kanun vazının kabul ve tasdikinden evvel de bunların mevcudiyet ve ehliyeti vardır. Kanun bu vaziyeti tanıyarak ona kanunî vasıf izafe etmiş oluyor, tarihte olduğu kadar bugün de bir milletin hayatındaki inkişaf, hakiki şahsiyet derecesinde hükmî şahsiyeti de lüzumlu ve zaruri kılmaktadır. Hükmî şahsiyet mefhumu sosyal bir ihtiyaç ve zarureti karşılamaktadır. Kanunun bu mefhumu tahayyül etmiş olması imkânsızdır, sosyal ve ekonomik hayatın bu tecelli ve tezahurlarına opjektif hakikî şahıslar yanında hususi bir mevki ayırmak mecburiyetinde kalmıştır.

Hulasa kükmî şahıs burada sosyal hâdiselerin şe'niyetini karşılayan bir varlık olarak görünüyor, kendisine has bir hayatı mevcuttur, aynen insan gibi bir şahıstır. Bu noktanın kabulü diğer nazariyelerdeki yanlışlığı ortaya koymaktadır. Umumiyetle « ancak ve yalnız insan hakların süjesi olabilir, zira yalnız o iradeye sahiptir » esasını gördüğümüz sistemlerin hareket mebdeini teşkil eylemiş olan bir esastır. Bir haktan istifade, muhakkak ve zaruri surette hakka sahip olanın şuurlu ve serbest bir iradeye malikiyeti şartına bağlı değildir, deliler ve küçüklerde, ve irade sahibi olmadıkları halde diğerleri gibi, haklardan istifade etmekte hukuki hayata iştirâk eylemektedirler, hatta cenin sağ doğmak şartile haklardan istifade edebilmek-

tedir, miras hakkı hususî bir iradeye lüzum olmaksızın iktisap olunmaktaur. Binaenaleyh süpjektif hakların zaruri surette bir iradeye dayanmalarına lüzum yoktur. Görülüyorki hak sahibi olmak için muhakkak iradeye sahip olmak lâzımdır iddiası çürütülmüştür.

Bununla, süpjektif haklarla irade arasındaki sıkı alaka ve rabıta inkâr edilmiş olmıyor.

Hakların istimali irade sahibi olmak şartile mümkündür, hakkın iktisabında ise böyle bir şarta lüzum yoktur. Süpjektif haklara insanlardan gayrı olan bir takım fikri ve mücerret varlıklarda sahip olabilirler, hakların muhakkak surette muayyen bir ferde ait olması zarureti yoktur, hakikî şahısların bir araya gelmesi ve muayyen bir gaye etrafında toplanmaları neticesinde vücut bulan topluluklar müşterek menfaatları temsil ederler, bu menfaatların himaye ve siyaneti ve bu menfaatları karşılayan hakların bu nevi teşekküllere tanınması lâzımdır. Gerek muayyen ve daimi bir gayeye tahsis edilen servetlerden ve âmme menfaati gayesile vücut bulan geniş manasile müesseseler, gerekse hakikî şahısların muayyen ve müşterek bir gaye etrafında sây ve sermayelerini maddî ve manevi kuvvetlerini birleştirmeleri neticesinde vücut bulan mücerret varlıklar lehlerine mevcut hakları bizzat istimal edemezler, çünkü her türlü zâti iradeden mahrum bulunmaktadırlar, binnetice zaruri surette bir veya bir kaç hakikî şahsını tavassutuna muhtaçdırlar, hakikî şahıslar bu mücerret ve fikri varlıkların haklarını kullanırlar, hükmî şahıs bu görüş tarzına nazaran hayalî ve mevhum bir şahıs olmadığı gibi sahipsiz mameleki veya hakikî şahısları gizlemeğe hizmet eden sun'i bir perdeden de ibaret değildir. O halde hükmî şahsın şe'ni bir varlık olması şıkkı kalıyurki bugün umumiyetle kabul edilen noktai nazar budur. Burada felsefî bir mefhum değil tam manasile hukuki bir mefhum karşısındayız. Meselenin bütün ruhu; Hukukî ehliyete sahip olabilecek varlıklar kimlerdir, hukukun süjesi nedir ve kimdir? sualinin cevabında mündemiçti. Bizim meselemiz hukukî hayatın muhtelif nevi tezahurlarını umumî bir mefhuma irca eylemek gayesini takip eder, hakikî şahıslar olsun, hükmî şahıslar olsun bu iki kategoride toplanan şahıslar hukukun süjesi olabileceklermi? meselenin esas noktası siklet merkezi budur.

Hükmî şahsiyet meselesi hukukun temel ve ana mefhumlarile alakadardır. Savigny sisetminde bütün süpjektif hukuk binası olduğu gibi insan

omuzlarına istinad ettirilmektedir, hukukun süjesi insandan gayrı bir verlık olarak tecelli ettiği zaman bu sistem tarafdarları, insan nerede, insandan gayrı bir varlık şe'ni bir hukuk süjesi olamaz diye hayretlerini izhardan ve böyle lir sual iradından nefislerini menedemezler.

Almanyada profesör *Besler'in* ortaya attığı nazariyeyi Germaniste *mektebin* belli başlı mümesili *Gierke* işlemiş ve şumullendirmiştir.

Bunlar hükmî şahsın şe'niyetini ispata çalışmışlardır. Hükmî şahsiyetin şe'niyeti nazariyesi, Fiction nazariyesi tarafdarlarının yalınız hakikî şahısların süje olabileceğine dair iddialarını reddetmekte, hükmî şahsın şe'ni bir varlık olmadığı neticesinin ortadan kalkmasına çalışmaktadırlar. *Gierke'* ye göre bu kabil, teşkilâtlı mevcutların hukukan şahıs muamelesi görmeleri şe'niyetle asla tezad teşkil etmez, bilakis şe'niyeti itmam ve ikmal eder.

Sayın dieleyicilerim:

Germaniste mektebe göre her hak bir iradenin mevcudiyetine dayanır, hükmî şahıslar kendilerine has bir iradeye sahiptirler, bu irade hükmî şahsı terkip eden ferdlerin iradesinden hariç ayrı bir iradedir, bu müşterek ve maşeri irade ferdi iradelerin bir muhassalasıdır, bir kül. bir vahdettir; münferid iradelerden ayrı bir şeydir; taş, toprak, kereste, demir, keremit vesair malzemelerin birleşmesi neticesinde vücude gelen ev bu malzemeden tamamen ayrı ve bambaşka bir varlık olduğu gibi bu maşeri ve müşterek irade de onu terkip eden ferdlerin, hakikî şahıların iradesinden tamamen ayrı bambaşka bir iradedir.

Gierke ve taraftarlarına göre hükmî şahıslar yalınız fikri varlıklar olmayup aynı zamanda tasavvuru kabil şe'niyetlerdir, buradaki şe'niyet maddî ve fizik olmayup içtimaîdir; hakikî şahısla hükmi şahıs arasında bir ayniyet olmasa bile bir müşabehet vardır ve aralarında bir mukayese yapmak mümkündür. Hükmî şahıs hakiki şahıs gibi bir takım cüzü ve kısımlardan terekküp eden bir kül bir vahdet, içtimaî bir uzviyettir.

İnsanlar bazan münferiden bazan da toplu bir halde şahsiyete sahip olurlar. Pozitif hukuk şahsiyeti keyfi bir surette bahşedemiyeceği gibi alelitlak tanımaktan da içtinap edemez.

Zitelmann - hukukun hakikî süjesi insan olmayup iradedir, bir araya toplanan iradeler kendilerini terkip eden cüzülerden ayrı ve müstakil uzvi bir vahdet ve kül teşkil ederler zitelmann için şahsiyet iradeye dayanır.

Haurion (oriyu) hükmî sahsiyeti temsil hadisesinde ki şe'niyete istiıad ettirerek bu hususiaki görüş tarzını izaha çalışır. Haurion'ye göre şahsiyet bir faraziyeye değil şe'niyete dayanır.

Bir teşekkül muayyen bir zaman zarfında faaliyette bulunduktan sonra herkes nazarında bir şahsiyet olarak tecelli ve tezahur eder, binaenaleyh bunların varlığını faraziye ve hayale istinad ettirmek imkânı yaktur, varlıkları tamamen şe'ni ve filidip; Bunlar bir muamelât merkezine, mallara ve müstahdemlere sahiptirler.

Sayın dinleyicilerim:

Gierke ve tarafdarlarının bu hususiaki fikirlerinden ve diğer bazı naariyelerden vaktın darlığı hasebile daha fazla bahseylemek imkânı mevut değildir; Esasen bu kısımda ayrı konferanslar mevzu olmağa değer, zamanın müsaadesi nispetinde mühim gördüğüm noktalara temas eyledim.

Konferansı bitirirken, medenî kanunumuzun hükmî şahsiyete mütealik hükümlerinin vazında aceba hangi nazariye esas tutulmuştur meselesine de temas eylemek yerinde olacaktır.

Bir defa medenî kanunun bu hükümleri, hükmî şahıslara karşı çok daha müsamahakâr ve müsaadekâr davranan, Fransız hukuk doktrinine azaran çok daha liberal olan Alman hukuk doktrininin tesiri altında az edilmiş, hükmî şahısların doğumu azâmî surette ve imkân nispetinde kolaylaştırılmış ve hukukî ehliyetleri de hakikî şahısların ehliyetine mümkin mertebe yaklaştırılmıştır.

Hükmî şahıslar şüphe yok ki ekonomik ve sosyal zaruretlerin mahsulüdürler. Tam manasile sosyal bir ihtiyacı karşılamaktadırlar, bunlar hakikî ve şeni bize mevcudiyetlerini kabul ettiren varlıklardır.

Medenî kanunumuz Réalité - şe'niyet - nazariyesini kabul etmiş, bunların içtimaî şe'niyetlerden ibaret bulunduğunu teslim ve itiraftan kaçınmamışır. gerek cemiyetler ve gerekse tesisler kanun vazımıza göre filen mevcutturlr.

Bunlar ekonomik ve sosyal hayatın icablarından varlıklarını kazanmktadırlar, içtimaî ve iktisadî hayatın doğurduğu mevcutlardır, bunlar madî değil içtimaî ve şe'ni uzviyetlerdir.

İnsanın eli ayağı, gözü, kulağı ilâh, uzuvlarını teşkil ettiği gibi hükmî şahsın uzuvları da başında bulunanlar, işlerini dahilen tedvir ve kendisini

haricen temsil edenlerdir, hükmî şahıs hukukî ehliyete malik binaenaleyh insan, hakikî şahıs gibi bir hukuk süjesidir.

Mednî kanunu isviçrede hazırlayan pröfesör Eugen Huber (özen Hüber) bilhassa Almanyada revacta bulunan Realite nazariyesinin har taraflarından biri idi ve hükmî şahıslara müteallik hükümlerde bu nazariyeden ilham almak suretile hazırlanmış, hükmî şahısların doğumu ve ehliyeti ile hakikî şahısların doğum ve ehliyeti arasında mümkün mertebe yakınlık temi-nine çalışılmıştır. Hulasa en ileri hukuk esas ve prenslerinden ilham alan medenî kanunumuz bu hususta da diğer medenî mevzuattan çok daha ileri esas ve prensiplere dayanmakta Realite nazariyesini göz önünde tutarak hüküm-lerini koymuş bulunmaktadır.

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği'ni, Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.

b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.

c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.

ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.

d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.

e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.

f) Araştırma ve makalede ortak araştırıcı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.

g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarında hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz

ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma Ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1. Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.

2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.

3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.

4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayrım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınamaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.

5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.

6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.

7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.

8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.

9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.

10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlanır.

11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.

12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.

13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı bulundukları kurumun izni gerekir.

14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanî kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkân ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren Çalışmalar Şu Şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve çalışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük çalışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasılalarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir "Özel Sayı" olarak da yayınlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi "AD" kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığı'nın, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayınlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

8- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

9- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısıyla ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen mail adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir. Diğer yandan makaleler fiziki olarak da ilanda belirtilen adrese gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCİD kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu hususlaki tüm sorumluluğun üstlenildiği hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. (Dilekçe Örneği). Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya

uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı, alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayın hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu gibi başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanası hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayınlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1.Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3.Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgünlük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel

olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetişmeyeceği kanaati oluştuğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif haklarına ilişkin tüm sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar, Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu hususstaki tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini fiziki ve e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telife bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide

düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayınlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

I. YAZIM KURALLARI

A)-Makalelerin ilk sayfasında makalenin İngilizce adı ile birlikte ortalama asgari 150 azami 250 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce özetine yer verilmelidir. Ayrıca Türkçe ve İngilizce anahtar kelime belirlemesi yapılmalıdır.

B) 1-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalı, yazı ve yazı başlıkları mâkul uzunlukta olmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (yasa-kanun vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., Terc., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek ara", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematiği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

Örnek:

I- ANA BAŞLIK

A- ALT BAŞLIK

1. Alt Konu Başlığı

a. Alt Konu Başlığı

II. ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır.

B) Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

C) Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar Soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), Adı, İtalik

Şekilde Eser Adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri/tercüme ise çevirenin/tercümanın adı parantez dışında "Çev." (veya "Terc.") ibarelerinin ardında, yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, birden fazla baskısı yapılmış (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır) ise baskı sayısı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir. Atfın hemen altında aynı eserin aynı sayfasına yapılacak atıfta da yazar soyadı ve sayfa numarası.

Hirsch, Ernst E., *Anılarım,* Çev.: Fatma Suphi, YAYINEVİ Ankara, 1997, 11. baskı, s. 25

Ç) Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar Soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Hirsch, 1997, s. 30

D) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın Soyadı, Adı/ ikinci yazarın Soyadı, Adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın adından sonra "v.d." şeklinde yapılmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1*, YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

E) Bir yazarın aynı yıl içerisinde yayımlanan eserleriyle ilgili olarak yıl ibaresinin yanına "a, b" gibi harfler veya eserin baş harflerinin kısaltması konulmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1,* YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, *Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku – 2,* YAYINEVİ, İstanbul, Ocak 2010, 17. Baskı

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010, CMH1, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010, CMH2, s. 60

Veya

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

F) Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar Soyadı, Adı, "makale adı", yayımlandığı dergi, varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Aydın, M. Âkif, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", Osmanlı Araştırmaları, C. 24, S. 24, 2004, ss.37-46

G) Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın Soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, makale başlıkları kısaltılır veya "a, b" gibi harfler yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

Ğ) Bir derleme eserde derleyici isminin yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün isminin yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleyen, editör veya yayıma hazırlayanın ismi, eserin ismi yukarıda belirtildiği gibi verilmelidir.

H) İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "Çevrimiçi" ibaresi ve "Erişim Tarihi (e.t.)" yer almalıdır.

I) Arşiv belgeleri: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

İ) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

J) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı, tez adı (tırnak içinde ve italik olmayacak), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

K) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgiler atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

L) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin Soyadı, Adı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", Sempozyum Adı, Düzenleyen veya Yayımlayan, Şehir, Düzenlenme

Tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

M) Gazete, akademik olmayan dergi vb yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar soyadı, adı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin soyadı, adı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

III. KAYNAKÇA

A) Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir.

"Yazar soyadı, yazar adı, eser adı, yayınevi, yayın yeri, yıl, baskı sayısı" şekilde sıralanmalıdır.

B) Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir.

C) Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır.

D) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri v.b. ise, eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının ..... ayında yayımlanacak .....nci sayısında yer almasını istediğim,

…… başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalıma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu hususstaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta:
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCİD ID :