

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIMÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XXI SAYI: 3 – 4 ARALIK 2017

KAMU HUKUKU ♦DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR, Uluslararası Ceza Mahkemesi Karşısında ABD'nin Durumu ve "Madde 98 Andlaşmaları"
♦ETGÜ, Siyasal Katılım ve Kanaatler Açısından Düşünce Özgürlüğüne Genel Bakış ♦AKKOYUNLU, İdarenin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini Erteleme/Yasaklama Yetkisi ve Bu Yetkinin Olağanüstü Hallerde Kullanımının Sınırları.

ÖZEL HUKUK ♦UYUMAZ, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter.

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERZİNCAN BİNALİ
YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XXI SAYI: 3-4 YIL: 2017

**ARALIK – 2017
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

<p><u>İLETİŞİM ADRESİ:</u></p> <p>ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ</p> <p>24078 / ERZİNCAN</p>	<p><u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43</p> <p><u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45</p> <p><u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr</p> <p><u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk</p>
--	--

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

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

Basım Yeri: Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mahallesi 14
Sokak No: 8 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Eylül - 2018

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Őehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Ramazan ÇAĐLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
 Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
 Prof. Dr. Ayhan DÖNER
 Prof. Dr. Şafak NARBAY
 Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
 Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 (e-mail: cembaygin@yahoo.de)
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Prof.Dr. Şafak NARBAY, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. M. Emin RUHİ, Dr. Öğr. Üyesi Alpaslan AKARTEPE, Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Tuğba ÇİFTÇİ, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR, Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM, Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ, Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Dr. Öğr. Üyesi Ayhan UÇAR, Dr. Öğr. Görevlisi Ercan YAŞAR, Dr. Öğr. Görevlisi Esra ÜSTÜN YILDIZ, Arş.Gör.Dr. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör.Dr. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör.Dr. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Fuat ALTUNTAŞ, Arş.Gör. M. Necat ARTUKOĞLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş.Gör. Demet BELVERENLİ, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Feyza EROL, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Erdoğan KESKİN, Arş.Gör. Elif KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÇELT, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Elif Banu VARLI, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Ayhan DÖNER/Araş. Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

Uluslararası Ceza Mahkemesi Karşısında ABD'nin Durumu ve “Madde 98 Andlaşmaları” 1-45

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ

Siyasal Katılım ve Kanaatler Açısından Düşünce Özgürlüğüne Genel Bakış 47-81

Arş. Gör. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU

İdarenin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerini Erteleme/Yasaklama Yetkisi ve Bu Yetkinin Olağanüstü Hallerde Kullanımının Sınırları 83-119

ÖZEL HUKUK

Arş. Gör. Murat UYUMAZ

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter123-170

CONTENTS

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Ayhan DÖNER/Research Asst. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

The Position of USA against the International Criminal Court and “the Article 98 Treaties”1-45

Asst. Prof. Dr. Mehmet Akif ETGÜ

The Overview of Freedom of Thought in Terms of Political Participation and Opinions 47-81

Research Asst. Sencer Abdullah AKKOYUNLU

The Power of Postponing/Prohibiting the Meeting and Demonstration Walk and The Limitations of the Use of this Power in Extraordinary Conditions 83-119

PRIVATE LAW

Research Asst. Murat UYUMAZ

Proof and Inventory in Division of the Regime of Participation in Acquired Property123-170

Kamu Hukuku

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ KARŞISINDA ABD’NİN DURUMU VE “MADDE 98 ANDLAŞMALARI”

*Prof. Dr. Ayhan DÖNER**

*Arş. Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR***

ÖZET

Uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım ve saldırı suçu gibi suçların sorumlularının bireysel olarak hesap vermesi için harcanan büyük çabanın sonucu olan daimi bir mahkeme olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (UCM), belli şartlarda Mahkemenin kurucu andlaşması olan Roma Statüsü’ne taraf olmayan devletlerin vatandaşları üzerinde yargı yetkisini kullanabilmesi mümkündür. ABD, UCM kurulduğundan bu yana Mahkeme’nin Statü’ye taraf olmayan devletlerin vatandaşları üzerinde yargı yetkisine sahip olmasına itiraz etmiştir. Bu çalışma ABD’nin UCM’ye karşı olan tutumu doğrultusunda, ABD’nin kendi vatandaşlarını Mahkemenin yargı yetkisi dışında tutmak için aldığı tedbirlerin ve Statüye taraf devletlerin madde 98 andlaşmaları akdetmelerinin meşruluğunu sorgulayacaktır. Bu doğrultuda özellikle ABD’nin “madde 98 andlaşmalarının” ve uluslararası bağışlıkların Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin şüphelilerin teslimini sağlayabilmesine ve onları yargılayabilmesine ne derece etki ettiği incelenecektir.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), Amerika Birleşik Devletleri, ikili bağışıklık andlaşmaları, madde 98 andlaşmaları

ABSTRACT

The reason behind the establishment of International Criminal Court (ICC) as a permanent international criminal court is to ensure the accountability of the perpetrators of most serious crimes that affect the international community as a whole - like the crime of genocide, Crimes against humanity, war crimes, the crime of aggression-. The Rome Statute, which is institutive instrument of ICC, makes it possible under certain conditions that jurisdiction by ICC can be exercised over the nationals of states that are not party to the Rome Statute. The United States has argued against the Court's jurisdiction over the nationals of states that are not party to the Statute since the establishment of the ICC. This article questions the legitimacy of the measures taken by the United States to shield its nationals from the Court's jurisdiction and the conclusion of article 98 agreements of the states that are party to the Statute. In this respect, the article in particular will examine how the "Article 98 agreements" of the United States and international immunities have affected the International Criminal Court's ability to prosecute and secure custody of suspects.

Keywords

International Criminal Court (ICC), United States of America, bilateral immunity agreements, Article 98 agreements, international immunities

I. GİRİŞ

15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında Roma'da düzenlenen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı sonucunda, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü kabul edilmiştir¹. Roma Statüsü 60 devlet tarafından onaylanmasının ardından diğer devletlerin katılımına

¹ Statü'nün kabulü için yapılan oylamada 120 devlet (İngiltere, Fransa, Rusya dâhil) lehte, 7 devlet (ABD, Çin, Libya, Irak, İsrail, Katar ve Yemen) aleyhte oy kullanırken, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 21 devlet ise çekimser oy kullanmıştır. Günümüzde 123 devlet Roma Statüsü'ne taraftır.

açık çok taraflı bir uluslararası andlaşma olarak 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe girmiş ve evrensel bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Tüm eleştirilebilir yönlerine rağmen, Roma Statüsü ve UCM'nin kurulması uluslararası ceza hukukunun etkin şekilde uygulanması bakımından çok büyük bir atılım olmuştur. UCM'nin kurulması, Nuremberg ve Tokyo Mahkemeleri ile başlatılan ve daha sonra *ad hoc* mahkemeler olan Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri ile daha da geliştirilen bir sürece son noktayı koymuştur. Uluslararası suçları yargılamak için geçici uluslararası ceza mahkemeleri kurulması yerine daimi bir uluslararası ceza mahkemesi hayalini gerçeğe çevirmiştir. Statü, bireysel cezai sorumluluk konusunda uluslararası toplumda son elli yıl içinde aşama aşama ortaya çıkan tüm hukuk kurallarını özellikle de problemlili alanlarda ki kuralları daha belirgin hale getirmiştir². Statü aynı zamanda denetim mekanizması öngören uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile gündeme gelen bireyin uluslararası hukuktaki sujeliliğini de yeniden teyit eden bir gelişme olmuştur³.

Statü, mevcut eğilimlerden ve *ad hoc* ceza mahkemelerinin uygulamalarından yola çıkarak uluslararası ceza adaletini sağlamaya yönelik amaçta, modern çağımızda çığır açıcı niteliktedir. UCM'nin kurulmasındaki amaç, uluslararası toplumu bir bütün olarak etkileyen uluslararası suçların sorumlularını devlet içinde sahip olduğu özel konum dikkate alınmaksızın bir başka ifadeyle devlet başkanı, hükümet başkanı, üst düzey askeri görevli olup olmadığına bakılmaksızın bu kişileri Mahkeme (UCM) önüne getirmek ve hak ettikleri cezaya mahkûm ederek uluslararası alanda sorumsuzluğa son vermek, bu sayede uluslararası adaleti sağlamak olarak belirlenmiştir⁴. Mahkemenin kişi bakımından yargı yetkisi, fiilin işlendiği sırada 18 yaşını doldurmuş

2 **Antonio Cassese**, The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, (Edt. Professor Antonio Cassese, Professor Paola Gaeta, Mr John R.W.D. Jones), Oxford University Press, 2002, s. 3.

3 İnsan hakları ve bireyin uluslararası hukuk sujeliliği hakkında bkz. **Ayhan Döner**, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003, s. 32-34.

4 Bkz. Statü Giriş Bölümü.

4 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

gerçek kişileri kapsamaktadır⁵. Statü'nün 27. maddesinde failin statüsünün (devlet başkanı, hükümet başkanı, resmi görevli olmasının), onun cezai sorumluluğunu etkilemeyeceği belirtilmiştir.

UCM'nin konu bakımından yargılama yetkisi kapsamına giren suçlar, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur⁶. Son yüzyıl içinde uluslararası toplum, dünyanın birçok yerinde bu tür suçların işlendiğine tanık olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Yaşanan acı tecrübeler karşısında bu tür suçları işlemeyi düşünen kişiler bakımından Statü'nün ve Mahkeme uygulamasının engelleyici ve caydırıcı olması temenni edilmektedir.

Statü'ye göre, Mahkemenin zaman bakımından yargılama yetkisinin sadece 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra işlenen suçlarla sınırlanması öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle Statü'nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen uluslararası suçlar bakımından Mahkemenin yargı yetkisi bulunmakta, bu yetki geçmişe yürümektedir. Bu nedenle insanlık vicdanını yaralayan birçok olay bu tarihten önce gerçekleştiği için Mahkemenin yargı yetkisinin dışında kalmaktadır. 2001 Afganistan Savaşı bu tarihten önce başlamış olsa dahi sonrasında da ABD güçleri tarafından bu topraklarda insanlık suçu, savaş suçu işlemeye devam edilmiştir. Bu nedenle bu tür suçlar Mahkemenin yargı yetkisine girmektedir. 2003 Irak Savaşı sırasında da ABD uluslararası hukuka aykırı olarak, saldırı suçu işlemesinin yanında insanlık suçu işlemiştir. ABD, günümüzde de çeşitli çıkar politikaları doğrultusunda uluslararası hukuku tanımaksızın Suriye'de insanlığa karşı suç, savaş suçu ya da soykırım suçu, saldırı suçu işleyen terör örgütlerine her türlü desteği

⁵ Hazırlık Komitesi tarafından hazırlanan Tasarıda devletler dışındaki tüzel kişilerin de sorumlu tutulması öngörülmüş ancak bazı iç hukuk sistemlerinde bu tür bir sorumluluğun kabul edilmemesi karşısında UCM'nin tamamlayıcılık ilkesinin uygulama alanının ortadan kalkacak olması sebebiyle bu formülden vazgeçilmiştir. Bkz. **Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara 2009, s. 315.

⁶ Roma Statüsü'nün 5, 6 ve 7. maddelerinde soykırım suçu, insanlığa karşı suç, savaş suçunun tanımı yapılarak hangi fiillerin bu suçlardan sayılacağı sıralanmış olmasına rağmen saldırı suçunun tanımı Statü'de yapılmamış ve sadece suçun adına yer vermekle yetinilmiştir. Saldırı suçu üzerinde birçok tartışma yaşanması nedeniyle bu suçla ilgili tüm konuların ele alınması ileride gerçekleştirilecek bir gözden geçirme konferansına ertelenmiş ve nitekim 2010 yılında gerçekleşen Gözden Geçirme Konferansında saldırı suçunun tanımı üzerinde ve bu suç bakımından yargı yetkisinin kullanım koşulları üzerinde bir anlaşmaya varılmıştır. Bkz. **Muhammet Celal Kul, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu**, Ankara 2016, s. 87 vd.

vermek suretiyle Suriye'nin ve sınır komşusu Türkiye'nin toprak bütünlüğünü ve güvenliğini tehlikeye düşürmektedir. Bu bakımdan ABD'nin fiillerinin uluslararası hukuka aykırı olduğu aşikârdır⁷.

Uluslararası hukukun uygulanması konusunda en yetkili merci olan ve “barışı” sağlamayı hedef edinmiş BM'nin tüm bu ihlaller karşısında yapabildikleri ne yazık ki ortadadır. Güvenlik Konseyi'nde daimi üye olarak sahip olduğu veto yetkisini sonuna kadar çıkarları doğrultusunda kullanan bir “süper güç” karşısında yapılabilecek şey, devletlerin ABD ile siyasi, ekonomik ve diğer alanlardaki ilişkilerini yeniden değerlendirmekten öteye gidememektedir. Peki, uluslararası ceza hukuku bağlamında günümüzde söz konusu suçları bizzat işleyen, işlenmesine iştirak eden, işlenmesini teşvik eden kişiler hakkında yapılabilecek bir şey var mıdır?

Bu çalışmada geçmişte ve günümüzde uluslararası suç işlemekten çekinmeyen ABD'nin dünyanın dört bir yanında bulunan görevlileri⁸ tarafından buldukları ülkelerde insanlık suçu, savaş suçu ve diğer uluslararası suçları işlemelerine karşılık ABD'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi karşısındaki durumu ele alınacaktır. Ayrıca ABD'nin Roma Statüsü'nün 98. maddesi kapsamında yapmış olduğu uluslararası bağışıklık andlaşmalarının uluslararası alanda bireysel cezai sorumluluk bakımından yarattığı etki üzerinde durulacaktır.

⁷ ABD'nin terör örgütlerine silah yardımı dâhil her türlü desteği vererek Türkiye topraklarının güvenliğini tehlikeye düşürmesi aslında dolaylı yoldan kendi silahlarıyla Türkiye'ye saldırması demektir. Bu durum en başta kuvvet kullanma ve iç işlerine müdahale yasağı içeren Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırıdır. Ayrıca 1986 yılında UAD, ABD'nin Nikaragua'nın içinde ve dışında Nikaragua'ya karşı kontra gerillalarını eğitmesi, onlara destek olması, askeri müdahaleleri yönlendirmesi vb. eylemlerinin uluslararası hukuk kurallarının ihlalini teşkil ettiğine karar vermiştir. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, (1986) *ICJ Reports*; **Yusuf Aksar**, *Uluslararası Hukuk-II*, 3.bs., Ankara 2015, s. 109; Bu bakımdan Suriye'de teröristlere destek vermekle Suriye'de iç işlerine müdahale yasağını ihlal eden ABD'nin tutumunun uluslararası hukuka aykırı olduğuna şüphe yoktur.

⁸ ABD'nin 150'nin üzerinde ülkede, 1000'e yakın askeri üsse sahip olduğu, 350 bin civarında askerinin ülke dışında görev yaptığı belirtilmektedir. Bu bakımdan ABD dünyada en fazla askeri üsse ve ülke dışında en fazla askere sahip ülkelerin başında gelmektedir. <http://www.yenisoz.com.tr/abd-150-ulkede-1000-uste-350-bin-askere-sahip-haber-17480> (E.T: 09.04.2018)

II. UCM'NİN YARGILAMA YETKİSİNİ KULLANMASI

Bir devlet, Roma Statüsü'ne taraf olmakla Statü'nün 5. maddesinde belirtilen suçlarla ilgili olarak UCM'nin yargı yetkisini kabul etmiş sayılır⁹. Dolayısıyla Mahkemenin yargı yetkisinin taraf devletler bakımından söz konusu olabilmesi için devletlerin yetkiyi kabul veya tanıma beyanı aranmamaktadır. Aynı zamanda Statü yürürlüğe girdikten sonraki bir tarihte Statü'ye taraf olan devletler bakımından ise Statü kendileri bakımından ne zaman yürürlüğe girdiyse ancak o tarihten sonra işlenen suçlar hakkında Mahkemenin yargı yetkisini kullanabileceği öngörülür (md. 11/2). Statü'ye taraf olmayan devletler için de istedikleri takdirde yapacakları bir bildirimle Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmeleri imkânı tanınmıştır¹⁰.

UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için madde 5'te yer alan suçlardan bir veya birden fazlasının Statü'ye taraf olan bir devletin veya UCM'nin yargı yetkisini kabul eden devletin ülkesinde veya böyle bir devletin vatandaşı tarafından işlenmiş olması gerekir. Bunun iki önemli sonucundan biri, Mahkemenin yargı yetkisi içine giren bir suçun Statü'ye taraf bir devletin vatandaşı tarafından fakat Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde işlenmesi halinde Mahkemenin yargılama yetkisine sahip olmasıdır. Bir diğer sonucu ise Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının da Statü'ye taraf olan bir devletin veya Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletin ülkesinde Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları işlemesi nedeniyle Mahkemece yargılanabilmesidir (md. 12). Örneğin, ABD Statü'ye taraf olmasa dahi, ABD vatandaşlarının Statü'deki suçları Statü'ye taraf bir devletin ülkesinde işlemesi UCM'nin yargı yetkisi kapsamındadır.

⁹ Fakat Statü'nün 124. maddesinde Statü'ye sonradan taraf olan devletlerin taraf olmadan itibaren sınırlı bir süre için savaş suçları bakımından Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmemesine imkân tanınmaktadır.

¹⁰ Statü'nün 12/3. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Bu Statü'ye taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirme ile suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır". Buradaki önemli husus Statü'ye taraf devletler kendi ülke toprakları üzerinde ya da kendi vatandaşları tarafından işlenmiş olmayan olaylar içinde başvuru hakkına sahipken, 12/3.madde gereğince Statü'ye taraf olmadan bir bildirimle Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletler sadece kendileriyle bağlantılı olayla hakkında UCM'ye başvuru yapabilirler. *Tezcan, Mustafa Erdem, Önok*, s. 319.

Statü'nün 13. maddesi gereğince, UCM'nin yargı yetkisinin harekete geçmesi dört durumda söz konusu olabilmektedir. Bunlar, ilk olarak 14. maddeye göre bir taraf devletin UCM savcısına bir durumu sevkettiği durumlar¹¹, ikinci olarak taraf olmayan bir devletin 12/3. maddesine göre belli bir olayla ilgili Mahkemenin yargı yetkisini kabul ederek Mahkeme savcısına bu olayı sevkettiği durumlar; üçüncü olarak, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde hareket eden Güvenlik Konseyi'nin savcıya bir durumu sevkettiği durumlar¹², dördüncü olarak savcının 15. maddeye göre re'sen (*proprio motu*) soruşturmayı başlattığı durumlardır¹³. Bu yüzden Statü'nün yürürlüğe girmesiyle 5. maddede sıralanan suçlardan birinin ya da birden fazlasının işlenmesi halinde, UCM, 12. maddedeki bildirimle ilgili olarak bir devletin ya da BM Güvenlik Konseyi'nin bir durumu Mahkemeye havale

-
- 11 Mahkemeye bir olayı havale eden ilk devlet Uganda'ydı. Uganda Hükümeti, Hükümet kuvvetleri ile Uganda'nın kuzeyinde dini temellere dayalı bir devlet kurmak isteyen LRA (Lord's Resistance Army-Tanrının Direnişi Ordusu) ile arasındaki çatışmalarda gerçekleşen savaş suçları ve insanlığa karşı suçların sorumluları için Aralık 2003'te UCM'ye başvuruda bulunmuştur. Demokratik Kongo Cumhuriyeti (DKC) ise Kongo Vatandaşlar Birliği ile Hükümet kuvvetleri arasında başlayan ve bugüne kadar, yaklaşık 4 milyon insanın öldüğü çatışmalar sırasında işlenen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının soruşturulması ve sorumlularının yargılanması için 2004 yılında UCM savcısına başvuruda bulunmuştur. Orta Afrika Cumhuriyeti, 2002-2003 yıllarında Orta Afrika Cumhuriyeti, 2002-2003 yıllarında tırmanan şiddet olayları sırasında işlenen ağır suçların soruşturulması için UCM'ye başvuruda bulunmuştur. Mali Hükümeti Ocak 2012'den itibaren işlenen savaş suçları hakkında UCM'ye başvuruda bulunmuştur. Gürcistan 2003-2008 yılları arasında Güney Osetya ve çevresindeki uluslararası silahlı çatışmalar sırasında işlenen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları hakkında UCM'ye başvuruda bulunmuştur. <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 09.04.2018).
- 12 Sudan Roma Statüsüne taraf olmamasına rağmen BM Güvenlik Konseyi 2005 yılında 1593 sayılı kararıyla Darfur olaylarını UCM'ye havale etmiştir. Libya da Roma Statüsüne taraf olmamasına rağmen 2011 yılında Güvenlik Konseyi 1970 sayılı kararıyla Temmuz 2011'den itibaren Libya'daki olaylarda işlenen insanlığa karşı suçların soruşturulması ve sorumluların yargılanması için UCM'ye başvurmuştur. Her iki devletin Statü'ye taraf olmaması bu başvuruları ayrıca önemli kılmaktadır. <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 09.04.2018).
- 13 2007-2008'de Kenya'da başkanlık seçimleri sonrası başlayan şiddet olayları sırasında işlenen insanlığa karşı suçlar bağlamında 2010 yılında Savcının kendiliğinden harekete geçmesi ve Fildişi Sahili'nde 2010-2011 yıllarında seçim sonrasındaki şiddet olaylarında gerçekleşen Mahkemenin yargı yetkisine giren suçları soruşturmak üzere Savcının kendiliğinden harekete geçmesi buna örnek gösterilebilir. <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 09.04.2018).

8 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

etmesi ya da savcının kendi inisiyatifıyla Dava Öncesi Kurulun yetkilendirmesine bağlı kalarak soruşturmayı başlattığı durumlarda şüpheli kişileri yargılamak üzere yargı yetkisini kullanabilir.

Statü'deki suçlardan en az birisinin işlenmiş görüldüğü durumlarda BM Şartı'nın VII. Bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme Savcısına başvurma imkânı tanınmıştır (md. 13/b). Maddenin lafzında Güvenlik Konseyi'nin başvurusu için başvuru konusu durumun Statü'ye taraf bir devletle ilgili olması gerektiğine ilişkin bir ifadenin yer almaması nedeniyle, Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde işlenen suçlar nedeniyle Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının da UCM önünde yargılanması mümkün hale gelebilmektedir. Sudan'ın Darfur Bölgesinde işlenen uluslararası suçlar bakımından UCM'nin yargılamak için Sudan Devlet Başkanı Ömer Hasan El Beşir'i tutuklayarak teslim etmesini devletlerden istemesi, Güvenlik Konseyi'nin bu türden bir başvurusunun sonucudur. Ancak, Mahkemenin Güvenlik Konseyi'nin başvurusu sonucu yargı yetkisini kullanma zorunluluğu olmadığını da belirtmek gerekir. Çünkü her ne kadar Roma Statüsü'nde Güvenlik Konseyi'ne başvuru yetkisi tanınmış olsa da Mahkeme BM'nin bir organı değildir, bağımsız bir yargı organı olarak kurulmuştur.

Statü UCM Savcısının, Mahkemenin yargı yetkisi alanına giren suçlarla ilgili bilgilere dayanarak kendiliğinden soruşturma açabileceğini öngörür (md. 15)¹⁴. Savcı, soruşturmayı sürdürmek için makul dayanaklar bulunduğu sonucuna varırsa topladığı delillerle birlikte soruşturma yetkisi istemiyle Dava Öncesi Kuruluna başvurabilir. Eğer Dava Öncesi Kurul, soruşturma talebini destekleyen kanıtları ve diğer materyalleri inceledikten sonra soruşturmayı sürdürmek için makul nedenler bulunduğu ve davanın Mahkemenin yetki alanına girdiği

¹⁴ Statü'nün hazırlık sürecinde, Güvenlik Konseyi'nin yetkisi ile savcının re'sen soruşturma yetkisi gündeme gelmiş ancak bu konu tartışmalara neden olmuştur. Güvenlik Konseyi'nin siyasi niteliğini ileri sürerek Güvenlik Konseyinin yetkisine karşı çıkanlar olduğu gibi, bazıları ise savcının yetkisini kötüye kullanabileceği ve kaynak israfına yol açabileceğini ileri sürerek Savcılık makamının yetkisine karşı çıkmışlardır. ABD'nin görüşleri için bkz. <http://www.state.gov/s/wci/rls/fs/2002/9978.htm> (E.T: 09.04.2018); Genel görüşün Güvenlik Konseyine böyle bir yetki verilmesinin Mahkemenin bağımsızlığını etkileyeceği yönünde olmasına rağmen, Roma Statüsü'nde ayrı ayrı hem taraf devletlere hem savcılık makamına hem de Güvenlik Konseyine soruşturmanın başlatılmasını isteme yetkisi tanınmıştır. **Arzu Alibaba**, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 2000, s.193.

görüşüne varırsa Savcı'ya soruşturma başlatma yetkisi verir (md. 15/2, 3)¹⁵.

Roma Statüsü tamamlayıcılık ilkesinin bir gereği olarak devletlerin egemenliğine ve ulusal ceza adaleti sistemine saygı açısından Statü'de belirtilen suçları işleyenleri soruşturma, yargılama veya iade etme konusunda öncelikli sorumluluğu devletlere bırakmaktadır¹⁶. Bu doğrultuda Statü'nün 17. maddesinde UCM'nin ancak devletin soruşturma veya yargılama konusunda isteksiz ya da yetersiz olduğu durumlarda¹⁷ ve ilgili maddede belirtilen belli diğer durumlarda davayı kabul edeceği öngörülmüştür¹⁸. Bu durum UCM'nin devletlerin ulusal yargı yetkisinin bir tamamlayıcısı olduğunu göstermektedir. Ulusal

-
- 15 Uluslararası Ceza Mahkemesi savcısı Fatou Bensouda, 15 Kasım 2016 tarihinde açıkladığı yıllık araştırma raporuna göre ABD Silahlı Kuvvetleri ve CIA üyelerinin, 2001 yılında İkiz Kuleler'in bombalanmasının ardından girdiği Afganistan'da savaş suçu olarak kabul edilen işkence, kötü muamele, insanlık onuruna saldırı ve tecavüz gibi eylemler gerçekleştirdiği konusunda yeterli kanıtlara ulaşıldığını belirtmiştir. 20 Kasım 2017 de ise Savcı Afganistan'da işlenen savaş suçu ve insanlığa karşı suçları soruşturmak için kendisine yetki verilmesini istemiştir. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=171120-otp-stat-afgh> (E.T:09.04.2018); ABD uçaklarının *Afganistan*'ın Kunduz kentinde bir hastaneyi bombalaması nedeniyle birçok kişinin hayatını kaybetmesinin ardından Birleşmiş Milletler (BM), *saldırının 'savaş suçu'* sayılabileceğini açıklamıştır.
- 16 Statü'nün Önsözünde UCM'nin tamamlayıcılık niteliğine yer verilmektedir; Tamamlayıcılık niteliği hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Federica Gioia**, *The International Criminal Court and National Jurisdictions, The Complementary Role of the International Criminal Court: Are There any Time-Limits?*, M. Politi, F. Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Routledge, 2016, s. 71.
- 17 Orta Afrika Cumhuriyeti (OAC) Hükümetinin, Ekim 2002-Mart 2003 tarihleri arasında ülkesinde işlenen suçların soruşturulması talebiyle UCM'ye yaptığı başvuru buna örnektir. Ancak UCM Savcısı, bu talep üzerine harekete geçmek yerine, tamamlayıcılık ilkesi gereğince olay ile ilgili bir yargılamanın sürdüğü OAC Yüksek Ceza Mahkemesi'ndeki (*Cour de Cassation*) davanın neticesini beklemiştir. Yüksek Ceza Mahkemesi 2006'da ulusal mahkemelerin, OAC'de etkin araştırma ve yargılama yapamayacağına karar vermesi üzerine ancak UCM Savcısı, soruşturmanın başlatıldığını, 22 Mayıs 2007 tarihinde resmen duyurmuştur.
- 18 Bu durum, aynı zamanda ulusal hukuk sistemlerinin kullanılarak suçluların UCM'nin yargılamasından kaçırılmasına izin vermemeyi teminat altına almaktadır. **Elif Uzun**, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003/2, s. 40.

hukuka göre onaylanmak suretiyle ulusal hukukun parçası haline gelen bir anlaşma ile kurulmuş olan Mahkeme, sadece ulusal ceza yargısının bir uzantısıdır.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA BAĞIŞIKLIK

A. Genel Olarak

Uluslararası teamül hukukuna göre bir devletin görevlilerini başka bir devletin yargı yetkisinden muaf tutan iki bağışıklık türü vardır. Bunlar *ratione personae* bağışıklık ya da kişisel bağışıklık ve *ratione materiae* bağışıklık ya da fonksiyonel bağışıklıktır. Kişisel bağışıklık, görevin gereği olarak belli devlet görevlilerine bağlı bağışıklıktır¹⁹.

Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı²⁰ bu bağışıklıktan yararlanan kişilerin başında gelmektedir²¹. Bu bağışıklık kişinin görevi süresince yabancı devlette herhangi bir yargılamaya tabi tutulmamasını öngörür²². Kişisel bağışıklık mutlaktır. Çünkü resmi yetki veya özel yetki çerçevesinde, resmi veya özel ziyaret sırasında, görevi süresince veya görevi devralmadan önce yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın görevlinin tüm fiillerini kapsamaktadır²³. Bağışıklığın mutlaklığı

19 J. Craig Barker, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Routledge, 2016, s. 26.

20 UAD'nın *Arrest Warrant* kararından, diğer hükümet üyelerinin de uluslararası teamül hukukuna dayanan dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlandığı sonucunu çıkarmak mümkündür. *Arrest Warrant* davasında UAD, *ratione personae* dokunulmazlık kuralını açıklarken, bu dokunulmazlığın “diplomatik ve konsolosluk ajanlarına ve dışişleri bakanı, hükümet başkanı ve devlet başkanı gibi bir devlet içinde en yüksek makamı işgal eden belli sayıda kişiye” uygulanacağını belirtmiştir. UAD tarafından “gibi” ifadesinin kullanılması, benzer pozisyondaki üst düzey devlet görevlilerinin de uluslararası dokunulmazlık ve bağışıklıklardan yararlanacağını göstermektedir. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, para. 53, 54 (*Arrest Warrant*); Ayrıca, gönderildikleri devletle sınırlı olmak üzere diplomatik temsilciler de kişisel bağışıklığa sahiptir. Bkz. 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (DİHVS), md. 29, 30, 31.

21 Arthur Watts, “The Legal Position in International Law of Heads Of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, (1994) 247 III Recueil Des Cours, s. 13.

22 Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, Vol. 13 No. 4, 2002, s. 864. (The Congo v. Belgium Case)

23 *Arrest Warrant*, para. 54,55; *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* (No.3), [1999], UKHL 17, [2000], 1 A.C 147, s. 201-202. (Pinochet No.3)

bağışıklığın altında yatan fonksiyonel gerekçeye dayanır. Bu bağışıklık, üst düzey devlet görevlilerinin bağlı oldukları devletleri adına görevlerini etkili şekilde yerine getirmelerine olanak sağlar. Bu nedenle görevin sona ermesinden sonra bu gerekçe anlamını yitireceğinden kişisel bağışıklık sona erer ve eski görevli konumuna gelen devlet görevlisi sadece *ratione materiae* bağışıklıktan yararlanır²⁴. *Ratione materiae* bağışıklığın kişi bakımından uygulama alanı *ratione personae* bağışıklıktan daha geniş kapsamlı olmakla birlikte konu bakımından daha dar kapsamlıdır. Şöyle ki, bu bağışıklık, üst düzey veya değil tüm devlet görevlilerinin ancak sadece görevle ilgili fiilleri bağlamında yabancı devletin yargı yetkisinden muaf olmasını sağlayan bağışıklık türüdür²⁵. Bu bağışıklık devlet görevlisinin devletin sadece bir aracı olarak hareket ettiği fikrine dayanır ve bu nedenle görevlinin fiili kişinin kendisine değil sadece devlete atfedilir. Bunun doğal sonucu olarak bağışıklık görevlinin görevinin sona ermesinden sonra da devam eder. Devlet adına devlet görevlisi tarafından gerçekleştirilen fiiller esasında devlet fiili ya da işlemi olarak kabul edilmektedir. İşte bu nedenledir ki, fonksiyonel bağışıklığın altında yatan bir başka düşünce de bir devletin, yabancı bir devletin fiillerini kendi ulusal mahkemeleri önünde yargı konusu etmesini engellemektir²⁶. Aksi durum, yabancı devletin itibarına

24 **Alexander Orakhelashvili**, Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 220; **Chanaka Wickremasinghe**, *Immunities Enjoyed By Officials Of States And International Organizations*, Malcom D. Evans (ed.), International Law, Oxford University Press, 3.ed., 2010, s. 381; **Dapo Akande, Sangeeta Shah**, “Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, s. 819; **Salvatore Zappala**, “Do Heads Of State In Office Enjoy Immunity From Jurisdiction For International Crimes? The Ghaddafi Case Before The French Cour De Cassation”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, s. 600.

25 **Akande, Shah**, s. 825.

26 Burada devletin yargı bağışıklığı konusu gündeme gelmektedir. Günümüzde çoğunlukla kabul edilen sınırlı bağışıklık doktrinine göre, devletin egemenlik tasarruflarının bir başka devletin mahkemeleri önünde dava konusu edilmesi kabul edilmemekle birlikte, bir devletin ticari işlemlerinin bir başka devletin yerel mahkemesi önüne taşınması mümkün görünmektedir. Bkz. **Aslan Gündüz**, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1984; **Hazel Fox**, *Law Of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, s. 353-354.

zarar verecek ve aynı zamanda iç işlerine müdahale teşkil edebilecek türden bir durumdur²⁷.

B. Uluslararası Suçlar Bakımından Bağışıklık ve Statü'nün 27. Maddesi

Konuyla ilgili verilen ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarına bakıldığında, tartışmaların çoğunun, uluslararası suçların işlenmesi halinde fonksiyonel ve kişisel dokunulmazlığın kapsamının ne olacağı konusunda ortaya çıktığı görülür. Görevdeyken kişisel bağışıklığa sahip olan bir üst düzey hükümet görevlisinin uluslararası suç işlendiği iddia edilse dahi genellikle yabancı devletlerin yargı yetkisinden muaf olacağı kabul edilmektedir. Bu kural Uluslararası Adalet Divanı²⁸, Lordlar Kamarası²⁹ ve Belçika Temyiz Mahkemesi³⁰ tarafından da teyit edilmiştir. Uluslararası suçlar bakımından fonksiyonel dokunulmazlığın bulunup bulunmadığı ise net değildir. Bu sorunun cevabı görev süresince işlenen uluslararası suçların görevle ilgili sayılıp sayılmamasına dayanır³¹. Gerekçeleri farklı olsa da genel kabul, uluslararası hukukta görevi sona eren üst düzey devlet görevlileri ile görevi devam eden alt düzeydeki devlet görevlilerinin³² fonksiyonel bağışıklığının uluslararası suçlar bakımından söz konusu olmadığı, bu nedenle de bu suçlardan

27 Bkz. **Steffen Wirth**, “Immunities, Related Problems and Article 98 of the Rome Statute”, *Criminal Law Forum*, Vol. 12, No. 4, 2001, s. 419, para. 1.1

28 Uluslararası Adalet Divanı *Arrest Warrant* davasında verdiği kararda, açıkça devlet başkanları, hükümet başkanları, dışişleri bakanları ve diplomatların uluslararası suç işlenmesi söz konusu olsa dahi yabancı ulusal mahkemeler önünde kişisel bağışıklığa sahip olduğunu belirtmiştir. *Arrest Warrant case*, para. 51.

29 Pinochet No. 3.

30 **Antonio Cassese**, “The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: The Sharon and Others Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1, 2003.

31 UAD da *Arrest Warrant* davasında büyük bir fırsatı yakalamışken, bu tür fillerin resmi veya görevle ilgili sayılıp sayılmayacağı konusuna açıklık getirmemiştir.

32 Alt düzeydeki devlet görevlileri fonksiyonel dokunulmazlıktan görevleri süresince de faydalanır. Uluslararası suçlar bakımından ise alt düzeydeki görevlilerin görevleri süresince de bağışıklıktan yararlanamayacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda sadece görevi başındaki üst düzey devlet görevlilerinin yabancı ulusal mahkemelerde yargı bağışıklığına sahip olduğunu söylememiz mümkündür.

ötürü diğer devletlerin ulusal mahkemeleri önünde yargılanabilmelerine bir engel olmadığı yönündedir³³.

Yabancı devletlerin ulusal mahkemeleri önünde uluslararası suçlar bakımından durum böyleyken peki UCM karşısında kişilerin bağışıklığı konusu ne şekilde düzenlenmiştir? Roma Statüsü, bağışıklık konusuna 27. maddesinde yer vermektedir. Madde metni şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Statü, resmi unvan ayırımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memuru hiçbir şekilde bu Statü altında cezai sorumluluktan muaf tutulamaz veya resmi unvan cezanın indirilmesi için bir neden teşkil etmez.”

“İster ulusal ister uluslararası hukuka göre olsun bir kişinin resmi unvanına bağlı dokunulmazlık ve özel usul kuralları, böyle bir kişi üzerinde Mahkemenin yargı yetkisini kullanmasını engellemeyecektir”.

Madde metninden anlaşılacağı üzere, UCM önünde yargılanabilme bakımından kişilerin sahip olduğu statüleri, unvanları bağlamında hiçbir ayırım yapılmamaktadır. Dolayısıyla, UCM'nin konuyla ilgili yargılama yetkisine sahip olması halinde uluslararası hukuka göre dokunulmazlık ve bağışıklıktan yararlanan tüm kişilerin Statü kapsamında yer alan suçları işlemiş olması durumunda yargılanması mümkündür. Bu konuda görevinin devam etmesi veya görevinin sona ermesi arasında bir ayırım yapılmadığından hem *ratione personae* hem de *ratione materiae* bağışıklık UCM önünde geçersiz sayılmaktadır. Bir devlet Roma Statüsü'ne taraf olmak suretiyle Statü'nün 27. maddesi uyarınca kendi görevlileri bakımından hem ulusal hem uluslararası dokunulmazlık ve bağışıklıklardan feragat etmiş olmaktadır.

IV. UCM İLE İŞBİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Uluslararası mahkemeler, kanıtları toplama ve verme, tanıkları zorla getirme, tutuklama da dâhil karar ve emirlerini zorla uygulama yetkisine sahip değildir. Bunun nedeni, uluslararası mahkemelerin devletlerin

³³ Bkz. **Watts**, s. 82; **Gaeta Paola**, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The *Hissène Habré* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, s. 186-196; **Rosanne Van Alebeek**, “National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59 (1), 2012.

14 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

sahip olduğu yaptırım mekanizmalarından, kolluk kuvvetlerinden ve diğer zorlayıcı imkânlardan yoksun olmasıdır. Uluslararası yaptırım mekanizmasının bulunmaması, uluslararası mahkemeleri, devletlerin yardımına ve onlarla işbirliğine bağımlı kılar. Bu bakımdan UCM bir kurum olarak taraf devletlerin desteği olmadan işlevlerini sürdürmez. Statü, sanığın gıyapta yargılanmasına imkân tanımadığından, sanıkların teslim edilmesi konusunda ve daha pek çok işbirliği konusunda³⁴ UCM'nin devletlerin işbirliğine ihtiyacı vardır.

Statü'de taraf devletlere UCM'nin yargı yetkisine giren suçların soruşturulması ve yargılanması aşamalarında Mahkeme ile tam bir işbirliği yapmak gibi genel bir işbirliği yükümlülüğü getirilmektedir (md. 86). Bu bakımdan Statü'ye taraf devlet, uluslararası suçları işlediği iddia edilen kişiyi tamamlayıcılık ilkesine göre ya kendisi yargılayacak ya da kendisinden sanığın teslimini isteyen UCM'ye sevkedecektir³⁵. Aynı zamanda, genel işbirliği yükümlülüğünün yanında taraf devletlerden Statü'nün 9. Bölümünde bahis konusu tüm işbirliği biçimlerinin kendi ulusal mevzuatlarında uygulanabilir olmasını sağlamaları istenmektedir (md. 88).

Statü'nün 86. maddesinde öngörülen genel işbirliği yükümlülüğü, Statü'ye taraf devletlerle sınırlıdır. Taraf olmayan devletlerin kendi vatandaşlarını ya da görevlilerini Mahkemeye teslim etme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁶. Ancak UCM bu devletlerin işbirliğini elde etmek için onlarla anlaşmalar yapabilir³⁷. Taraf bir devletin, Statü

34 Diğer işbirliği şekilleri için bkz. Statü, md. 93/1.

35 Türkiye Cumhuriyeti henüz Roma Statüsü'ne taraf olmamasına rağmen Anayasası'nın 38. maddesinin son fıkrasında “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.” ifadesine yer vermiştir. Bu hükmün daha sonradan Roma Statüsü'ne taraf olma ihtimaline karşılık yapılan erken bir hazırlık olduğu kanaatindeyiz.

36 Bu durum 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 34. maddesi ile de uyumludur. “Madde 34: “Üçüncü Devletlerle ilgili genel kural: Bir anlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır”.

37 Statü'de UCM'nin, Statü'ye taraf olmayan devletlerden, bu devletlerle yapacağı geçici veya sürekli bir anlaşma veya başkaca uygun bir kurala dayalı olarak, yardım talep edebileceği öngörülmüştür (87/5/a.). Dolayısıyla, Statü, Mahkemenin Statü'ye taraf olmayan devletlerden yardım ve işbirliği talebinde bulunabileceği üç durum öngörmektedir. İlk olarak taraf olmayan devletlerin yardım ve işbirliği sadece belli bir olayla ilgili geçici bir anlaşmaya göre talep edilebilir. İkinci olarak Mahkeme ile taraf olmayan devlet arasında akdedilen genel bir anlaşmaya dayalı olarak

hükümlerine aykırı bir şekilde Mahkemenin işbirliği taleplerine uymayarak, Mahkemenin görev ve yetkilerini yerine getirmesini engellemesi halinde, Mahkeme bu durumu Taraf Devletler Kuruluna veya konu Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye getirilmiş ise Güvenlik Konseyine bildirebilir (md. 87/7).

V. ABD’İN ROMA STATÜSÜ KARŞISINDA DURUMU

A. Genel Olarak

Roma Statüsü’nün kabul edilmesine kadar geçen sürede ABD uluslararası bir ceza mahkemesinin güçlü bir destekçisi olmuş ve hem *ad hoc* hem de hazırlık komitelerinde aktif bir katılımcı olarak yerini almıştır. Fakat Roma Konferansı sonucunda ABD heyeti Roma Statüsü’nün kabulü oylamasında ret oyu vermiştir. ABD heyetinin bu tutumu, ABD Hükümeti’nin Statü’ye itirazını yansıtmaktadır. ABD’nin itirazının ardında yatan düşünce ise, ABD’nin Statü’yü kendi egemenliğine ve vatandaşlarının haklarına yönelik bir tehdit olarak görmesidir³⁸. ABD, Statüyü 31 Aralık 2000 tarihinde, Bili Clinton Yönetimi döneminde imzalamıştır. Ancak, Statü’nün imzalanmasının ardında yatan niyet imzadan sonra Statüyü onaylayarak Statü’ye taraf olmak değil, Roma Konferansı’ndan sonra devam eden hazırlık sürecinde ABD’nin katılımını devam ettirmek ve bu sayede Statü’nün

işbirliği talep edilebilir. Son olarak, başka meşru bir temele dayalı olarak işbirliği talebi mümkündür. Bu son durum, özellikle BM Güvenlik Konseyinin bir olayı Mahkemeye taşıdığı durumlarda Konseyin BM Şartı VII. Bölümü çerçevesinde aldığı kararlar olabilmektedir.

38 **Attila Bogdan**, “The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008, s. 24; Aynı zamanda ABD Senatosu üyelerinden biri Statü’nün yürürlüğe girmesi için gerekli altmış onayın asla gerçekleşmemesinin tek güvenli yol olduğunu dile getirmiş ve eğer bu Mahkeme kurulursa Mahkeme ile kesinlikle işbirliği yapmama, Mahkemeyi finanse etmeme, Mahkeme’nin yargı yetkisini kabul etmeme, kurallarını tanımama ve Güvenlik Konseyi tarafından olayları Mahkemeye kesinlikle sevk etmeme şeklinde katı bir politika izlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Statement Senator Rod Grams, “Is a U.N. International Criminal Court in the U.S. national interest?”, Hearing before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations of the United States Senate, S. HRG. 105-724 (23 Temmuz, 1998, <http://www.publicinternationallawandpolicygroup.org/wp-content/uploads/2010/08/A-Case-for-the-International-Criminal-Court.pdf> (E.T: 09.04.2018).

değiştirilebilmesi konusunda söz sahibi olabilmektir³⁹. Nitekim görevi sona ermeden hemen önce Clinton, imzaladığı bu andlaşmanın onaylanması için iç hukuka göre gerekli adımların atılması konusunda halefine hiçbir tavsiyede bulunmamıştır⁴⁰.

Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşının UCM önünde yargılanabilmesi sürecinin başlayabilmesinin yolu, suçun işlendiği ülke devletin Statü'ye taraf olup olmamasına göre değişmektedir.

Suçun işlendiği ülke devleti de Statüye taraf değilse, söz konusu sürecin başlayabilmesi sadece BM Güvenlik Konseyi'nin durumu UCM'ye sevketmesi ile mümkündür⁴¹. Suçun işlendiği ülke devleti Statü'ye tarafsa, Statü'ye taraf devletler durumu UCM'ye taşıyabileceği gibi Savcı da re'sen soruşturma başlatma yetkisini kullanabilir.

İlk duruma ABD perspektifinden bakarsak eğer, ABD kendisinin ve vatandaşlarının çıkarları söz konusu olduğunda Güvenlik Konseyi'nde daimi üye olarak veto yetkisini elbette kullanacağından, bu yöntem ABD için bir tehdit oluşturmayacaktır. Bu bakımdan ABD'nin asıl endişesi ikinci durum olan, 12. maddeye göre, Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına giren durumlarda Savcının da olayları resen soruşturabilmesidir. Bir başka ifadeyle, ABD'nin ilgi odağı olduğu konu, Statü'ye taraf devletlerin toprakları üzerinde Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının Statü'deki suçları işlemesi buna bağlı olarak

39 **David Tallman**, “Catch 98(2): Article 98 Agreements and the Dilemma of Treaty Conflict”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 92, 2004, s. 1037; **David Scheffer**, “Negotiator’s Perspective on the International Criminal Court”, *Military Law Review*, Vol. 167, 2001, s. 4; 31 Aralık 2000 günü, mesai saatinin bitimine dakikalar kala ABD'nin, ondan hemen sonra ise İsrail ve İran'ın imza belgelerini BM Genel Sekreterliğine sundukları bilinmektedir. Bu “son dakika” imzalarının sahibi olan devletlerin hiçbirisi bugüne kadar Statü'ye taraf olma işlemini gerçekleştirmemiştir. **Günel Kurşun**, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara 2011, s. 32; Roma Statüsü'nün 31 Aralık 2000 tarihine kadar imzaya açık kalması öngörülmüştür. Bu tarihten sonra Statü'yü imzalamak mümkün değildir, ancak onaylama suretiyle Statüye taraf olunabilir. (Bkz. Statü, md. 125/1)

40 Clinton'a göre Statü'nün önemli eksiklikleri vardır ve bunlar giderilmeden Statü'nün onaylanması gerekir. Press Release, The White House Office of the Press Secretary, Statement by the President (Dec.31, 2000), Clinton'ın basın açıklaması için bkz. <http://clinton4.nara.gov/library>. (E.T: 09.04.2018).

41 Günümüzde, Suriye'nin durumu buna örnek gösterilebilir. Suriye Devlet Başkanı Beşar Esad'ın işlediği insanlık suçu ve savaş suçundan ötürü UCM önünde yargılanabilmesi ancak BM Güvenlik Konseyi'nin konuyu UCM'ye sevketmesi ile mümkün olabilir. Çünkü Suriye, Roma Statüsü'ne taraf bir devlet değildir.

da Mahkemenin Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşları üzerinde yargı yetkisini kullanabilmesidir.

Kendi vatandaşları aleyhine siyasal yargılamaların yapılabileceği korkusunu taşıyan ABD, savcının resen soruşturma ve kovuşturma başlatma gücü hakkında endişelerini açıkça dile getirmiştir⁴². Güvenlik Konseyi'ndeki statüsünden ötürü uluslararası hukukun uygulanması konusunda büyük bir gücü eline tutan ABD, Mahkemenin de kendi kontrolünde olmaması nedeniyle, Savcının seçilmiş bir organa ya da Güvenlik Konseyi'ne karşı sorumlu olmamasını eleştirmekte ve Mahkemenin temel kontrol ve dengelerden yoksun olduğunu belirtmektedir⁴³.

ABD Statü'nün uluslararası hukuka aykırılığını ileri sürerken, andlaşmalar hukukunun, "bir andlaşmanın, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratamayacağı" kuralına dayanmaktadır⁴⁴. Hâlbuki burada ABD'ye bir yükümlülük yüklenmesi söz konusu değildir. Statü'de, Statü'ye taraf olmayan devletlerin belli bir şekilde davranmasını gerektiren bir hüküm yoktur. Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarının yargılanması bu devletlerin menfaatlerine etki edebilir, fakat bu durum taraf olmayan devletlere yükümlülük yüklediğini söylemek ile aynı şey değildir⁴⁵.

Bush yönetiminin başa gelmesinin ardından ülkede yürütülen UCM karşıtı sistematik kampanya sonucunda 6 Mayıs 2002 tarihinde Bush Yönetimi, ABD Hükümeti'nin imzasını geri çekmiştir⁴⁶. Onaylama

42 **Dominic McGoldrick**, "Political and Legal Responses to the ICC", Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly (edt.) *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, (Hart Publishing, Oxford, 2004, s. 402.

43 <https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/fs/23426.htm> (E.T:09.04.2018).

44 **David J. Scheffer**, "The United States and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, s. 18.

45 **Akande**, The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties, s. 620; **Michael P. Scharf**, "The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No.1, 2001, s. 98.

46 **Markus Benzing**, "U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Exercise in the Law of Treaties", *Max Planck UNYB*, Vol. 8, 2004, s. 183.

18 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

işlemini gerçekleştirmediği için sadece imzacı devlet konumunda olan ABD'nin bu sebeple Statü'den kaynaklanan bir yükümlülüğü olmamasına rağmen, imzasını geri çekmesi aslında ABD'nin UCM'ye karşı olan tavrının sert bir şekilde ortaya konmasıdır⁴⁷. İmzanın geri çekilmesinin ardından, ABD kendi vatandaşlarının Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin dışında tutulmasını sağlamak için bir takım faaliyet ve girişimlerde bulunmuştur. İlk olarak, 2002 yılında kabul edilen Amerikan Servis Üyelerinin Korunması Kanunu gibi ABD'nin UCM ile işbirliği yapmasını kesin şekilde yasaklayan yasal düzenlemeler kabul edilmiştir⁴⁸. Bu kanun aynı zamanda, ABD silahlı kuvvetler personelinin UCM'ye sevk edilmesini yasaklayan ABD ile karşılıklı bir antlaşma yapmadığı sürece Roma Statüsü'nü onaylayan bir devletten Başkanın askeri desteğini çekmesini gerekli görmektedir⁴⁹. ABD bu yolla kendi gücünü kullanarak vatandaşlarını UCM'nin yargı yetkisinden kaçırmak için diğer devletleri kendisi gibi davranmaya zorlamaktadır.

İkinci olarak, ABD, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nden 1422 sayılı karar çıkartılmasını sağlayarak, ABD vatandaşı barış gücü askerleri ve personelinin geçici olarak yargı kapsamı dışında tutulmasını sağlamaya çalışmıştır⁵⁰.

Son olarak, ABD, mevcut veya eski ABD hükümet yetkililerinin, askeri personelin ve diğer personelin (ABD vatandaşı olup olmadıklarına bakılmaksızın, örneğin, ABD için çalışan yabancı taşeronlar) ve hiçbir

47 VAHS'nin 18. maddesine göre, bir sözleşmeyi onaylamadan önce sadece imzacı devlet konumunda olan devletlere yüklenen tek yükümlülük andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümlüdür. ABD, Statüye imzasını geri çekmek suretiyle bu yükümlülüğünden de kurtulmaktadır. 18. madde metni için bkz. dipnot. 100.

48 Amerikan Servis Üyelerinin Korunması Kanunu (American Servicemembers' Protection Act-ASPA). <https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm> (E.T: 09.04.2018).

49 ASPA, Sec. 2007/a; Bu hükmün NATO üyesi devletler ve NATO'ya kapalı fakat ABD müttefiki olan devletler bakımından uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bunlar Arjantin, Avustralya, Mısır, İsrail, Japonya, Ürdün, Yeni Zelanda, Kore Cumhuriyeti ve Tayvan'dır. Sec. 2007/d.

50 Security Council Resolution 1422, U.N. SCOR, 57th Session. ABD müzakereler başlar başlamaz, karar geçmediği sürece tüm BM Barış gücü askeri ve personelinin geri çekmekle tehdit etmiştir. Bkz. **Sean D. Murphy**, "Efforts to Obtain Immunity from ICC for U.S. Peacekeepers", *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, s. 725-26.

ABD vatandaşının UCM'ye teslim edilmemesini öngören iki taraflı andlaşmalar akdetme yoluna girişmiştir⁵¹. UCM'nin yargı yetkisine karşı dünyanın dört bir yanında bulunan başta ABD askeri personeline ve diğer ABD vatandaşlarına bu andlaşmaların kalkan olması amaçlanmaktadır. Söz konusu kişilerin ABD'nin rızası olmaksızın UCM önüne çıkartılmamasını temin etme amacıyla akdedilen bu andlaşmalar Statü'nün 98. maddesine dayandığından “madde 98 andlaşmaları”, “ikili bağışıklık andlaşmaları”⁵² veya “sorumsuzluk (cezazsızlık) andlaşmaları”⁵³ olarak da adlandırılmaktadır⁵⁴.

B. 1422, 1487 ve 1497 Sayılı Güvenlik Konseyi Kararları

Birleşmiş Milletler operasyonlarında görev yapan ABD personelini Mahkemenin yargı yetkisi dışında bırakmak için ABD'nin attığı ilk adım BM Güvenlik Konseyi'nden bu konuda çeşitli kararlar çıkartılmasını sağlamaktı. ABD Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin BM operasyonlarında bulunan personelini UCM'nin yargı yetkisi dışında bırakan bir kararı Güvenlik Konseyi almadığı sürece Güvenlik

51 Bkz. Coalition for the International Criminal Court Fact Sheet, http://www.iccnw.org/documents/CICCFs-CommentsUSOfficials_BIA-ASPA_23Mar06.pdf; http://www.iccnw.org/documents/CICCFs_BIAstatus_current.pdf, (E.T: 09.04.2018).

52 Bkz. **Yusuf Aksar**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 52, S. 2, s. 125.

53 Council of the European Union “EU Guiding Principles Concerning Arrangements between a State Party to the Rome Statute of the ICC and the US Regarding the Conditions to Surrender of Persons to the Court” (30 Eylül 2002), s. 17, <https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/ior400302002en.pdf> (E.T: 09.04.2018).

54 http://www.iccnw.org/documents/CICCFs_BIAstatus_current.pdf, (E.T: 09.04.2018); Herşeye rağmen Amerikan Servis Üyelerinin Korunması Kanunu hükümleri ve iki taraflı bağışıklık andlaşmalarının olumsuz etkisi üst düzey sivil ve askeri ABD görevlileri tarafından eleştirilmektedir. Bkz. Coalition for the International Criminal Court Fact Sheet, Comments by US Officials on the Negative Impact of Bilateral Immunity Agreements (BIAs) and the American Servicemembers' Protection Act (ASPA), http://www.iccnw.org/documents/CICCFs-CommentsUSOfficials_BIA-ASPA_23Mar06.pdf ((E.T: 09.04.2018).

Konseyi'ni barış gücü askerlerini BM operasyonlarından geri çekmekle tehdit etmiştir⁵⁵.

Bu tür tehditlerle karşı karşıya kalan ve BM Şartı'nın VII. Bölümüne göre hareket eden Güvenlik Konseyi 1422 sayılı Kararı almıştır⁵⁶. Bu Kararla UCM'nin, Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin BM tarafından kurulan ya da BM'nin yetkisi ile gerçekleştirilen operasyonlara katılan vatandaşlarını yargılamak veya soruşturmaktan 12 aylık bir süre için imtina etmesi istenmektedir. Güvenlik Konseyi'nin Mahkemenin soruşturma ve yargılamalarını bu şekilde erteleyebilmesi, kendisine bu yönde talepte bulunma yetkisi veren Statü'nün 16. maddesine dayanmaktadır⁵⁷. Fakat 16. maddenin asıl amacı sadece uluslararası barış ve güvenlik için yürütülen diplomatik müzakerelere sekte vurmamak için Güvenlik Konseyi'nin bu tür taleplerine izin vermektir⁵⁸. Bu madde ile yargı bağımsızlığına imkân tanınması değil sadece belli bir olaya özgü fayda sağlanması düşünülmüştür⁵⁹. Bu nedenle, Güvenlik Konseyi'nin 1422 sayılı Kararı alırken 16. maddenin asıl amacından saptığı görülmektedir⁶⁰. 1422 sayılı Kararda yaşanan ihtilafa rağmen⁶¹ bu Karar 1487 sayılı Kararla 2003 yılında yenilenmiştir⁶².

55 **Serge Schmemmann**, “U.S. Links Peacekeeping to Immunity from New Court” (19 Haziran 2002) *The New York Times New York*, <http://www.nytimes.com/2002/06/19/world/us-links-peacekeeping-to-immunity-from-new-court.html> (E.T: 09.04.2018).

56 UNSC Resolution 1422 (12 Temmuz 2002) S/Res/1422.

57 Statü, madde 16: “Soruşturmanın ya da davanın ertelenmesi: BM Güvenlik Konseyi'nin, BM Şartı'nın VII. Bölümüne dayanarak aldığı karar dâhilinde, Mahkeme'den talepte bulunmasının akabinde, 12 ay süreyle, bu Statüye dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep, aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir”.

58 **David Stoelting**, “ICC Pretrial Proceedings: Avoiding Gridlock”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, 2003, s. 422.

59 Bkz. **William A. Schabas**, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2017, Başlık: Implementation of Article 16.

60 Bkz. **Salvatore Zappala**, “The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements”, *Journal of Criminal Justice*, , Vol. 1, 2003, s. 119-120.

61 1422 sayılı karar 12 lehte 3 aleyhte oyla kabul edilmiştir. Karara karşı çıkan devletler, Almanya, Fransa ve Suriye'dir.

62 UNSC Resolution 1487 (12 Temmuz 2003) S/Res/1487.

Ağustos 2003 tarihinde Güvenlik Konseyi Liberya'da çok uluslu bir barış gücü heyeti kurulması için 1497 sayılı Kararı almıştır⁶³. Bu Kararın 7. maddesinde bu heyette yer alan Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin personelinin, kendisini gönderen devletin münhasır yetkisi kapsamında olacağı öngörülmüştür. Maddeye göre personeli gönderen devlet açıkça münhasır yargı yetkisinden feragat etmediği sürece yetki, sadece kendisine ait olacaktır. Bu şekilde Statü'ye taraf olmayan devletlerin personeli üzerinde sadece UCM'nin yargı yetkisi değil, aynı zamanda Liberya'nın yargı yetkisi de ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca, bu madde üçüncü devletlerin evrensel yetki ilkesine ve mağdura göre şahsılık ilkesine dayalı olarak yargı yetkilerini kullanmalarını da sınırlandırmaktadır. Roma Statüsü'nün 16. maddesine açıkça atıfta bulunan 1422 ve 1487 sayılı kararların aksine, 1497 sayılı karar sadece UCM'nin yargı yetkisini ertelememiş, kalıcı olarak bu yetkiyi sona erdirmiştir⁶⁴. Bu karara da karşı çıkan Fransa, Almanya, Meksika bu maddeyi ulusal ve uluslararası hukuk ilkelerine aykırı olduğu için eleştirmiştir⁶⁵. VII. maddenin meşruluğu konusundaki şüphelere rağmen Sudan için alınan karara da benzer bir hüküm dâhil edilmiştir. BM Güvenlik Konseyi 1590 sayılı Kararla⁶⁶, Sudan'da bir BM Heyeti kurulması yönünde karar almıştır. Daha sonra, BM Güvenlik Konseyi aldığı 1593 sayılı Kararla⁶⁷, Sudan'ın Darfur Bölgesinde Temmuz 2002'den itibaren yaşanan uluslararası insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini soruşturmak üzere durumu UCM Savcısına sevketmiştir. 1593 sayılı Kararın 6. maddesi şu şekildedir:

“Sudan dışında BM Heyetine destek veren ve Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin gönderdiği vatandaşları, eski ya da mevcut görevlileri ya da personeli, Sudan'daki operasyonlardan kaynaklanan ya da bu operasyonlarla ilgili iddia edilen tüm fiil ya da ihmallerinden ötürü

63 UNSC Resolution 1497 (1 Ağustos 2003) S/Res/1497.

64 **Ademola Abass**, “The Competence of the Security Council to Terminate the Jurisdiction of the International Criminal Court”, Vol. 40, 2005, *The Texas International Law Journal*, s. 265.

65 Bkz. **Abass**, s. 268 vd.

66 UNSC Resolution 1590 (24 Mart 2005) S/Res/I 590.

67 UNSC Resolution 1593 (31 March 2005) S/Res/1593.

kendisini gönderen devletin münhasır yargı yetkisi kapsamında olacaktır”⁶⁸.

Ayrıca, bu kararın başlangıç bölümünde “madde 98/2 andlaşmalarının” varlığına atıfta bulunmaktadır. Bu andlaşmalar, her fırsatta Mahkemeyi zayıflatmak için Güvenlik Konseyi kararlarını kullanan ABD’nin UCM’ye karşı yürüttüğü kampanyanın başka bir yönünü oluşturmaktadır.

C. Statü’nün 98/2. Maddesi ve Madde Kapsamına Giren Andlaşmalar

1. Statü’nün 98/2. Maddesi

Statü, taraf devletlere UCM ile işbirliği yükümlülüğü yüklemekle birlikte, UCM’nin işbirliği talebinde bulunamayacağı durumlara da yer vermiştir. Bunlardan biri olan Statü’nün 98/2. maddesi UCM’nin devletlerle adli işbirliğine ilişkin özel bir hükümdür. Statü’nün “*dokunulmazlığın kaldırılması ve teslim etmeye rıza gösterme konusunda işbirliği*” başlıklı 98/2. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mahkeme, gönderen devlete bağlı bir kişinin mahkemeye teslimi için gönderen devletin teslim etmeye rıza gösterme konusunda işbirliğini elde edemediği sürece talep edilen devletin, gönderen devletin rızasını gerektiren uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektirecek bir teslim talebi işlemini devam ettiremez”⁶⁹.

98/2. maddesine göre, kendisinden sanığın teslim edilmesi istenen devletin (“talep edilen devlet”) sanığı teslim etmesinin, bir başka devletle

⁶⁸ Güvenlik Konseyinde çeşitli itirazlara rağmen bu şekilde bir kez daha ABD’nin isteği üzerine münhasır yargı yetkisi hükmü karara dâhil edilmiştir. Mahkemeyi meşrulaştırıyor gibi görünmek istemediği için ABD bir süre Darfur’da ki durumu UCM’ye sevk etmeye karşı çıkmıştır. Jonathan F Fanton, “US Obstructs Global Justice” (29 Mart 2005), Los Angeles Times, Los Angeles, <http://articles.latimes.com/2005/mar/29/opinion/oe-fanton29> (E.T: 09.04.2018); Ancak, uluslararası baskı altında kalan ABD, nihayetinde direnmekten vazgeçmiş ve oylamada talep ettiği imtiyazları elde ettiğini görür görmez sadece çekimser oy kullanmıştır. 1593 sayılı karar 11 olumlu, 4 çekimser (Cezayir, Brezilya, Çin, ABD) oyla kabul edilmiştir. <https://www.un.org/press/en/2005/sc8351.doc.htm> (E.T: 09.04.2018).

⁶⁹ Bu madde kendi çevirimizdir. TBMM’nin resmi sitesinde yer alan çeviride uluslararası andlaşmalara yer verilmemiş sadece “uluslararası yükümlülük” ifadesine yer verilmekle yetinilmiştir. Hâlbuki yükümlülüğün kaynağının kapsamının daralması bakımından doğru çevirinin tercih edilmesi önemlidir.

aralarında yapmış olduğu uluslararası dokunulmazlıklara ve bağışıklıklara ilişkin yükümlülükler öngören andlaşmaya aykırı olması halinde, Mahkeme sanığın tutuklanması ve teslimi gibi bir talepte bulunamayacaktır.

98/2. madde metnine göre, gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında iki taraflı bağışıklık andlaşması yapılması halinde⁷⁰ sanığın ülkesinde bulunması nedeniyle kendisinden sanığı tutuklayıp Mahkemeye teslim etmesi talep edilen devletin bu talebe uyması bağışıklık andlaşmasının diğer tarafı olan devlete karşı söz konusu andlaşmadan doğan yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektirir. Böyle bir durumda ise Mahkeme, sanığın bağlı olduğu (bağışıklık andlaşmasının diğer tarafı olan) devletin, sanığın teslim edilmesi konusunda rızasını elde etmediği müddetçe 98/2. maddeye göre tutuklama ve teslim talebi ile ilgili işlemleri devam ettiremez. Bu andlaşmaların kapsamı, devletlerin bir başka devlet ülkesine gönderdiği askeri ya da başka bir personelinin UCM'ye teslim edilmemesidir. Bu nedenle bu tür andlaşmalar için “teslim etmeme andlaşması” (*non-surrender agreement*)⁷¹ ifadesi de kullanılmaktadır⁷².

Görüldüğü gibi Statü'nün 27. maddesi bir devlet görevlisinin uluslararası dokunulmazlığa sahip olmasının UCM'nin yargılama yetkisini kullanmasını engellemeyeceğini öngörmesine rağmen, 98/2. maddeye göre devletlerin aralarında yapmış oldukları iki taraflı bağışıklık andlaşmaları, Mahkemenin yetkilerini kullanmasını engellemektedir.

İşte ABD, bu hükümden yararlanmak suretiyle Statü'ye taraf olmayan bir devlet olarak, kendi vatandaşları üzerinde Mahkemenin

⁷⁰ Bir görüşe göre 98/2 maddesi, Statü'ye taraf olsun olmasın devletler arasındaki hem iki taraflı hem de çok taraflı andlaşmaları kapsamaktadır. Bkz. **David Scheffer**, “Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, s. 338.

⁷¹ Bu ifade ilk kez, J. Crawford, P. Sands, ve R. Wilde'nin md. 98/2'ye göre ABD tarafından yapılan ikili andlaşmalar meselesi ile ilgili kendilerinden istenen müşterek görüşte kullanılmıştır. **James Crawford, Philippe Sands, Ralph Wilde**, “In the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute” (Ortak Görüş, 5 Haziran 2003), para. 18-21. Bkz. [http://www.iccnw.org/documents/SandsCrawfordBIA14June03 .pdf](http://www.iccnw.org/documents/SandsCrawfordBIA14June03.pdf) (E.T. 09.04.2018).

⁷² Bkz. **Scheffer**, Article 98(2) of the Rome Statute, s. 338.

24 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

yargı yetkisini kullanabilme ihtimalini ortadan kaldırmak için diğer devletlerle bu tür anlaşmalar yapmaktadır. ABD'nin yaptığı, 98/2. madde hükmünü kendi lehine yorumlayarak bu hükümden yararlanmaktadır. Ancak yabancı hükümetlerle ABD'nin bu tür ikili anlaşmaları yapması 98/2. madde metnini hazırlayanların asıl niyetlerinden sapmaktır⁷³.

İlk “madde 98 anlaşması” ABD ve Romanya arasında 1 Ağustos 2002 tarihinde akdedilmiştir⁷⁴. Daha sonra dört yıldan kısa bir süre içinde ABD 100'ün üzerinde ikili anlaşmaya imza atmıştır. Pek çok devlet ve diğer uluslararası hukuk kişileri ABD'nin “madde 98 anlaşmalarını” teminat altına alma çabalarına olumlu bakmamıştır. Örneğin tüm üyeleri Roma Statüsü'nü onaylamış olan Avrupa Birliği, ABD ile üye devletlerin arasında yapılabilecek “madde 98 anlaşmaları” ile ilgili üye devletlere rehberlik edecek bir dizi kural kabul etmiştir⁷⁵. Bu kurallarla, AB üyelerine bu tür anlaşmalar yapma konusunda sınırlamalar getirilmiştir. Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi de ABD ile bu tür anlaşmalar yapmanın Roma Statüsü'nün taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerle ve Statü'ye taraf olan devletlerin taraf olduğu diğer uluslararası anlaşmalarla bağdaşmayacağını belirtmiştir. Çok sayıda devlet “madde 98 anlaşmalarına” doğrudan karşı olduğunu açıklamıştır⁷⁶. Buna rağmen Statü'ye taraf olan birçok devlet ise ABD ile bağışıklık anlaşmalarına imza atmıştır⁷⁷.

73 Bkz. **Scheffer**, Article 98(2) of the Rome Statute, s. 335.

74 Ancak, ABD ile bu tür bir anlaşmaya imza atan tek AB üyesi devlet olarak Romanya, anlaşmayı imzaladığı tarihte henüz AB üyesi değildi. Romanya daha sonra ABD ile imzaladığı anlaşmayı Parlamenteoya sunmayacağını belirtmiş ve sonuç olarak bu anlaşmanın tarafı haline gelmemiştir. https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/ior_400302002en.pdf (E.T: 09.04.2018), s. 17; 2007 yılında AB üyesi haline gelen Romanya'nın bu anlaşmanın tarafı olmaktan vazgeçmesinde AB'nin bu tür anlaşmaları uygun bulmaması yönündeki düşüncesinin etkili olmuş olabileceği kanaatindeyiz.

75 **Bogdan**, s. 28.

76 Devletlerin “Madde 98 anlaşmaları” ile ilgili durumları hakkındaki liste için bkz. http://www.iccnw.org/documents/BIAdb_Current.pdf (E.T: 09.04.2018).

77 ABD en son 2 Mayıs 2005 tarihinde 100. “madde 98 anlaşması”nı Angola ile imzalamıştır. ABD'nin diğer devletlerle yapmış olduğu bağışıklık anlaşmaları için bkz. <http://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099> (E.T: 09.04.2018).

2. 98/2. Madde Kapsamına Giren Andlaşmalar

Taraf devletlerin ne ölçüde bu tür andlaşmalar yapabileceğini belirlemek ve Mahkemenin tutuklama ve teslim talebinde bulunmasını önlemede ne derece etkili olacağını değerlendirmek için önce 98/2. madde ile kastedilen andlaşmaların kapsamını belirlemek gerekir. Ancak bu sayede, yapılan andlaşmaların 98/2. madde kapsamında kalması halinde, taraf devletlerin yaptığı andlaşmalarda bir aykırılık olmadığı ve Mahkemenin bu andlaşmalara saygı göstermek zorunda olacağı söylenebilecektir. Eğer, 98/2. madde kapsamının dışında kalan bir andlaşma söz konusu ise, UCM teslim talebiyle ilgili işlemleri devam ettirebilecektir.

ABD Hükümetinin 98/2. madde ile ilgili ileri sürdüğü düşünce, Roma Statüsü'nün taraf devletlere, onları tüm vatandaşlarını kapsayacak şekilde “teslim etmeme andlaşmaları” (*non-surrender agreements*) yapmaktan alıkoyan herhangi bir yükümlülük yüklenmediği ve 98/2. maddenin lafzından da bu yönde bir anlam çıkarmak gerektiği yönündedir⁷⁸. Çünkü, 98/2. madde, taraf devletlere değil, UCM'ye bir yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülük ise bahsi geçen andlaşmaların varlığı halinde işbirliği talebi ile ilgili işlem yapmamaktır.

ABD'nin görüşlerine muhalefet edenler, ilk olarak 98/2. maddenin sadece NATO-SOFA Andlaşmalarına uygulanacağını ya da en iyi ihtimalle sadece ilgili devlete “gönderilen”⁷⁹ ABD vatandaşlarına uygulanacağını ileri sürmektedirler⁸⁰. Statü'nün 98/2. maddesi kapsamına girecek andlaşmaları belirlerken birinci durumu SOFA Andlaşmaları başlığı altında, ikinci durumu ise ABD'nin ikili bağımsızlık andlaşmaları (“madde 98/2 andlaşmaları”) başlığı altında ele almak gerekir.

78 <https://2001-2009.state.gov/t/us/rm/25818.htm> (E.T: 09.04.2018).

79 Burada geçen ifade, madde metninde geçen “gönderen devlet” ifadesinden kaynaklanmaktadır.

80 Amnesty International, “International Criminal Court: US Efforts to Obtain Impunity for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes” (Ağustos 2002), s. 6
<http://www.refworld.org/topic,50ffbce5160,50ffbce5169,3d737cb96,0,,USA.html> (E.T: 09.04.2018); Akande, International Law Immunities and The International Criminal Court, s. 426.

a) SOFA Andlaşmaları

10 Haziran 1951 tarihinde NATO Teşkilatına üye devletler arasında “Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme” (*Status of Forces Agreement–SOFA*)⁸¹, Londra’da düzenlenmiş ve İzlanda hariç NATO üyesi diğer ondört devlet tarafından imzalanmıştır⁸². Kısa adıyla NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi, bir devletin (kabul eden devletin)⁸³ başka bir devletin (gönderen devletin)⁸⁴ askeri kuvvetlerine ev sahipliği yaptığı durumlarda, silahlı kuvvetler personelinin suç işlemesi halinde gönderen ve kabul eden devletler arasında cezai yargı yetkisinin ne şekilde kullanılacağını düzenlemektedir. Bu Sözleşmeye göre, işlenen suç hem gönderen hem de kabul eden devletin iç hukukunu ihlal ediyorsa, suçun gönderen devletin askeri kuvvetlerinin üyeleri tarafından işlenmesi ya da resmi görev süresince görevle bağlantılı personel tarafından işlenmesi halinde ya da suçun askeri personele veya mülkiyetine karşı işlenmesi halinde öncelikli yargı yetkisi gönderen devlete aittir⁸⁵. Tüm diğer suçlar üzerinde kabul eden devlet öncelikli yargılama yetkisine sahiptir⁸⁶. Sözleşme gönderen devletin münhasır yargı yetkisine sahip olduğu durumları da düzenlemektedir⁸⁷.

81 NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi, gönderen veya kabul eden devletin, hangi kişiler üzerinde, hangi koşullarda cezai yargı yetkisini kullanacağını belirlemektedir.

82 Sözleşme Türkiye tarafından 10 Mart 1954 tarihli ve 6375 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme, 10 Mart 1954 tarih ve 6375 sayılı Kanunla Türkiye tarafından onaylanmıştır.

83 “Kabul eden devlet”, ifadesi ile kuvvetin veya sivil unsurun ister devamlı surette, ister geçici olarak ülkesinde bulunduğu Sözleşmeye taraf devlet kastedilmektedir. **Ömer İlhan Akipek**, “NATO Kuvvetleri Sözleşmesine Göre Vazife Kavramı ve Türkiye’deki Tatbikatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, 1967, s. 11.

84 “Gönderen devlet” ifadesi ile silahlı kuvvetin bağlı olduğu devlet kastedilmektedir. **Akipek**, s. 11.

85 NATO SOFA, md. VII (3)(a).

86 NATO SOFA, md. VII (3)(b).

87 NATO SOFA, md. VII (2)(a), (b); Öncelikli yargı yetkisi ile münhasır yargı yetkisi birbirinden farklı durumları ifade etmektedir. Öncelikli yargı yetkisine sahip devlet bu yetkisinden vazgeçerse, diğer devlet bu yetkiyi kullanabilir. Münhasır yargı yetkisi ise yetkinin sadece bir devlete ait olduğunu ifade eder.

Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi'nin giriş bölümünde, belli hususlar Sözleşmede düzenlenmediğinden taraf devletlerin kendi aralarında yapacağı ayrı anlaşmalarla bu hususların (örneğin, kişilerin gönderilmesi koşulları gibi) düzenlenmesinden söz edilmektedir. Bu anlaşmalar ise SOFA anlaşmaları (SOFAs) olarak isimlendirilir⁸⁸.

İşte, 98/2. maddenin, taraf devletlerin en azından SOFA anlaşmaları gereğince mevcut yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için Statü'ye dâhil edildiği görülmektedir. Bu sözleşmelerin var olduğu durumlarda, Mahkeme gönderen devletin rızasını elde edemediği süreç, ilgili kişilerin teslim edilmesi talebinden kaçınacaktır⁸⁹.

b) ABD'nin İkili Bağımsızlık Anlaşmaları (“Madde 98/2 Anlaşmaları”)

ABD ile diğer devletler arasında imzalanan bu anlaşmalar “ciddi uluslararası suçları işleyenlerin adalet önüne getirilmesinin önemini teyit ederek” diye başlamaktadır⁹⁰. Daha sonra ise ABD, “uygun olduğu hallerde” bu tür suçları yargılama ve soruşturma niyetini ifade etmektedir. Ayrıca, anlaşma metninde, anlaşma taraflarının, tüm ABD vatandaşlarının, eski ya da mevcut hükümet görevlilerinin, askeri personelin, anlaşmanın diğer tarafı olan devletin ülkesinde bulunan ABD'yle bağlılığı olan tüm kişilerin (ABD vatandaşı olmasa dahi), ABD'nin açık rızası olmadan UCM'ye teslim etmek üzere üçüncü bir devlete ya da başka bir uluslararası hukuk kişisine teslim edilmeyeceği konusunda anlaşmalarına yer verilmektedir.

Görüldüğü gibi, bu tür anlaşmalar geleneksel SOFA anlaşmalarından daha geniş kapsamlıdır. Çünkü bu anlaşmalar sadece askeri personeli değil, özel kişiler dâhil tüm ABD vatandaşlarını kapsamaktadır. Bu anlaşmaların ardında yatan fikir sadece şudur: Roma

88 Türkiye ve ABD arasında “Kuzey Atlantik Anlaşması'na Taraf Devletler arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme'nin Tatbikatına Mütalâlik Anlaşma, 23 Haziran 1954 yılında imzalanmış ve daha sonra onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. R.G. 1954 - Sayı: 8748, No. 6427.

89 **Hugh King**, Immunities and Bilateral Immunity Agreements. Issues Arising From Articles 27 and 98 of the Roma Statute, *New Zealand Journal of Public and International Law*, Vol. 4, 2006, s. 298.

90 Örnek bir anlaşma olarak ABD ile Bosna-Hersek arasında yapılan teslim etmeme anlaşması için bkz. http://guides.ll.georgetown.edu/ld.php?content_id=38317379

Statüsü'ne taraf devletler bu andlaşmaları akdetmek suretiyle, UCM'ye karşı olan işbirliği yükümlülükleriyle çatışan yükümlülükler üstlenmiş olacaklardır. Bu durumun sonucu olarak ise, 98/2. maddeye göre, Mahkeme, ABD'nin rızasını elde edemediği sürece, ABD vatandaşlarının teslimini talep etmekten kaçınacaktır. Elbette, ABD, Mahkemenin ABD vatandaşları üzerinde yargı yetkisini engellemek için bu tür bir rıza vermeyecektir.

ABD'nin diğer devletlerle akdetmiş olduğu teslim etmeme andlaşmalarının Statü'nün 98/2. maddesi kapsamına girip girmediğini belirleyebilmek için maddenin yorumlanması, bunun için ise önce madde metninde geçen bazı ifadelerin ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekir. 98/2. maddenin lafzına bakıldığında madde kapsamındaki andlaşmalar ile ilgili “gönderen devlet” şeklinde bir sınırlandırma yapıldığı görülmektedir. Andlaşmalar hukukunda genel yorum kuralına göre anlaşmada kullanılan terimlerin doğru anlamını belirleyebilmek için yapılacak yorumlamada anlaşmanın amacı da göz önünde bulundurulmak suretiyle anlaşmadaki ifadelerin sıradan, olağan anlamlarına ve bu ifadelerin kapsamına bakmak gerekir⁹¹. “Gönderen devlet” ifadesinin anlamını ortaya koymak için referans alınacak öncelikli belgeler, 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (DİHVS)⁹² ve 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (KİHVS)⁹³ olmaktadır⁹⁴. ABD, Dışişleri Bakanlığı da, kendi hukuk uzmanlarının, gönderen devlet ifadesine verdikleri anlamın dayanağı olarak DİHVS ve KİVS gibi diğer sözleşmeleri gösterdiğini, fakat bu Sözleşmelerdeki “gönderen devlet” ifadesinin gönderen devletin tüm vatandaşlarına işaret ettiğini iddia ettiklerini belirtmiştir⁹⁵. Bir başka

91 VAHS, madde 31: “Genel yorum kuralı” 1. Bir andlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır”.

92 UNTS Vol. 500 No. 7310.

93 UNTS Vol. 596 No. 8638-8640.

94 NATO Kuvvetler Statü Sözleşmesi de “gönderen devlet” ifadesine yer vermektedir. Madde 1(a),(d).

95 Ayrıca, Dışişleri Bakanlığı, hukuk uzmanlarının Roma Statüsü'nün hazırlık çalışmalarını tekrar gözden geçirdiklerini ve kayıtlarda 98. maddenin anlamını ve kapsamını belirleyecek hiçbir resmi hazırlık çalışmasının bulunmadığını belirtmiştir. Bakanlığa göre, Statü metni ve müzakere kayıtları, ABD'nin tutumunu hukuken desteklemektedir. <https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/rm/24137.htm> (E.T: 09.04. 2018).

ifadeyle, ABD'ye göre bu Sözleşmelerde yer verilen “gönderen devlet” ifadesi, vatandaşlık bağıyla bağlı olunan devlet anlamına gelmektedir. Hâlbuki söz konusu Sözleşmelerde bunu düşündürecek hiçbir şey bulunmamaktadır. Aksine, Sözleşmelerin konusu, “gönderen devlet” ifadesiyle, bir başka devlete (kabul eden devlete) diploması görevlileri ve konsolosluk görevlileri gönderen devletin kastedildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bugün itibarıyla ABD'nin diğer devletlerle yaptığı ikili bağımsızlık anlaşmalarında UCM'nin yargı yetkisi dışında bırakılan kişiler olarak tüm ABD vatandaşlarına yer verilmesi ABD'nin aslında bu kavramın sözde açıklığa kavuşturulmadığı iddiasını kötüye kullandığının göstergesidir⁹⁶. Bu nedenle 98/2. maddedeki anlaşmaların da sadece askeri personel veya hükümet görevlisi gibi sadece resmi bir görev için bağlı oldukları devlet tarafından diğer devletlere gönderilen kişilerle sınırlı olması gerekir. Çünkü bu yorum kelimelerin sıradan anlamı ile daha uyumludur⁹⁷.

Bir başka husus ise bu tür anlaşmaları eleştiren bazı çevrelerin, 98/2. maddenin sadece mevcut anlaşmalar için geçerli olduğunu ileri sürmeleridir. Bir başka ifadeyle, bu kişiler tarafından maddenin bir devletin Statüye taraf devlet haline gelmesinden sonra imzalanan anlaşmaları kapsamadığı ifade edilmektedir⁹⁸. Ancak Statünün genel

⁹⁶ “Gönderen devlet” ifadesi, Roma Statüsü metninin hazırlandığı ve Mahkeme ile ilgili müzakerelerin yapıldığı daha ilk aşamalarda ABD'nin, çabalarının bir sonucudur Roma Konferansında Amerikan Büyükelçisi ve başmüzakereci *David Scheffer*'a göre, burdaki asıl amaç aslında diğer devletlere gönderilen ABD personeli için dokunulmazlık ve bağımsızlık elde etmek değil, bu kişilerin SOFA anlaşmaları ile belirlenen yargısal statüye tabi olmalarını temin etmektir. Bkz. **Scheffer**, Article 98(2) of the Rome Statute, s. 338; Scheffer'in, ABD'nin yukarıda belirtildiği gibi bir tutum içinde olmadığı yönündeki görüşleri için bkz. **Scheffer**, Article 98(2), s. 347

⁹⁷ Nitekim NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesinde de “gönderen devlet” ifadesi ile bir başka devletin ülkesinde resmi görevlerle ilgili olarak bulunan askeri birliğin bağlı olduğu sözleşme devleti kastedildiği açıktır. (md. I(a), (d)); Bkz. **Benzing**, s. 212.

⁹⁸ Amnesty International “International Criminal Court: US Efforts to Obtain Impunity for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes” (Ağustos 2002), s. 6 <http://www.refworld.org/topic,50ffbce5160,50ffbce5169,3d737cb96,0,,USA.html> (E.T: 09.04.2018); 98/2. maddenin sadece mevcut anlaşmaları mı yoksa Roma Statüsü kendisi bakımından yürürlüğe girdikten sonra akdedilen anlaşmaları mı kapsadığı hep tartışmalıdır. Crawford, Sands ve Wilde'a göre en iyi fikir maddenin her ikisini de kapsadığıdır. Bkz. **Crawford, Sands, Wilde**, s. 18, para. 38; **Dapo**

olarak kullandığı dile bakıldığında, istenildiğinde “mevcut uluslararası yükümlülükler” (md.90/6,7), “önceden mevcut Sözleşmesel yükümlülük” (md. 97/c) gibi ifadelerin kullanılmış olmasına rağmen 98/2. maddede bu kullanımın tercih edilmemesi, 98/2 kapsamındaki andlaşmaların mutlaka önceden mevcut andlaşmalar olması gerektiği düşüncesine götürmektedir⁹⁹. Ayrıca, madde metninde geçen “uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülükler” ifadesi çok geniş kapsamlıdır. Bu nedenle aksi arzu edilse de bu ifade ile sadece SOFA andlaşmalarının ya da sadece mevcut andlaşmaların kastedildiğini düşünmek çok zordur. Nitekim Statü’yü onaylayan birçok devletin onaydan sonra ABD ile ikili başışıklık andlaşmalarının tarafı olması, 98/2. maddede kastedilen andlaşmaların sadece SOFA andlaşmalarıyla ve sadece mevcut yani Statü onaylanmadan önce var olan andlaşmalarla sınırlı olmadığını akla getirmektedir.

Ayrıca, ABD’nin bu tür andlaşmalar konusundaki tutumuna muhalefet edenler, Statünün temel amacının “sorumluzluğa son vermek”¹⁰⁰ olduğuna göre, mantıken sadece sorumlulukla yeterince mücadele eden düzenlemelere yer veren andlaşmaların 98/2. madde kapsamında olabileceğini belirtmektedirler¹⁰¹. Bu iddia karşısında 98/2. maddeye dayanılarak akdedildiği iddia edilen andlaşmaların soruşturmayı ve yeterli kanıt olması halinde yargılamayı ne derecede güvence altına aldığı konusu önemlidir. Statünün amacı, Giriş Bölümünde “Bu Statü’ye taraf devletler, bu suçların faillerinin sorumluzluğuna son vermek ve bu sayede bu suçların önlenmesine katkı sağlamak konusunda kararlıdır”¹⁰² şeklinde açıkça belirtilmektedir. 98/2. madde bu amaç ışığında yorumlanırsa, söz konusu andlaşmaların sadece soruşturma ve kovuşturmayı güvence altına alan andlaşmaları kapsamaması gerekir. Hâlbuki ABD yapmış olduğu andlaşmalarda, sadece “uygun olduğu hallerde” (“*where appropriate*”) soruşturma yapma

Akande, “TheJurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, s. 645; **Zappala**, The Reaction of the US, s. 122-123.

⁹⁹ **Benzing**, s. 215; **Crawford, Sands, Wilde**, para. 38.

¹⁰⁰ Statü, Giriş Bölümü

¹⁰¹ **Zappala**, The Reaction of the US, s. 124.

¹⁰² Statü, Giriş Bölümü, para. 5.

niyetini açıklamaktadır¹⁰³. “Uygun olduğu hallerde” ifadesinin çok fazla belirsizlik taşıdığı, devlete soruşturma ve yargılama konusunda takdir yetkisi verdiği açıktır.

Buraya kadar 98/2. maddeyle uyumlu sayılabilecek andlaşmaların hangileri olduğu ortaya konulduğuna göre, ABD'nin yaptığı ikili andlaşmaların iki açıdan 98/2. maddeye aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle, daha öncede belirtildiği gibi yapılan andlaşmalar 98/2. maddede geçen “gönderen devlet” teriminin anlamına aykırı şekilde sadece ABD tarafından (resmi bir görev için) gönderilen vatandaşları değil tüm ABD vatandaşlarını kapsamaktadır. İkinci olarak, ABD'nin Statü'ye taraf devletlerle akdettiği teslim etmeme andlaşmaları, Statü'nün temel amacına aykırı olarak UCM'nin yargı yetkisi kapsamına giren suçları soruşturmayı ve faileri yargılamayı yeterince güvence altına almamaktadır. Her ne kadar ABD'nin bu tür bir güvence verme yükümlülüğü olmasa da ikili bağışıklık andlaşmasının tarafı olan ve aynı zamanda Statü'ye taraf olan devletlerin Statü'nün temel amacını ortadan kaldırmama yükümlülüğü altında olduğu unutulmamalıdır. İşte bu açıdan söz konusu andlaşmalar bakımından uluslararası hukuka aykırılık olduğu söylenebilecektir.

VI. STATÜYE TARAF DEVLETLERİN ABD İLE BAĞIŞIKLIK ANDLAŞMALARINA TARAF OLMASININ HUKUKİLİĞİ SORUNU

Her ne kadar bu çalışmada ABD perspektifinden UCM'ye baksak da, Statü'ye taraf devletlerin ABD ile bağışıklık andlaşmalarına taraf olmasının uluslararası hukukta ne derece meşru olduğu da akla gelen bir soru olması nedeniyle konu üzerinde durmamız gerektiği kanaatindeyiz. Roma Statüsü UCM'nin yargılamak için teslim edilmesini istediği sanığın ülkelerinde bulunması halinde taraf devletlerin sanığı UCM'ye teslim etmeleri şeklinde UCM ile bir işbirliği yapmasını öngörmektedir. Ancak taraf devletlerin bir yandan Statü'ye göre Mahkemeye işbirliği

¹⁰³ Örnek andlaşma metni için bkz. http://guides.ll.georgetown.edu/ld.php?content_id=38317379. (E.T: 09.04.2018) Andlaşmanın giriş bölümünde şu ifadelere yer verilmektedir: “Tarafların her birinin UCM'nin yargı yetkisine giren fiilleri, görevlilerinin, askeri personelinin ya da diğer vatandaşlarının işlediği iddia edildiği durumlarda, uygun olduğu hallerde soruşturma ve yargılama niyetlerini açıkladığı göz önünde bulundurulacak...”

yükümlülüğü altında olmasına rağmen bir yandan da UCM'nin işbirliği talebinde bulunma yetkisini sınırlandıran 98/2. maddeye göre ABD ile ikili bağışıklık andlaşmaları yapabilmemesinin uluslararası hukuk kuralları bakımından meşruluğunun değerlendirilmesi gerekir. Çünkü bu iki durum göz önünde bulundurulduğunda bu tür andlaşmaların Statü'ye taraf devletlerin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği düşüncesi akla gelmektedir.

Roma Statüsü'nün 9. Bölümü “uluslararası işbirliği ve adli yardım” ile ilgilidir. Bu bölümde, özellikle Mahkemenin tutuklama ve UCM tarafından istenen kişilerin teslimini talep etme yetkisi ile devletlerin bu tür taleplere ilişkin yükümlülüklerine yer verilmektedir. Taraf devletlere Mahkemeye genel işbirliği yükümlülüğü yükleyen 86. madde şöyle düzenlenmiştir:

“Taraf devletler bu Statüdeki hükümlere uygun olarak Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir işbirliği yaparlar”.

Madde metnine bakıldığında, 86. madde sadece taraf bir devlete bir işbirliği talebinde bulunulduğunda söz konusu olur. Bu durumda, Statü'ye taraf bir devletin bir başka devletle salt ikili andlaşma akdetmesinin taraf devletin UCM ile işbirliği yükümlülüğünü ihlal etmesi için yeterli olduğunu ileri sürmek 86. maddeyi çok geniş yorumlamak olabilir. Bir görüşe göre, üçüncü bir devletle ikili andlaşmaya giren bir taraf devletin UCM'yle işbirliği yapmayacağı baştan belli değildir¹⁰⁴.

Örneğin, ABD ile andlaşma yapan bir taraf devlet ABD'ye karşı yükümlülüğünü ihlal etmeye karar vererek Mahkemeye işbirliği yapmayı tercih edebilir. Bir taraf devlet gerçekten Mahkemenin talebini yerine getirene kadar 86. maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır.

Statü'nün 98/2. maddesi, daha önce belirtildiği gibi taraf devletlere belli bir yönde davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Aksine madde, Mahkemenin kendisine belli bir yönde davranma yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu da 98/2. madde kapsamına giren bir andlaşmanın varlığı halinde, failin bağlı bulunduğu devletin teslim konusunda rızasını

¹⁰⁴ Crawford, Sands ve Wild'e göre, bir taraf devletin sadece andlaşma yapması Statü'den kaynaklanan işbirliği yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmez. Çünkü henüz bu safhada taraf devletin iki çatışan yükümlülükten hangisini seçtiği henüz belli değildir. **Crawford, Sands, Wilde**, para. 23.

almadığı müddetçe, bulunduğu ülke devletinden failin teslimini istemekten kaçınma yükümlülüğüdür.

Statü'de genel olarak da, taraf devletlere ikili andlaşmalardan kaçınmak şeklinde açık bir yükümlülüğe yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle, Statü'nün, taraf devletlerin Mahkemenin işbirliği rejimiyle çatışan yükümlülüklere neden olabilen andlaşmalar akdetmesini açıkça yasaklamamakta olduğu görülmektedir¹⁰⁵.

Bu durumda, 98/2 madde kapsamında ya da dışında kalan bir andlaşma akdedildiğinde, sırf bu sebeple Statüye taraf devlet Statü'den doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmamaktadır. Bir başka ifadeyle, Statü'nün taraf devletlere yüklediği yükümlülük, ikili andlaşma yapmama değil işbirliği yapma yükümlülüğüdür. Bir başka ifadeyle, taraf devletlerden istenen UCM'nin bir sanığın soruşturulması ve yargılanması konusunda kendilerinden işbirliği talep ettiklerinde özellikle sanıkların Mahkemeye teslimi konusunda Mahkeme ile işbirliği yapmasıdır. İkili andlaşma akdetmek işbirliğini imkânsız hale getirmektedir. Taraf devlet yaptığı ikili andlaşmaya rağmen UCM'nin talebine uygun hareket ettiği takdirde Statü'den kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş olur.

Ancak, meseleyi değerlendirirken, konuyla ilgili 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 26. ve 18. maddelerini de gözden geçirmek gerekir. VAHS'nin andlaşmalara riayet konusunda

¹⁰⁵ **Benzing**, s. 231; Bazı Sözleşmeler bu konuda özel düzenlemeler içermektedir. Örneğin, 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, md. 311/3: "iki veya daha fazla taraf devlet, tamamen kendi aralarında uygulanmak üzere bu Sözleşmenin hükümlerinin işleyişini değiştiren veya askıya alan anlaşmalar yapabilirler; şu kadar ki bu gibi andlaşmaların, kendisinden sapılması bu Sözleşmenin konu ve amacının etkin bir şekilde yerine getirilmesi ile bağdaşmayan bir hükme ilişkin olmaması gerekir ve ayrıca bu gibi anlaşmaların buraya derç edilmiş olan ana prensiplerin uygulanmasını etkilememesi ve bu gibi anlaşmaların hükümlerinin diğer taraf devletlerin bu Sözleşme'den doğan haklarını kullanmalarını veya yükümlülüklerini yerine getirmelerini etkilememesi gerekir". BM Deniz Hukuku Sözleşmesi metni için bkz. **Selami Kuran**, *Uluslararası Deniz Hukuku*, 5. bs., İstanbul 2016, s. 344; Kelsen'e göre, bir önceki sözleşmeye uygun olmayan bir sözleşme akdetme fiili, ancak devletin önceki sözleşmede bununla uymayan bir sözleşme akdetmeme yükümlülüğü üstlendiği takdirde hukuka aykırıdır. Böyle bir sözleşme bu bağlamda hukuka aykırıysa bile, bu aykırılık sadece sonraki sözleşmenin tarafı olan devlet için değil, her iki sözleşmenin tarafı olan devlet için geçerlidir. **Hans Kelsen**, *The Law of United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, The Lawbook Exchange, 1950, s. 114.

ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine yer veren 26. maddesine göre, “Yürürlükteki her andlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir”. Bir görüşe göre, VAHS’nin 26. maddesi, bir andlaşmanın tarafının o andlaşmayla bağdaşmayan yükümlülükler üstlenmesini yasaklamak şeklinde asla yorumlanmamaktadır¹⁰⁶. Halbuki Statü’ye taraf devletlerin ABD ile mevcut içerikle yapacağı andlaşmalar iyi niyetle uygulama ilkesine aykırıdır.

VAHS’nin “Yürürlüğe girmeden önce andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümü” başlıklı 18. maddesi¹⁰⁷, devletlere bir andlaşmaya taraf olmadan önce o andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Her ne kadar söz konusu madde bir devletin bir andlaşmaya taraf olmadan önceki durumu düzenlese de, andlaşmayı sadece imzalamış olan bir devletin dahi andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmaması yükümlülüğü varsa, andlaşmayı onaylayan bir devletin evleviyetle bu yükümlülüğü söz konusu olacaktır. O halde, Statü’nün temel amacı uluslararası suçları işleyenler bakımından sorumsuzluğa son vermek olduğuna göre taraf bir devletin bu amacı ortadan kaldıracak ikili bir andlaşmaya girmesi andlaşmalar hukuku kuralına aykırı olacaktır¹⁰⁸.

Avrupa Birliği Konseyi, üyelerinin ABD ile yapacağı bağışıklık andlaşmalarının Roma Statüsü’ne aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte, belli ilkelere uyulması halinde ikili andlaşmaların kabul edilebilir olduğunu belirtmiş ve üye devletlerin ABD ile bu tür andlaşmalar imzalama ihtimalini göz önünde bulundurarak üye devletler

¹⁰⁶ Tallman, s. 1050.

¹⁰⁷ 18. madde: “Bir devlet, aşağıdaki hallerde bir andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir: a- onaya, kabule veya tasvibe bağlı olarak andlaşmayı imzaladığı zaman veya andlaşma teşkil eden belgeleri teati (değiş-tokuş) ettiği zaman, andlaşmaya taraf olmamak niyetini açıklığa kavuşturmuş oluncaya kadar veya b- andlaşma yürürlüğe girinceye kadar veya bu yürürlüğe girmenin gereksiz yere geciktirilmemesi şartıyla, andlaşmayla bağlanma rızasını açıkladıktan sonra”.

¹⁰⁸ Statü’yü imzalamış olmasına rağmen daha sonradan bu belgeyi asla onaylama niyeti olmadığını belirten İsrail’inde bu bakımdan yükümlülük altında olduğunu söylemek ve yaptığı ve yapacağı ikili andlaşmaların uluslararası andlaşmalar hukuku kurallarına aykırı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bkz. EU Guiding Principles, s. 19: Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan bu belgede İsrail yanında Doğu Timor da bu konuda örnek verilmektedir. Ancak Doğu Timor 2003 yılında Statü’yü onaylayarak taraf olmuştur.

için bazı ilkeler kabul etmiştir¹⁰⁹. Avrupa Birliği'nin üye devletlere yol gösterici olması için belirlediği ilkelere göre vardığı sonuçlardan bazıları şunlardır¹¹⁰:

– ABD'nin “cezasızlık andlaşmaları” mevcut haliyle, Roma Statüsü'ne, AB üyesi devletlerin Statü'den kaynaklanan yükümlülüklerine ve üye devletlerin tarafı olduğu birçok sözleşmeye¹¹¹ aykırıdır¹¹². ABD'nin tarafı olduğu mevcut ikili andlaşmalarda ABD vatandaşlarının herhangi bir amaçla hem UCM'ye hem üçüncü bir devlete hem de başka bir uluslararası hukuk kişisine (uluslararası örgüt gibi) teslim edilmemesi öngörülmektedir. Bunun yanında, yukarıda da belirtildiği gibi UCM tarafından teslimi istenen kişilerin ABD mahkemelerince “uygun olduğu hallerde” soruşturulabileceği ve yargılanabileceği belirtilmektedir. Uluslararası suçları işleyenlerin yargılanmasını ABD'nin takdirine bırakmaya imkân tanıyan bu ifadenin kötü niyet taşıdığı açıktır. 98/2. madde kapsamında yapılacak bir andlaşmanın UCM'nin yargı yetkisi kapsamına giren suçları işleyenlerin bağışlıktan yararlanmayacağını temin eden hükümler içermesi gerekir. Bu hükümler, UCM tarafından teslimi istenen kişilerle ilgili ulusal makamlar tarafından uygun bir soruşturmayı ve yeterli kanıt olması halinde ise yargılamayı güvence altına almalıdır.

– Teslim edilmeyeceği öngörülen bireylerin vatandaşlığı ile ilgili düzenlemeler, sadece Statü'ye taraf bir devletin vatandaşı olmayan kişileri kapsamalıdır. Bu bakımdan Avrupa Konseyi'ne göre, AB üyesi devletlerin kendi vatandaşlarının UCM'ye teslim edilmesini engellemek için yapacağı ikili andlaşmalar kabul edilemez.

109 Kurallar için bkz. Council of the European Union “EU Guiding Principles Concerning Arrangements between a State Party to the Rome Statute of the ICC and the US Regarding the Conditions to Surrender of Persons to the Court (30 Eylül 2002) <https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/ior400302002en.pdf> (E.T: 09.04.2018).

110 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar10150> ((E.T: 09.04.2018).

111 Bunlardan bazıları, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Protokolleri, *Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme*'dir.

112 Bkz. örnek olarak Bosna-Hersek-ABD andlaşması için bkz. dipnot 86.

36 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

- Devlet bağısıklığına ve diplomatik bağısıklığa saygı gösterilmesi gerekir.
- Andlaşma sadece bir devletin ülkesinde bir başka devlet tarafından gönderildiği için bulunan kişileri kapsamalıdır¹¹³.
- Andlaşmalar belli bir zamanla sınırlanabilir¹¹⁴.
- Andlaşmalar her bir devletin anayasal kurallarına uygun olarak onaylanmalıdır.

VII. SONUÇ

Uluslararası suçların devlet içinde belli bir mevkide söz sahibi olmakla işlenebileceği şüphesizdir. Bu bakımdan, uluslararası suçları bizzat işleyenleri bir yana bırakırsak, bu suçların işlenmesini emrettiği, teşvik ettiği veya işlenmesine kaynak sağlayarak yardım ettiği için bu konuda esasında baş aktör olan devlet başkanları, hükümet başkanları gibi devletin üst düzey temsilcilerinin de fail olarak kabul edilmesi gereklidir. Ancak, uluslararası teamül hukukuna göre, söz konusu kişilerin görevleri devam ederken yabancı devletlerin ulusal mahkemelerinde bu suçlardan ötürü yargılanabilmelerinin *ratione personae* (kişisel) bağısıklık kuralı gereğince kabul edilmediği görülmektedir. Fakat *ratione materiae* (fonksiyonel) bağısıklık kuralına göre uluslararası suçların resmi fiil sayılmaması yönündeki genel kabul doğrultusunda görevi sona eren devlet görevlilerinin bu tür suçlardan ötürü yabancı devlet mahkemeleri önünde yargılanmalarına uluslararası hukukta bir engel bulunmamaktadır. Ancak, teorik olarak mümkün olmakla birlikte uygulamada söz konusu ABD olunca, bir devletin kendi ulusal mahkemelerinde, ABD'nin üst düzey devlet görevlilerini yargılaması büyük bir cesaret isteyecektir. Çünkü uluslararası hukuku tanımayan devletlerin başında gelen ABD'nin devletler üzerindeki büyük siyasi, askeri baskısı ve yeri geldiğinde bir tehdit unsuru olmaktan çekinmemesi, devletlerin böyle bir yargılama girişiminde bulunmadan önce defalarca düşünmesine neden olacaktır¹¹⁵. ABD askeri

113 Bu konuda “gönderen devlet” terimi ile ilgili yapılan yukarıdaki açıklamalara bakınız.

114 Bu, sadece üye devletlere tavsiye niteliğindedir.

115 Belçika 1993 yılında dünyanın başka hiçbir ülkesinde bulunmayan bir yasa kabul etmiştir. Bu yasa yabancıların, Belçika'da yaşamasalar dahi, hem ulusal hem uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçları üzerinde evrensel yargı yetkisinin kullanılmasına olanak tanımaktadır. 1999'da yapılan değişiklikte bu

görevlilerinin ABD dışındaki devletlerin ulusal makamları tarafından yargılanması ise üzerinde daha az düşünmeyi gerektirecek daha kolay bir girişim olarak görünmektedir.

Bireylerin uluslararası suçlardan ötürü bağımsız bir uluslararası yargı organı olarak UCM önünde yargılanabilmesine olanak sağlayan Roma Statüsü ise görevi başında veya üst düzey görevli olup olmadığına bakılmaksızın hiçbir ayırım yapmadan herkesin uluslararası suçlardan ötürü UCM önünde hesap vermesini öngörmektedir. Bu durumda uluslararası teamül hukukundan doğan *ratione personae* ve *ratione materiae* bağışıklığın UCM önünde bir geçerliliği bulunmamaktadır. Roma Statüsü UCM'nin yargılama yetkisini kullanabilmesi için ya failin Statüye taraf bir devletin vatandaşı olmasını ya da failin vatandaşlığına bakılmaksızın suçun Statüye taraf bir devletin ülkesinde işlenmesini öngörmektedir. Bu iki şartın var olmadığı durumda ise ancak BM Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla olayın UCM'ye taşınması halinde UCM uluslararası suç işlendiği iddialarını ele alabilir¹¹⁶. ABD, Roma Statüsü'ne taraf değildir. Ancak, ABD'nin diğer ülkelerde kurduğu askeri üslerinde, NATO operasyonlarında ve BM Barış Gücü

suçlara insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu da dâhil edilmiş ve Belçika Ceza Yasası evrensel yargı yetkisine dayanarak bu suçları işleyenler aleyhine mağdurların şikâyetinde bulunmalarına imkân tanımıştır. Ayrıca, bunun için mağdurların veya suçu işleyenlerin Belçika'yla bağlantısı da aranmamıştır. Belçika hukuku, görev başındaki devlet başkanı da dâhil kimsenin yargıdan bağışık olmadığını öngörmüştür. 2003'ün başlarına kadar 30'a yakın şikâyet sorgu yargıçlarının önüne gelmiştir. Bu davalardan biri de Belçika'nın Kongo Demokratik Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı, Abdulaye Yerodia Ndombasi için bir tutuklama kararı çıkartılmasını kapsayan davadır (*Yerodia davası*). Bu dava üzerine Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Belçika Hukukunun uluslararası teamül hukukunu ihlal edip etmediğinin tespiti için konuyu UAD'na taşımıştır. UAD, bu davada görevdeki dışişleri bakanı, hükümet başkanı, devlet başkanı gibi üst düzey devlet görevlilerinin uluslararası suç işlenmesi söz konusu olsa dahi ulusal mahkemelerce yargılanamayacağına karar vermiştir (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*). Yedi Iraklı ailenin ABD devlet başkanı George W. Bush aleyhine şikâyetinde bulunmasının ardından ABD, söz konusu yasayı değiştirmezse Belçika'ya NATO'nun genel merkezini Brüksel'den kaldırma tehdidinde bulunmuştur. Bunun üzerine Belçika, ilgili yasada değişikliğe gitmiştir. Böylece Belçika'nın uluslararası suçluların faillerini yargılama konusundaki büyük cesareti ABD tarafından kırılmıştır. Bkz. **Ellen L. Lutz**, *Prosecutions of Heads of State*, E. Lutz, C. Reiger (eds.), *Prosecuting Heads of State*, Cambridge University Press, 2009.

¹¹⁶ Bkz. dipnot. 41

Operasyonlarında görev yapan askerlerinin, buldukları ülkelerde insanlık suçu, savaş suçu işlediği görülmektedir. Bu nedenle ABD görevlileri tarafından Statü'ye taraf devletlerin ülkelerinde işlenen Statü kapsamındaki suçlar Mahkemenin yargı yetkisi kapsamına girmektedir. Ancak Roma Statüsü'ne ve dolayısıyla UCM'ye karşı olan net tavrını istikrarlı şekilde koruyan ABD, kendi görevlilerini Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında tutmak için yukarıda belirtilen “madde 98 andlaşmalarını” yapma yoluna başvurmuştur.

ABD, Statü'nün 98/2. maddesine göre bu andlaşmaların varlığı halinde UCM'nin taraf devletlerden sanıkların teslimini isteyemeyeceği kanaatindedir. Fakat ABD'nin Statü'ye taraf devletlerle imzaladığı bu andlaşmalar, özellikle iki açıdan 98/2. maddenin kapsamının dışında kalmaktadır. İlk olarak, bu tür andlaşmalar tüm ABD vatandaşlarına uygulanır şekilde düzenlenmiştir. Hâlbuki madde metninde açıkça “gönderilen ifadesi” kullanılmaktadır. Bu durum söz konusu andlaşmaların sadece hükümet tarafından bir görev kapsamında diğer ülkelere gönderilen kişileri kapsamaması gerektiğine işaret etmektedir.

İkinci olarak, bu tür andlaşmalar soruşturma ve yargılamayı güvence altına almamaktadır. Bir başka ifadeyle, bu andlaşmalar, UCM'nin yargı yetkisinden kaçırılmaya çalışılan ABD vatandaşlarının, ABD'nin ulusal mahkemelerinde yargılanmasını temin eden bir düzenleme içermemektedir. Bu durum Roma Statüsü'nün temel amacı olan “sorumsuzluğa son verme” (*to put an end to impunity...*) amacına aykırıdır. VAHS'nin 18. maddesine göre, bir andlaşmanın konu ve amacını kaldırmak andlaşmalar hukukuna aykırıdır. Bir taraf devlet sadece bu andlaşmaları akdetmek suretiyle dahi uluslararası yükümlülüklerini bu bağlamda ihlal etmektedir.

ABD'nin akdettiği bu tür andlaşmaların, 98/2. madde ile öngörülen uluslararası andlaşmaların kapsamı dışında kalması nedeniyle, UCM'nin olayla ilgili yargı yetkisine sahip olması koşuluyla, bir ABD vatandaşını, ABD ile ikili teslim etmeme andlaşması akdeden Statü'ye taraf bir devletten teslimini istemesine hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu durumda ilgili taraf devlet, birbiriyle yarışan ve hukuken bağlayıcı iki yükümlülükle karşı karşıya kalmaktadır. Taraf devlet eğer Roma Statüsü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmeyi tercih ederse, UCM, kendisiyle işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi meselesini Taraf Devletler Kuruluna bildirebilir (Statü, md. 87/7). Ancak Roma Statüsü'nün taraf devletlerin işbirliği yükümlülüğünü yerine

getirmemesinin sonuçları konusunda sessiz kalması nedeniyle Taraf Devletler Kurulunun ne gibi etkili adımlar atacağı oldukça belirsizdir.

20 Kasım 2017 tarihinde UCM Savcısı, Fatou Bensouda, 1 Mayıs 2003 tarihinden itibaren Afganistan İslam Cumhuriyeti'nde silahlı çatışmalarla bağlantılı işlenen savaş suçları ve insanlığa karşı suç iddialarını soruşturmak için 3 Nolu Dava Öncesi Kurul'dan kendisine yetki verilmesini istemiştir. Statü'nün 15/3. maddesinin mağdurlar için öngördüğü hak doğrultusunda¹¹⁷, söz konusu suçların mağdurlarının, Mahkeme yargıçları tarafından belirlenen tarihler arasında şikâyetlerini Dava Öncesi Kurula bildirmeleri için süre tanınmıştır¹¹⁸. Yapılan şikâyetler 3 Nolu Dava Öncesi Kurul tarafından incelenecek, değerlendirilecek ve buna göre Kurul Savcının talebiyle ilgili kararını verecektir. Savcı, Afganistan'da işlenen uluslararası suçların UCM önüne taşınması konusunda büyük bir adım atmıştır. Soruşturmaya izin verilip verilmeyeceğine henüz karar verilmemiştir. Ancak şunu söylemek gerekir ki Savcı tarafından atılan adım cesur ve önemli bir adım olsa da Mahkemenin işlevlerini tam anlamıyla yerine getirebilmesi için devletlerin işbirliğine ihtiyacı olduğunu unutmamak gerekir. ABD'nin işbirliği yapmayacağı aşikârdır. Diğer devletlerin ise ABD'yi karşılığında alarak Mahkemeye işbirliği yapıp yapmayacağı ise bilinmemektedir. Statü'ye taraf devletlerin dahi ABD ile "madde 98 andlaşmalarına taraf olması" aslında bir bakıma ABD aleyhine UCM ile işbirliği yapmama konusundaki iradelerini yansıtmaktadır. Afganistan da bu devletlere dâhildir. Bu bakımdan Mahkemenin bu sürecinin zorlu bir süreç olarak işleyeceği kesindir.

117 Statü'nün 15/3. maddesine göre, mağdurlar, Usul ve Delil Kurallarına uygun olarak Dava Öncesi Kurul'a şikâyette bulunabilirler. Bu şekilde mağdurlar, Mahkeme yargıçlarına bir soruşturma isteyip istemediklerini söyleme veya konuyla bağlantılı görüşlerini sunma imkânına sahip olurlar. Bu şikâyetler veya başvurular, Mahkemenin soruşturma için Savcıya yetki verip vermemesi konusunda karar vermesine yardımcı olmak için yapılır. Mağdurlar, bir suçun işlendiğini kanıtlamak zorunda değildirler, sadece bu suçlardan nasıl zarar gördüklerini açıklamalıdır. <https://www.icc-cpi.int/afghanistan> (E.T: 13.04.2018).

118 Mağdurların şikâyetlerini sunması için belirlenen tarihler 20 Kasım 2017-31 Ocak 2018 tarihleri arasındadır. Bu tarihler arasında 699 mağdur şikâyeti Dava Öncesi Kurula sunulmuştur. <https://www.icc-cpi.int/afghanistan> (E.T: 13.04.2018).

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Barker, J. Craig, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Routledge, 2016

Cassese, Antonio, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, (Edt. Professor Antonio Cassese, Professor Paola Gaeta, Mr John R.W.D. Jones), Oxford University Press, 2002.

Döner, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Ankara 2003.

Fox, Hazel, *Law Of State Immunity*, Oxford University Press, 2002.

Gioia, Federica, *The International Criminal Court and National Jurisdictions, The Complementary Role of the International Criminal Court: Are There any Time-Limits?*, M. Politi, F. Gioia (eds.), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Routledge, 2016.

Gündüz, Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1984

Kelsen, Hans, *The Law of United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, The Lawbook Exchange, 1950.

Kul, Muhammet Celal, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu*, Ankara 2016.

Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, 5. bs., İstanbul 2016.

Kurşun, Günal, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara 2011

McGoldrick, Dominic, “Political and Legal Responses to the ICC”, Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly (edt.) *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

McGoldrick, Dominic, “Political and Legal Responses to the ICC”, Dominic McGoldrick, Peter Rowe and Eric Donnelly (edt.) *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, (Hart Publishing, Oxford, 2004.

Orakhelashvili, Alexander, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Rifat Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara 2009.

Watts, Arthur, “The Legal Position in International Law of Heads Of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, (1994) 247 III Recueil Des Cours.

Wickremasinghe, Chanaka, *Immunities Enjoyed By Officials Of States And International Organizations*, Malcom D. Evans (edt.), International Law, Oxford University Press, 3.ed., 2010

MAKALELER

Abass, Ademola, “The Competence of the Security Council to Terminate the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *The Texas International Law Journal*. Vol. 40, 2005.

Akande, Dapo, “TheJurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003.

Akande, Dapo; Shah, Sangeeta, “Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011.

Akipek, Ömer İlhan, “NATO Kuvvetleri Sözleşmesine Göre Vazife Kavramı ve Türkiye'deki Tatbikatı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, 1967.

Aksar, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003.

Alebeek, Rosanne Van, “National Courts, International Crimes and The Functional Immunity Of State Officials”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59 (1), 2012.

Benzing, Markus, “U.S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court: An Axercise in the Law of Treaties”, *Max Planck UNYB*, Vol. 8, 2004.

Bogdan, Attila, “The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Th rough Bilateral Agreements in Reliance on Article 98”, *International Criminal Law Review*, Vol. 8, 2008.

Cassese, Antonio, “The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: The Sharon and Others Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003.

Cassese, Antonio, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002.

Crawford, James; Sands Philippe; Wilde, Ralph, “In the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute” (Joint Opinion, 5 Haziran 2003).

King, Hugh, Immunities and Bilateral Immunity Agreements. Issues Arising From Articles 27 and 98 of the Roma Statute, *New Zealand Journal of Public and International Law*, Vol. 4, 2006.

Murphy, Sean D., “Efforts to Obtain Immunity from ICC for U.S. Peacekeepers”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002.

P. Scharf, Michael, “The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, No.1, 2001.

Paola, Gaeta, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The *Hissène Habré* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003.

Schabas, William A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2017.

Scheffer, David J., “The United States and the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999.

Scheffer, David, “Article 98(2) of the Rome Statute: America's Original Intent”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005.

Scheffer, David, “Negotiator’s Perspective on the International Criminal Court”, *Military Law Review*, Vol. 167, 2001.

Stoelting, David, “ICC Pretrial Proceedings: Avoiding Gridlock”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, 2003.

Tallman, David, “Catch 98(2): Article 98 Agreements and the Dilemma of Treaty Conflict”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 92, 2004.

Uzun, Elif, “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003/2.

Wirth, Steffen, “Immunities, Related Problems and Article 98 of the Rome Statute”, *Criminal Law Forum*, Vol. 12, No. 4, 2001.

Zappala, Salvatore, “Do Heads Of State In Office Enjoy Immunity From Jurisdiction For International Crimes? The Ghaddafi Case Before The French Cour De Cassation”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001.

Zappala, Salvatore, “The Reaction of the US to the Entry into Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements”, *Journal of Criminal Justice*, Vol. 1, 2003.

İnternet Kaynakları

<http://www.yenisoz.com.tr/abd-150-ulkede-1000-uste-350-bin-askere-sahip-haber-17480> (E.T: 09.04.2018)

UCM resmi web sitesi, <https://www.icc-cpi.int/> (E.T: 09.04.2018).

ABD'nin UCM hakkında görüşleri için;

<http://www.state.gov/s/wci/rls/fs/2002/9978.htm> (E.T: 09.04.2018).

<https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/fs/23426.htm> (E.T:09.04.2018)

Afganistan soruşturması hakkında, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=171120-otp-stat-afgh> (E.T:09.04.2018)

Statement Senator Rod Grams, “Is a U.N. International Criminal Court in the U.S. national interest?”, Hearing before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations of the United States Senate, S. HRG. 105–724 (23 Temmuz, 1998), <http://www.publicinternationallawandpolicygroup.org/wpcontent/uploads/2010/08/A-Case-for-the-International-Criminal-Court.pdf> (E.T: 09.04.2018),

Clinton'ın basın açıklaması için bkz. <http://clinton4.nara.gov/library>. (E.T: 09.04.2018)

Amerikan Servis Üyelerinin Korunması Kanunu (American Servicemembers' Protection Act-ASPA). <https://2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm> (E.T: 09.04.2018).

Coalition for the International Criminal Court Fact Sheet, http://www.iccnw.org/documents/CICCFSCCommentsUSOfficials_BIA-ASPA_23Mar06.pdf;

44 DÖNER/DABANLIOĞLU ALANUR EÜHFD, C. XXI, S. 3–4 (2017)

http://www.iccnw.org/documents/CICCFStatus_current.pdf (E.T: 09.04.2018).

Council of the European Union “EU Guiding Principles Concerning Arrangements between a State Party to the Rome Statute of the ICC and the US Regarding the Conditions to Surrender of Persons to the Court” (30 Eylül 2002), s. 17, <https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/ior400302002en.pdf> (E.T: 09.04.2018).

Coalition for the International Criminal Court Fact Sheet, Comments by US Officials on the Negative Impact of Bilateral Immunity Agreements (BIAs) and the American Servicemembers’ Protection Act (ASPA), http://www.iccnw.org/documents/CICCFCommentsUSOfficials_BIA-ASPA_23Mar06.pdf ((E.T: 09.04.2018).

Serge Schmemmann, “U.S. Links Peacekeeping to Immunity from New Court” (19 Haziran 2002) The New York Times New York, <http://www.nytimes.com/2002/06/19/world/us-links-peacekeeping-to-immunity-from-new-court.html> (E.T: 09.04.2018).

Jonathan F Fanton, “US Obstructs Global Justice” (29 Mart 2005), Los Angeles Times, Los Angeles, <http://articles.latimes.com/2005/mar/29/opinion/oe-fanton29> (E.T: 09.04.2018);

1593 sayılı karar oylaması hakkında, <https://www.un.org/press/en/2005/sc8351.doc.htm> (E.T: 09.04.2018).

James Crawford, Philippe Sands, Ralph Wilde, “In the Matter of Bilateral Agreements Sought by the United States under Article 98(2) of the Statute” (Ortak görüş, 5 Haziran 2003), <http://www.iccnw.org/documents/SandsCrawfordBIA14June03.pdf> (E.T. 09.04.2018).

<https://www.amnesty.org/download/Documents/120000/ior400302002en.pdf> (E.T: 09.04.2018)

Devletlerin “Madde 98 andlaşmaları” ile ilgili durumları hakkında, http://www.iccnw.org/documents/BIAdb_Current.pdf (E.T: 09.04.2018).

ABD’nin diğer devletlerle yapmış olduğu bağışıklık andlaşmaları için, <http://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099> (E.T: 09.04.2018).

Amnesty International, “International Criminal Court: US Efforts to Obtain Impunity for Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes” (Ağustos 2002), <http://www.refworld.org/topic,50ffbce5160,50ffbce5169,3d737cb96,0,,USA.html> (E.T: 09.04.2018).

Örnek bir andlaşma olarak ABD ile Bosna-Hersek arasında yapılan teslim etmeme adlaşması, http://guides.ll.georgetown.edu/ld.php?content_id=38317379

Avrupa Birliği'nin UCM hakkındaki yasal düzenlemesinin özeti, http://eur-lex.europa.eu/legal_content/GA/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar10150 (E.T: 09.04.2018).

Diğer Kaynaklar

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), (1986) ICJ Reports.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, para. 54 Arrest Warrant.

R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3), [1999], UKHL 17, [2000], 1 A.C 147, s. 201-202. (Pinochet No.3)

SİYASAL KATILIM VE KANAATLER AÇISINDAN DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNE GENEL BAKIŞ

*Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ**

I. GİRİŞ

Düşünme, insan beyni tarafından yerine getirilen hem fiziki hem de felsefi bir faaliyettir. İnsanı diğer canlılardan ayıran düşünme, ifadenin kaynağını oluşturur¹. Düşünce; düşünme sonucu varılan, düşünmenin ürünü olan görüş, mütalaa, fikir, niyet ve tasarımlara verilen isimdir. Diğer bir anlatımla düşünce, dış dünyanın insan zihnindeki yansımaları ifade etmektedir². Aslında insanın bilinçli olarak yapmış olduğu tüm faaliyetlerin temelinde düşünce bir yönüyle yer almaktadır.

Düşünce özgürlüğü ise düşüncenin dış baskı ve yasaklarla sınırlandırılmaması, bunların etkisinden bağımsız olması demektir. Gerçekten de düşünce özgürlüğü, her şeyden önce, herkesin istediği kanaate sahip olmasını ifade eder. İkinci olarak düşünce sahibinin, sahip olduğu bu kanaatleri açıklamaya zorlanamamasını içerir. Üçüncü ve daha önemli olan bir husus ise, kişinin düşüncelerini açıklaması halinde bile bundan dolayı kınanamamasını kapsar. Kuşkusuz düşüncelerin açıklanması da herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, görsel ve benzeri yollarla açıklayabilmesini öngörür³. Görüldüğü üzere düşünce

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Ali Okumuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti*, Adalet y., Ankara 2007, s. 46; Benzer tanımlar için bkz. Mustafa Yıldırım, “*Düşünce Özgürlüğü Üzerine*”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 40, S. 1, Ankara 1999, s. 189; Ömer Korkmaz, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin y., Ankara 2014, s. 21.

² Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 11. bs., Ankara 2011, s. 742.

³ Nihat Bulut, *1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Siyasal Katılım*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998,

özgürlüğü, sadece bireyin iç dünyasında kalan düşünceleri değil, düşündüklerini çeşitli yollarla açıklayabilme olanağını da kapsamaktadır. Esasen düşünce özgürlüğünden de anlaşılan budur. Önemli olan düşüncenin ifade edilmesi anlamında düşünce özgürlüğüdür⁴. Siyasal katılım ve kanaatler açısından önemli olan da düşünce özgürlüğünün bu yönüdür.

Pek çok esere konu olan ve tarih boyunca tartışılan bir kavram olarak düşünce özgürlüğü çok kapsamlı bir kavram olarak karşımızda durmaktadır. Bu kadar kapsamlı bir kavramı makale düzeyinde anlatılabilmesi kuşkusuz mümkün değildir. Amacımız düşünce özgürlüğünü bütün boyutları ile açıklamak değildir. Sadece siyasal katılım ve bu bağlamda kanaatlere etkisi bakımından çok önemli bir insan hakkı olan düşünce özgürlüğünü, bu yönüyle ana hatlarıyla sunmaktır. Böylece düşünce özgürlüğünün siyasal katılım açısından taşıdığı önemi vurgulamaktır. Özellikle siyasal katılıma etki eden temel bir unsur olarak kanaatlerin oluşumunda; düşünce özgürlüğünün oynadığı role dikkat çekmek makalenin temel amacını oluşturmaktadır.

Makalede izlenen plan çerçevesinde öncelikle kanaatler ve düşünce özgürlüğü ilişkisi üzerinde durulacaktır; devamında düşünce özgürlüğünün içeriği hakkında bilgi verilecektir. Özellikle düşünce özgürlüğü ile yakından bağlantılı haklar olarak karşımıza çıkan; kitle iletişim özgürlüğü, bilim-sanat özgürlüğü ve ifade özgürlüğü hakkında bu bağlantısını ortaya koyacak bilgiler sunulacaktır. Yanı sıra düşünce özgürlüğünün totaliter, otoriter ve demokratik sistemlerde nasıl sınırlandırıldığı belirlenecektir. Demokratik sistemlerde düşünce özgürlüğünün sınırları anlatılırken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temelinde konu ele alınmıştır. Makalemiz Türkiye’de düşünce özgürlüğünün tarihi süreçte geçirdiği evrelerin anayasal plandaki yansımalarının takip edilmesi ile sonuçlandırılacaktır.

s. 150; Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS y., İstanbul 1990, s. 89; Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. bs., Seçkin y., Ankara 2009, s. 223.

4 Benzer yönde bkz. Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, AÜHFD, C. 62, S. 1, Ankara 2013, s. 94; Fazıl Hüsnü Erdem, “Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Y. 1998, s. 8.

II. KANAATLER VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Siyasal katılım, vatandaşların yerel ya da merkezi düzeyde devlet organlarının alacağı kararları etkilemek amacıyla giriştikleri, temelinde hukuk devleti ilkesine uygun, kendilerince veya başkalarının tasarlanmış, örgütlü ya da örgütsüz davranışların tamamıdır⁵. **Siyasal katılım** ile ilgili tanımlara bakıldığında yönetilenlerin; yöneticilerin seçiminde ve yönetimin yapacağı işlerde yol gösterici rol oynamaları üzerine vurgu yapıldığı görülmektedir⁶. Siyasal katılım iki taraflı bir olgudur. Taraflardan birisi etkileyen konumunda bulunan vatandaşlardan oluşurken, diğeri etkilenen durumunda olan devlet ve devlet erkini kullanan siyasal iktidardan meydana gelmektedir. Esasen bu iki taraflı ilişkinin döngüsel bir süreç olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü devletin faaliyetleri de siyasal katılımın şeklini ve içeriğini etkilemektedir. Bundan dolayı devletin siyasal sistemi ve yönetim tarzı ile siyasal katılım düzeyinin, devletten devlete değiştiği de ifade edilebilir⁷.

Kişiler siyasal katılım faaliyetleriyle hukuk devleti ilkesini zedeleyecek biçimde, insan haklarını ihlal etmemeli, şiddet ve terörü bir yöntem olarak kullanmamalıdır⁸. Bunun dışında siyasal iktidarı etkilemeye yönelik davranışları ya da siyasal katılım faaliyetlerini belli bir sayıyla sınırlamak mümkün değildir. Siyasal katılım, bireylerin siyasal otoritelerin kararlarını etkilemek için giriştikleri eylemleri ifade ettiğine göre birey bu eylemleri dilekçe vermek, talepte bulunmak, mektup yazmak...vb. suretiyle tek başına kullanabileceği gibi; oy vermek, siyasal parti içinde faaliyette bulunmak, baskı grubu üyesi

⁵ Bulut, *Siyasal Katılım*, s. 10.

⁶ Siyasal katılım/katılma hakkında yapılan tanımlamalar için bkz. Esat Öz, *Otoriterizm ve Siyaset Türkiye’de Tek Parti Rejimi ve Siyasal Katılma (1923-1945)*, Yetkin y., Ankara 1996, s. 25-26; Davut Dursun, *Siyaset Bilimi*, 7. bast., Beta y., İstanbul 2014, s. 234; Erol Turan, “*Siyasal Katılma*”, in. *Siyaset Sosyolojisi*, Ed. Orhan Gökçe, Çizgi Kitabevi, Konya 2016, s. 197-198; H. Musa Taşdelen, *Siyaset Sosyolojisi*, 4. bs., Kocay y., İstanbul 2015, s. 166-168.

⁷ Siyasal katılım; bir süreç içinde birçok etkileşim kıstaslarını barındıran ve etkileşim sonucuna göre şekillenen bir olgu olarak da nitelendirilmiştir. Bkz. Hüseyin Yağmur, *Sosyal Medyanın Siyaset ve Kamuoyunu Yönlendirmedeki Rolü*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015, s. 26.

⁸ Ancak yasal-yasal olmayan, barışçı ya da şiddete dayalı olması gibi farklar bir kenara itilerek ‘her türlü faaliyetin’ siyasal katılma olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. Dursun, s. 234; Turan, s. 197.

olarak faaliyette bulunmak, mitinglere katılmak...vb. suretiyle başkalarının eylemleriyle uyum içine girerek de yapılabilir.

Siyasal katılım kapsamında siyasal karar alma sürecini etkileyen faktörler içerisinde yer alan “kamuoyu”, çoğulcu toplum yapısı içerisinde farklı amaç ve isteklerin, kitlesel olarak duyurulmasını sağlamaktadır. Halkın tümünün ya da grupların kanaatlerinin öğrenilmesi ve siyasal iktidarın bu kanaatlerden etkilenmesi beklenen bir olgudur⁹. Aynı zamanda yönetenlerin kararlarının da kamuoyuna hesap verebilir hale getirilmesi gerekmektedir¹⁰. Kamuoyu kavramını oluşturan sözcüklerden “kamu” sözcüğü hukukta olduğu gibi bütün yetişkin üyeleri ile toplumun tümünü değil, sosyoloji biliminde kullanılan grup ile eş anlamlı olarak belli özelliklere sahip kişilerin oluşturduğu sosyal bir grubu ifade etmektedir¹¹. Kamuyu oluşturan insan topluluğu; farklı meslekten, sınıftan, kültür ya da yaşam düzeyinden gelen; belirli bir kamusal sorunun çözümünde diğerlerinden farklı, çeşitli çıkar ve tavır birliği içinde bulunan; fiziksel olarak ayrı yerlerde bulunmaları nedeniyle, birbirlerini etkilemeleri son derece güç ve aralarındaki ilişki gevşek olduğundan ortak hareket etmeleri her zaman söz konusu olmasa da belli bir konuda kurallar ve usul üzerinde anlaşmış isimsiz gruplardır¹².

Kamuoyu kavramında yer alan “oy” sözcüğü, kanaat anlamına gelmektedir. Kanaat; “kanış, kanı, inanç, düşünce¹³”leri bünyesinde bulunduran kanıda olma, inanma, **ikna olma manasında kullanılmaktadır**¹⁴. **Ancak kamuoyu kavramı içinde kullanılan kanaat;** rasyonel, kesin, pozitif bilgiye dayanmaktan ziyade duygu ve izlenimden daha güçlü bir görüşü karşılayan bir kavram olarak karşımıza

9 Bihterin Dinçkol, *Yönetilenlerin “Öz” Yönetimi- Kamuoyu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5, Sayı: 10, Güz 2006/2, İstanbul, s. 50.

10 Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, Virginia Law Review, Vol. 97, No. 3 (May 2011), in. <http://www.jstor.org/stable/pdf/41261516.pdf> (31.12.2017), s. 482.

11 Dinçkol, *Kamuoyu*, s. 50. Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 39. bs., BB101 y., Ankara 2015, s. 160-161.

12 Dinçkol, *Kamuoyu*, s. 50.

13 Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, s. 1293.

14 Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 5. bs. Yetkin y., Ankara 1996, s. 436.

çıkılmaktadır. Bireylerin kanaatleri kişisel özelliklerinin, içinde yaşadıkları sosyal çevre ve grupların, kitle iletişim araçlarının, kamuoyu önderlerinin etkisi ile oluşmaktadır¹⁵. Kamuyu oluşturan kişilerin çeşitli yollarla etkilenmesinden doğması nedeni ile oyu oluşturan kanaatler; durağan yani statik değil, değişken bir nitelik taşımaktadır¹⁶. Kamuoyu “belirli bir zamanda, belirli bir tartışmalı sorun karşısında, bu sorunla ilgilenen kişiler grubuna ya da gruplarına hâkim olan kanaat¹⁷” şeklinde tanımlanabilir. Burada kanaatlerin sağlıklı bir şekilde oluşmasında düşünce özgürlüğünün taşıdığı hayati rol hemen göze çarpmaktadır. Şöyle ki, kişinin içinde bulunduğu çevre özgürlükçü değilse, kitle iletişim araçları üzerinde sansür gibi baskılar varsa ve kamuoyu önderlerinin düşüncelerinin kamuya ulaşması engelleniyorsa böyle bir ortamda kanaatlerin sağlıklı bir biçimde oluştuğundan söz etmek mümkün değildir. Kanaatlerin oluşumunun kısıtlandığı böyle bir siyasi sistemin de tam manası ile çoğulcu demokratik bir sistem olduğu düşüncesi bir yanılsamadan öteye geçememektedir. Çünkü çoğulcu demokrasiler farklı görüşlerin bir arada yaşadığı toplumlardır¹⁸.

15 Kapani, *Politika*, s. 162 vd; Ayrıca bkz. Mehmet Gönübol, “*Kamuoyu ve Dış Politika*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 4, Ankara 1968, s. 103-105; Orhan Gökçe, *Kamuoyu Kavramının Anlam ve Kapsamı*, Anadolu Üniversitesi İletişim Bilimleri Fakültesi Dergisi Kurgu, S. 14, Eskişehir 1996, s. 211 vd; Ahmet Taner Kışlalı, *Siyasal Sistemler: Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, 8. bs., İmge y., Ankara 2010, s. 202 vd.

16 Dinçkol, *Kamuoyu*, s. 50; Mehmet Akad/ Bihterin Vural Dinçkol/ Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 13. bs., Der y., İstanbul 2017, s. 351.

17 Bu tanımın devamında Yüksel, etkililik ögesine de vurgu yapmaktadır. Tanım ve ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan Yüksel, “*Kamuoyu Oluşturma*” ve “*Gündem Belirleme*” Kavramları Nerede Kesişmekte, Nerede Ayrılmaktadır?, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Eskişehir 2007/1, s. 572; Yağmur, s. 41; Ayrıca çeşitli kamuoyu tanımları için bkz. Yağmur, s. 40-42; Hasan Yurdakul, *Medya ve Siyaset Perspektifinden Kamuoyu*, Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi (AKAR), C. 1, S. 2, 2016, s. 83-84.

18 Çoğulcu demokrasi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Yavuz, “*Çoğulcu Demokrasi ve İnsan Hakları*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, Ankara, s. 284 vd; Oktay Uygun, “*Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi*”, in. Kamu Hukukçuları Platformu ‘Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları’ Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği yayını, Ankara Ocak 2011, s. 34-35; Taşdelen, s. 96-100; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 11. bs. Siyasal Kitabevi, Ankara 2014, s. 241-243; Çoğunlukçu demokrasilerde siyasal katılmaya

Kanaatlerin serbestçe oluşması, özgürlükçü bir ortam gerektirdiği kadar kanaatler sonucu oluşan kamuoyu, siyasal iktidarı, demokrasinin temelinde yer alan ulusun iradesini göz önünde bulundurmaya yönlendirerek, özgürlüklerin korunmasını sağlar¹⁹.

Düşünce özgürlüğü çerçevesinde düşüncenin açıklanması; bireysel gelişimin sağlanmasında, demokratik kamuoyunun sağlıklı hale gelmesinde ve demokratik meşruiyetin sağlanmasında hayati rol oynamaktadır²⁰. Düşüncelerin serbestçe açıklanabilmesi ve serbest tartışma ortamının oluşturulması özgürlükçü demokrasinin işleyebilmesi için vazgeçilmez bir koşuldur²¹. Her şeyden önce bir konuda kamuoyunun varlığından söz edebilmek için, şüphesiz ilgili konuda halkın bilgilenebilmesi/ bilgilendirilebilmesi gerekmektedir²². Olaylar ve onların doğurduğu sorunlar üzerinde serbestçe fikir yürütebilme, yorum ve tenkit yapabilme, tartışabilme imkânlarının mevcut olması bir toplumda gerçek anlamda, aydın bir kamuoyunun varlığı için şarttır. Böylece kamuoyu çeşitli fikirlerin, değişik yorumların, çatışan tezlerin açıkça ortaya döküldüğü ve tartışıldığı bir ortamda gelişip ve olgunlaşabilir²³. Böyle bir ortamın sağlanması kanaatlerin oluşumunda düşünce özgürlüğünün sağlanmasının ne derece önemli olduğunun bir göstergesidir.

gerek olmadığı, buna izin verilen mekanizmalarında yeterli düzeyde gelişmediği ifade edilmiştir. Bkz., Turan, s. 201.

- 19 Dinçkol, *Kamuoyu*, s. 51; Siyasal katılımın etkin olabilmesi için demokrasinin taşınması gereken özellikler hakkında bkz. Turan, s. 202; Hükümet politikalarının da kamuoyunu etkilemesi olasılığı hakkında bkz. David L. Weakliem, “*Kamuoyu, Siyasi Tutumlar ve İdeolojiler*”, Çev. Duygu Tanış, in. Thomas Janoski ve diğerleri, *Siyaset Sosyolojisi*, 2. bs, Phoenix y., Ankara 2013, 304-306.
- 20 Osman Can, “*Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi y., Ankara 2002, s. 508.
- 21 Zafer Gören, “*Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, İstanbul Güz 2013, s. 32; Sabahattin Nal, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, Ankara 2002, s. 66; T. Ayhan Beydoğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasal İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2003, s. 14.
- 22 Gönübol, s. 96.
- 23 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. bs. (Tıpkı bası), Yetkin y., Ankara 2013, s. 267.

Gerçekten de kanaatler, düşünce özgürlüğüyle yakın bir bağlantı içindedir²⁴. Düşünce özgürlüğü **sadece kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye koyan her şeye karşı güvenceleri değil; farklı** siyasal, felsefi ya da dinsel inançları nedeniyle bireylerin rahatsız edilmemesini veya bunların benimsenmesini engelleyen her olumsuz etmene karşı güvenceyi de gerekli kılmaktadır. Kanaatleri yönünden farklı olma hakkı, kişinin kanaatlerinin hizmet ya da fedakârlıkta bulunması için hesaba katılmaması güvencesini sağlar. Eşitlik ilkesinden çıkan bu güvenceye göre farklı olma hakkı kamu hizmetlerinde, ne ilgiliye ek ödevler yükleyebilir ne de onu belli olanak ve hizmetlerden yoksun kılabilir; dolayısıyla kamu işlerinde ayırım yapılmamasında anlam kazanır²⁵.

III. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇERİĞİ

Genel olarak her tutum ya da davranışın düşünsel bir birikimin sonucu olduğunu söylemek mümkündür. Aynı şey siyasal katılım için de geçerlidir. Dahl'ın, siyasal katılımın boyutlarını ele alırken, bilgiyi eylemin önüne koyması ve bu ikisi arasındaki ilişkiye dikkat çekmesi bu bağlamda dikkate değer bir husustur²⁶. Düşünce özgürlüğü; insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği yanıtları, kendi kendine seçebilmesi ya da şahsen hazırlayabilmesi, bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olanağıdır²⁷. Seçebilmek için insanın hapisane dışında olması veya diğer insanların maddi baskısı altında olmaması yetmez; aynı zamanda insan bilgili, akılcı bir seçim yapabilme yeteneğine de sahip olmalıdır. İçinde yaşadığı toplumu ve çevresindeki dünyayı anlamalıdır. Kendisini, yeteneklerini ve isteklerini kavrayabilmeli, toplumsal olaylara karşı aktif bir ilgisi bulunmalıdır²⁸.

24 İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. bs., İmge Kitabevi y., İstanbul 2002, s. 336.

25 Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 337.

26 Robert A. Dahl, *Modern Political Analysis*, Yale University Press, New Jersey 1964 s. 57'den aktaran Bulut, *Siyasal Katılım*, s. 146; ayrıca bkz. Dursun, s. 235-236.

27 Erdoğan Teziç, "*Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü*", Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi y., Ankara 1990, s. 33.

28 Niyazi Öktem, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi y., İstanbul 1977, s. 269-270.

Kuşkusuz bu özgürlük, insanın gerçek addettiğini başkalarına iletme imkânını da içerir²⁹. Düşünme sonucu başkalarına iletilen ürünler ki bunlar fikirleri, anlayışları, kanaatleri, inançları, gereklilik önermelerini vb. kapsamaktadır. Kapsam dışında kalan ise bilgilerdir. Çünkü bilgi önermelerinin onları ortaya koyandan bağımsız bir nesnesi bulunmaktadır. Böylece bilgiler çeşitli yollardan doğrulanabilir ya da yanlışlanabilir³⁰. Fakat kanaatler ve inançlar gibi diğer düşünsel ürünler kişiseldir. Kişisel olması objektif olarak reddetmenin mümkün olmaması sonucunu doğurur. Yani bir kişinin düşüncesi bir kişi için doğru bir başkası için ise yanlış olarak kabul edilebilir. Fakat kişinin düşüncelerinin dış dünyada yankı bulabilmesi için açıklanmış olması gerekmektedir. Öyleyse düşünce özgürlüğü, hem insanın kendi kendine bir yol tutabilmesi hem de tuttuğu bu yolu başkalarıyla paylaşabilmesinin bir aracıdır. Düşüncenin açıklanmasında, var olan duruma ilişkin sübjektif bir değerlendirmenin dış dünyaya aktarımı söz konusudur³¹.

Düşünce dışı vurulmadığı takdirde belki bir özgürlük olarak bile nitelendirilemeyebilir, çünkü dışı vurulmayan düşünceler hukuk düzeninin içerisinde değildir. Dışı vurulmayan düşünceleri keşfetmek mümkün değildir. Düşüncelerin hukuk düzeninin konusu içine dâhil olması, açıklanması ile mümkündür³². Bu nedenle soyut olarak düşünce özgürlüğünün varlığından söz etmek bir anlam taşımaz. Gerçek anlamda

29 İbrahim Ö. Kaboğlu, “*Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)*”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 15/1, TODAİE, Ankara 1993, s. 45.

30 İoanna Kuçuradi, “*Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?*”, in. *Düşünce Özgürlüğü*, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, Afa y., İstanbul 1998, s. 24; Bilimsel bilginin bulunduğu yerde artık bilim ve sanat özgürlüğünden bahsetmek gerekecektir. Bkz. Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi y., İstanbul 1969, s. 20-22.

31 Zeki Okur, “*İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, Kamu-iş; C. 8, S. 4, 2006, in . <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf> (11.11.2016), sayfa numarası belirtilmemiş.

32 Ahmet Mumcu/ Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 7. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 145; Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2001, s. 6; Beydoğan, s. 22; Buna karşılık Tanör, düşüncelerin açıklanmaya zorlanamaması ve kimsenin düşünceleri dolayısıyla kınanamaması gibi hususlar dolayısıyla dışı açıklanmamış olsalar bile, hukukun bu konuda söyleyecekleri olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tanör, *Düşünce Hürriyeti*, s. 14.

düşünce özgürlüğünden söz edebilmek için, bazı koşulların bulunması gerekir. Bunların başında, insanın serbestçe düşüncelere ve bilgilere ulaşabilmesi, onlardan haberdar olabilmesi gelir³³. Bilgilere ulaşabilmek için kişinin içinde bulunduğu sosyal ve siyasal ortamında etkisi büyüktür. Öncelikle kişilerin en azından okuyup yazacak kadar bir eğitim almış olmaları gerekir ki gazete ve kitap gibi yazılı kaynaklardan bilgi edinebilsin. Fakat en azından okuyup yazacak kadar eğitim görmede ise devletin eğitim sisteminin düşüncelerin oluşumuna etkisi karşımıza çıkmaktadır. Devlet, yapmış olduğu propaganda ve eğitim yoluyla özgürce düşünmeyi ortadan kaldıracaktır. Gerçekten de bir toplumda küçük yaşlardan başlayarak belli bir yönde düşünmeye koşullandırılmış çocukların, sonradan istedikleri gibi düşünmekte ve düşüncelerini yaymakta baskıyla karşılaşmamaları, o toplumda düşünce özgürlüğü bulunduğu anlamına gelmemektedir³⁴. Gerçekten de eğitim sisteminin özgürce düşünmeyi teşvik edecek şekilde düzenlenmiş olması düşünce özgürlüğünün daha oluşum aşamasında karşı karşıya kalabileceği önemli bir sorunu bertaraf eder.

Diğer taraftan asgari bir yaşam koşuluna sahip olmak düşünce özgürlüğü bakımından önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişi; gazete, kitap, televizyon alabilecek **seviyede bir yaşam standardına sahip olmalıdır ki; akşam ne yiyeceğini, nerede uyuyacağını** düşünmek yerine daha iyi nasıl yönetilebileceğini düşünsün. Burada yeri gelmişken hemen demokrasilerin güçlenmesinde ve istikrar kazanmasında orta sınıfın güçlü olmasının olumlu etkisini de vurgulamak gerekir³⁵.

Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanağı ve serbestlik, düşünceye hammadde sağlar. Bilgilenme düşünme yetisini geliştirici etkiye sahiptir.

33 Özbey, s. 95; Ayrıca bkz. Korkmaz, s. 40.

34 Vehbi Hacıcadıroğlu, “*Bilginin Sağladığı Özgürlük*”, in. Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, Afa y., İstanbul 1998, s. 31; Ayrıca bkz. John Bury, Düşünce Özgürlüğünün Tarihi, Çev. Durul Bartu, Erdini Basım ve Yayınevi, İstanbul 1978, s. 236-237; İbrahim Özden Kaboğlu, “*Bilim ve Sanat Özgürlüğü*”, in. İnsan Hakları, YKY y., İstanbul 2000, s. 121.

35 Özgürlük, adalet, güvenlik ve barışın sağlanmasında gelir ve refahta ortaya çıkan artışların olumlu etkileri hakkında bkz. Hüsnü Erkan, “*Çağdaş Topumlarda İnsan Haklarının Etkinleştirilmesine Yönelik Toplumsal Politikalar*”, in. Türkiye’de İnsan Haklarının Gelişimi Sempozyumu, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu y., İzmir 9 Eylül 1992, s. 58-59.

Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme şeklinde tanımlanabilecek enformasyon hakkı; kanaat oluşturma ve düşünme olanağı sağladığı için düşünce özgürlüğünün ön koşulu ya da temel ögesidir³⁶. Aslında burada da döngüsel bir etkileşimden bahsetmek daha yerinde olur. Çünkü haber bilgi, belge, fikir ve kanaatlere serbestçe ulaşılarak oluşan düşünceler karşımıza bir fikir, bilgi veya kanaat olarak çıkmaktadır. Yeni oluşan kanaatlerin özgür bir ortamda başkalarına sunulması, diğerlerinin düşüncelerinin oluşumunda hammadde olarak kullanılmakta, böylece düşünceler karşılıklı etkileşim içinde sürekli bir gelişim gösterme eğilimindedir.

Edinilen düşüncelerin tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı...) ve çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema... gibi) serbestçe başkalarına aktarılabilmesi ve yayılabilmesi de bu özgürlüğün bir başka koşuludur³⁷. Gelineen noktada bir tek düşünce özgürlüğünden değil topluca bir düşünce özgürlükleri alanından söz edilebilir³⁸. Bu alana düşünce ile birlikte, din ve vicdan özgürlüğü, kitle iletişim özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü³⁹, toplantı ve gösteri özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi özgürlükler de dâhildir.

A. Kitle İletişim Özgürlüğü

Demokratik düzende, bireyin düşüncesini açıklama özgürlüğüne sahip olması, siyasal sistemin temel taşlarından. Düşüncenin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması; düşünceyi gerçekleştirmek, gerçekleştirmeye konusunda ikna etmek, düşünce

³⁶ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 336; Yılmaz Aliefendioğlu, “*Düşünsel Özgürlük*”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE y., C. 17-18/1, Ankara 1996, s. 12; Tanör, *Düşünce Hürriyeti*, s. 24; Erdem, s. 8.

³⁷ Bkz. Özbey, s. 96.

³⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi y., Diyarbakır 1989, s. 25; Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 6. bs., Legal y., İstanbul 2007, s. 1450; Nihat Bulut, *Sosyal Haklar*, On iki Levha y., İstanbul 2009, s. 39; Korkmaz düşünce özgürlüğünün oluşabilmesi için kanaat özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlükleri gibi kurucu unsurlar ve ön-koşulların varolması gereğini ‘düşünce özgürlüğünün bileşenleri’ şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Korkmaz, s. 48.

³⁹ Sanat özgürlüğü için bkz. Bilge Bingöl, “*Sanat Özgürlüğü*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 2011, s. 92 vd.

etrafında örgütlenmek gibi girişimler demokraside çoğulculuk, uzlaşma ve saydam yönetimi sağlama gibi fonksiyonları yerine getirir⁴⁰.

Kitle iletişim özgürlüğü (KİÖ) hem basın özgürlüğünü hem de görsel işitsel iletişim özgürlüğünü kapsamaktadır. Salt düşüncenin kişinin iç dünyasında kalmaması gereği ve açıklanmayan düşüncenin dış dünya bakımından önemli sayılmaması bu özgürlüğün önemini göstermektedir. Modern toplumlarda gerçek anlamda düşünce özgürlüğünden söz edilebilmesi KİÖ sağlanmasına bağlıdır. Çünkü modern toplumlar yüz yüze iletişimin etkinliğini yitirdiği toplumlardır. Bu tür toplumlarda haber almanın yetkin araçları kitle iletişim araçlarıdır. Kitle iletişim araçları hem haberdar olmada hem de kamuoyunun taleplerini ileterek karar alma sürecinde etkili olurlar⁴¹.

B. Bilim ve Sanat Özgürlüğü

Bilim ve sanat özgürlüğü; bilim ve sanatları serbestçe öğrenme, araştırma, yayma ve öğretme haklarını içermektedir. Bilim ve sanat eserlerinin toplumsal işlevi, bu özgürlüğün hukuki rejim ve yaptırım açısından daha mutlak bir özgürlük rejiminden faydalanmasını zorunlu kılar. Çünkü fikir üretmenin en yüce değer ve biçimleri; bilim ve sanat eserleridir. Bilim ve sanatlar sadece bilim insanlarını aydınlatmakla kalmaz aynı zamanda siyasi konularda sağlam ve derin bilgiler üretmek ve bunları yaymakla, insanları bilinçli bir biçimde davranmaya ve toplumun kaderiyle ilgilenmeye iter⁴².

Bilimsel bilginin sıradan bilgidan farklı olması, onun kanaatlerin oluşumuna kaynaklık etmesine yol açar. Kanaatler genellikle bilimsel bilgiler temelinde oluşur ya da dayanak noktası bulur. İnsanlar siyasi kanaatlerine taraftar kazanırken bilim ve sanatlardan büyük ölçüde faydalanırlar.

40 Çetin Özek, “*Kitlesel İletişim Özgürlükleri*”, in: İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 153; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 269.

41 Bulut, *Siyasal Katılım*, s. 161-162, Sağlıklı bir kamuoyunun oluşmasının özgürlükçü demokratik bir sisteme ihtiyaç duyduğu ve kitle iletişim, ifade ve haberleşme özgürlüklerinin önemi hakkında bkz. Yüksel, s. 573-574.

42 Ayrıca bkz. Kaboğlu, *Bilim ve Sanat Özgürlüğü*, s. 122 vd; Korkmaz, s. 84-86.

C. İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü, bir düşünce, kanaat, inanç, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının serbest olması demektir⁴³. Düşünce özgürlüğü, “düşünce”nin kendisinden çok bir düşünce ya da kanaatin sahibi olarak özneyi koruyan bir özgürlük iken; ifade özgürlüğü, etkileri bakımından kişinin de korunması anlamına gelmekle birlikte asıl olarak; nesneyi yani ifade edişin dış dünyada kendini gösteren çeşitli ifade şekillerini korumaktadır⁴⁴.

Mill, ifade özgürlüğü konusuna, insan zihnine verdiği önemi vurgulayarak başlamaktadır. O’na göre, toplumun hem kurucu gücü hem de değişim dinamiği insan zihnidir. İnsan zihninin ürünü olan düşünce ve bunun özgürce ifade edilerek tartışılması, toplumsal ve tarihsel değişimin motor gücünü oluşturur⁴⁵. Mill, düşünce ve ifade özgürlüğünün **insanlığın bütün mutluluklarına kaynaklık eden düşünsel mutluluk için zorunlu olduğunu** temelde dört gerekçeye dayandırmaktadır. Öncelikle düşünce susmaya mecbur edilmesine rağmen doğru olabilir. İkinci olarak susturulan düşünce yanlış dahi olsa, onda bazı hakikatlerin bulunması mümkündür. Yani herhangi bir konuda ortak genel düşünce veya baskın gelen düşünce nadiren hakikatin tamamı olabilir ya da hiçbir zaman olamaz. O halde hakikatin tamamlanması veya bulunması ancak düşüncelerin çarpışması yoluyla ortaya çıkabilir. Üçüncü olarak doğruluğu inkâr edilemez olarak kabul edilen bir düşünce, gerçeğin bütünü bile olsa böyle bir düşünceye ciddi olarak itiraz edilemediğinde, düşünceye bir peşin hüküm olarak inanılır. Dördüncü olarak böylece asıl doktrinini anlamını kaybetmesi tehlikesi vardır. Bu durumda doğma, bütünüyle etkisiz, gereksiz yer işgal eden; fakat hakiki ve yürekte

43 Mustafa Erdoğan, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, in. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İletişim y., İstanbul 2007, s. 19; Enver Bozkurt/ Süleyman Dost, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Isparta Y. 2002, s. 47.

44 Erdoğan, *İfade Özgürlüğü*, s. 21; Ayrıca bkz. Adnan Küçük, *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2003, s. 13 vd.; Beydoğan, s. 27 vd.; Bu ifade edişin; tiyatro oyunu sahnelemek, belli bir kıyafeti giymek ya da belli bir topluluğa üye olmak gibi şekilleri olabilir bkz Bozkurt/ Dost, s. 48.

45 Kasım Karagöz, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004, s. 10.

duyulan bir kanaatin akıl veya tecrübe yoluyla açığa çıkmasını yasaklayan, sadece görünüşte bir kabul halini alma tehlikesidir⁴⁶.

Fikir ve kanaatlerin açıklanması ve yayılmasının özgür bir ortamda yerine getirilebilmesi çerçevesinde kişinin öncelikle beğenmediği uygulamaları eleştirebilme, inandığı fikirleri başkalarına benimsetme amacıyla propaganda yapabilme özgürlüğü bulunmalıdır. Fikir ve kanaatlerin açıklanmasının kısıtlanması toplumda memnuniyetsizliklere ve kargaşalara neden olmaktadır. Kişileri etkilemek için girişilen bu tip propaganda faaliyetlerinin tek sınırı şiddet kullanımına ortam hazırlanmaması ve zor kullanılmamasıdır⁴⁷.

IV. TOTALİTER VE OTORİTER SİSTEMLERDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Totaliter sistemler demokrasinin karşıtı rejimler arasında yer almaktadır. Totaliter bir sistemde öncelikle devlete hâkim olan bir devlet ideolojisi vardır. Yönetim tek parti tarafından kullanılmakta ve muhalefet üzerinde ağır baskılar bulunmaktadır. Daha doğru bir ifadeyle muhalefete yaşama imkânı tanımayan bir yapılanma hüküm sürmektedir⁴⁸.

Politika faaliyeti tekeline bir partiye tanıyan bu rejimde, devletin resmi gerçeği, partiye mutlak bir iktidar tanıdığı bu ideoloji olmuştur. Aynı zamanda partiye güç ve ruh veren de bu ideolojidir. Bu resmi

⁴⁶ John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, Çev: Mehmet Osman Dostel, Liberte y., Ankara 2004, s. 99-100; Ayrıca bkz. Henry M. Magid, *Mill and the Problem of Freedom of Thought*, Social Research, Vol. 21, No. 1 (Spring 1954), in. <http://www.jstor.org/stable/pdf/40982370.pdf> (31.12.2017), s. 43 vd.; Schauer, gerçeğin araştırılmasında ve bulunmasında ifade özgürlüğünün hayati rolüne vurgu yapmıştır. bkz. Frederick Schauer, *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2002, s. 21.

⁴⁷ Sunay, 64; İfade ile diğer insanları aldatma, kandırma, manipüle etme gibi etkileri dolayısıyla hem devlet hem de birey ve topluluklar için tehlike oluşturma potansiyeli, çatışan hakların dengelenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Murat Tümay, *Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi*, Anayasa Yargısı 32, Anayasa Mahkemesi y., Ankara 2015, s. 357.

⁴⁸ Juan J. Linz, *Totaliter ve Otoriter Rejimler*, Çev: Ergun Özbudun, Siyasi İlimler Türk Derneği y., Ankara 1984 (?), s. 25; Bulut, *Siyasal Katılım*, s. 57; Totaliter sistemler hakkında ayrıca bkz. Alesker Aleskerov, *Eski Sosyalist Ülkelerde Siyasal Rejim Değişimleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 47 vd.

gerçeği yaymak için hem kuvvet araçları hem de inandırma araçları kullanılır. Haberleşme araçlarını, radyo, televizyon ve basını devlet veya onu temsil edenler yönetirler. Diğer taraftan ekonomik ve mesleki işlerin çoğu herhangi bir biçimde bizzat devletin bir parçası haline gelmiştir. Devlet ile ideolojisi birbirinden ayrılamaz oldukları için, ekonomik ve mesleki işlerin çoğu, resmi gerçeğin rengini taşır. Artık her şey devletin işi, her iş ideolojiye bağlı olduğundan, ekonomik veya mesleki alanda yapılan bir hata; aynı zamanda ideolojik bir hata olarak görülür. Böylece insanlar tarafından mesleki hayatta yapılan hatalar politikleştirilerek hem polisiye hem de ideolojik olan bir terör oluşur⁴⁹.

Düşünce özgürlüğü böyle bir ortamda ancak devletin (partinin) ideolojisine hizmet etmektedir. Böyle bir ortamda siyasi fikirler ancak iktidarda olan partiyi desteklemek için resmi makamların himayesine konu olabilir.⁵⁰ İdeoloji karşıtı düşüncelere yaşama hakkı tanınmamaktadır. Devlet ideolojisini bireylere kabul ettirmek için yoğun bir propaganda faaliyetine girişerek, kitle iletişim araçları ve eğitim üzerinde yoğun bir kontrol mekanizması kurmuştur⁵¹.

Ancak totaliter sistemlerde dahi derinden ve sessiz bir şekilde süren düşünce hayatından söz etmek mümkündür⁵².

Otoriter sistemlerde totaliter sistemlerde olduğu gibi bir ideolojinin bulunması gerekmez. Bir liderin veya küçük bir grubun kendilerine özgü zihniyetlere sahip olmaları söz konusudur. Bu sistemde yönetici sınıfın biçimsel yönden iyi belirlenmemiş fakat fiiliyatta oldukça tahmin edilebilir sınırlar içinde iktidarlarını kullandıkları sonucuna varılabilir⁵³. Otoriter sistemleri bir geçiş sistemi olarak da nitelendirmek mümkündür. Yani totaliter sistemden demokratik sisteme geçerken ya da demokrasinin bozulması ile beraber totaliter bir sisteme doğru giden ülkeler otoriter bir yönetime sahip olmaktadır. Otoriter sistemler az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde ortaya çıkmaktadır. Her ne

49 Raymond Aron, *Demokrasi ve Totalitarizm*, Çev: Vahdi Hatay, Kültür Bakanlığı y., İstanbul 1976, s. 281-285; Benzer şekilde bkz. Küçük, s. 41-42.

50 David Spitz, *Antidemokratik Düşünce Şekilleri*, Milli Eğitim Bakanlığı y., İstanbul 1969, s. 8.

51 Bkz. Tanör, *Düşünce Hürriyeti*, s. 35.

52 Dinçkol, *Kamuoyu*, s. 59.

53 Linz, s. 130.

kadar otoriter rejimlerde bir çoğulculuk unsuru bulunmaktaysa da bu çoğulculuk demokratik yönetimlerle kıyaslanmayacak kadar sınırlı ve sadece yöneticilerin izin verdiği alanları kapsamaktadır⁵⁴. Bu bağlamda otoriter sistemlerde, demokrasinin kurumsal bazı öğeleri varlık bulmuş olabilir ancak güçleri yok denecek seviyede düşüktür. Seçimler yapıyor olsa bile, özgür ve adil olduğundan bahsedilemez. Temel özgürlüklerin kısıtlanmasında umursamazlık hâkimdir. Basın sansürle malûl olduğu gibi ya devletin tekelinde veya iktidarın kontrolindedir⁵⁵.

Düşünce özgürlüğü her ne kadar totaliter rejimlerde olmadığı oranda genişse de tam manasıyla bir özgürlük ortamından bahsetmek mümkün değildir. Otoriter sistemlerde kişinin siyasal haklar dışında kalan haklarına saygı gösterilebileceği ifade edilse bile⁵⁶ düşünce özgürlüğünün siyasal yönetimle olan yakın ilişkisi göz önüne alındığında saygının ne oranda gösterileceği ortaya çıkmaktadır. Böyle bir ortamda, iktidarın karşısında yer aldığı düşünülen görüşlerin baskı ile karşılaşacağı aşikârdır.

V. DEMOKRATİK SİSTEMLERDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Demokratik sistemin başlıca özelliklerinden birisi de kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınmasıdır⁵⁷. Siyasal katılım açısından muhalefetin bir gözetim, denetim-kontrol ve eleştiri olduğu⁵⁸ göz önüne alındığında kuşkusuz düşünce özgürlüğü demokratik bir toplum yapısı için olmazsa olmaz bir öneme sahiptir. Ancak Düşünce özgürlüğü ve bu özgürlüğün kaynaklık ettiği diğer haklar sınırsız olarak da nitelendirilemez. Öyleyse aşağıda bu hakkın Avrupa merkezli olarak ne şekilde düzenlendiği ve sınırlandırıldığını ana hatlarıyla ele alabiliriz.

54 Linz, s. 132-133; Ayrıca bkz. Aleskerov, s. 67 vd.

55 Senem Kurt Topuz, “*Hükümet Sistemleri ve Devlet Şekillerinin Ülkelerin Demokrasi Seviyeleri Üzerinde Yarattığı Farklılığın Tespiti Üzerine Bir Çalışma*”, Ege Akademik Bakış, C. 16, S. 3, Temmuz-2016, s. 462.

56 Aleskerov, s. 67-68.

57 Nükhet Turgut, *Siyasal Muhalefet: Batı Demokrasileri-Sosyalist Ülkeler-Türkiye, Birey ve Toplum Yayıncılık*, Ankara 1984, s. 37.

58 Turgut, s. 37-38.

Düşünce özgürlüğü AİHS’de 9. maddede vicdan ve din özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir⁵⁹. Buna göre düşünceyi açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilecektir⁶⁰.

Düşünce özgürlüğünün bir yansıması olarak ifade özgürlüğü ise İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde 10. maddede düzenlenmiştir⁶¹. AİHM içtihatlarına göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından biri; demokratik toplumun vazgeçilmez özelliklerinden olan çoğulculuk; hoşgörü ve açık fikirliliğin gereğidir. İfade özgürlüğü sadece genel kabul gören, zararsız veya önemsiz fikir ve haberler için değil aynı zamanda devlete veya toplumun bir kısmına aykırı gelen; kural dışı, şok

⁵⁹ “Madde 9: Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1) Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2) Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.” Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (16.05.2016),s. 10.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jim Murdoch, *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 9. Maddesinin uygulanmasına dair kılavuz*, Çev. Defne Orhun, Avrupa Konseyi y., Belçika, 2007, in. http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/dusunce.pdf (03.06.2016), s. 6 vd.; Nal, s. 68 vd; Korkmaz, s. 144 vd.

⁶¹ “Madde 10 İfade Özgürlüğü

1) Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2) Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (16.05.2016), s. 11.

edici, şaşırtıcı ve endişe verici düşünce, fikir ve haberleri de kapsar⁶². İfade özgürlüğü sayesinde oluşacak özgür siyasi tartışma ortamı, Sözleşmenin bütününe hâkim olan demokratik toplum kavramının da özünü teşkil etmektedir⁶³. Gerçekten düşünce ve ifade özgürlüğü sadece kurulu düzeni övmek değil; kurulu düzeni sert bir şekilde eleştirmeyi hatta onu tamamen mahkûm etmeyi de kapsar⁶⁴.

Ancak ifade özgürlüğü madde metninden de anlaşılacağı gibi sınırsız bir hak ve özgürlük değildir. İfade özgürlüğü iki tür sınırlandırma ile karşı karşıyadır. Bunlardan birincisi ferdin korunmasına yönelik olan sınırlandırmalar. İkincisi ise kamuoyunu, kamu düzenini diğer bir ifadeyle devleti korumaya yönelik sınırlandırmalardır⁶⁵. Bu sınırlandırmaları maddeler halinde özetleyecek olursak:

- a) İftira, küfür, haysiyet ve şeref kırıcı sözler ile müstehcenlik içeren sözler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.
- b) Savaş kışkırtıcılığı yapılamaz.
- c) Devlete ait gizli bilgiler ifşa edilemez.
- d) Uluslar, dinler, ırklar arasında nefret yaratma, ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete yönelen ifadeler; ifade özgürlüğünün koruma şemsiyesi altında yer alamazlar⁶⁶.

62 Atilla Nalbant, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması I: Sözleşme ile Güvence Altına Alınan Haklar ve Özgürlükler”, Ünite 6, in. İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ed. Ayşe Işıl Karakaş/ İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi y., Ankara 2015, s. 105.

63 Erdoğan, *İfade Özgürlüğü*, s. 32; Ayrıca bkz. AİHM, Handyside v. Birleşik Krallık kararı, Başvuru no. 5493/72, Karar tarihi: 07.12.1976; Düşünceyi açıklama özgürlüğüne dair içtihatlar için bkz. *Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat*, Çev. Durmuş Tezcan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002, in. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/dusunceozgurlugu.pdf (03.06.2016); Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbey, s. 99 vd.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt/ Dost, s. 51 vd.

64 Harold J. Laski, *Düşünce Özgürlüğü*, Çev: Yücel Sayman, Dönem y., İstanbul 1966, s. 9.

65 Adnan Güriz, “İfade Hürriyetinin Sınırları”, in. *Düşünce Özgürlüğü*, Hazırlayan: Hayrettin Okçesiz, Afa y., İstanbul 1998, s. 84; Tümay, s. 358; Ayrıca bkz. Beydoğan, s. 76 vd.

66 Vahit Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, in. *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, Ed. Bekir Berat Özipek, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2003, s. 300- 307; Türkiye'deki

Başkalarının haklarına zarar verilmesi durumunun tipik örneği, ifadenin doğrudan doğruya şiddeti ve saldırıyı kışkırtmasıdır. Bu halde Amerikan Yüksek Mahkemesi “açık ve mevcut tehlike” kriterini geliştirmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ilk defa 1919 tarihli Schenck v. United States kararında geliştirilen bu kritere göre, ifadeyi oluşturan kelimelerin bireyler ve toplum için açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılmaları halinde, bu kelimeler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemezler⁶⁷.

VI. TÜRKİYE’DE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Osmanlı’da Düşünce Özgürlüğü

İslam’ın siyasetal öğretisinde ve uygulamasında yer alan temel ilkelerden birisi “ulul emre itaat”tir. Bu ilke halife-padişaha, halife-padişah İslam’a itaat ettiği ve zalim olmadığı müddetçe, mutlak itaati gerektirdiğinden, devlet iktidarının sınırlandırılması düşüncesi ile bağdaşmamaktadır⁶⁸. Bu ilkeden çıkan diğer bir sonuç ise siyasetal düşüncede ortaya çıkan düşüncelerin itibar görebilmesi ve haklı olarak kabul edilebilmesi için referansının İslami olması gereğidir. Yani yönetim eleştirilirken insan hakları temelli değil İslam temelli bir yaklaşım getirme zorunluluğunun bulunmasıdır. Düşünce özgürlüğü

durum ile karşılaştırılması hakkında bkz. Oktay Uygun, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, in. Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. bs., On iki Levha y., İstanbul 2013, s. 130 vd.; Ayrıca nefret söylemleri ve ırkçı ifadeler hakkında geniş bilgi için bkz. Elif Küzeci, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve İrkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, in. TBB Dergisi, S. 71, Ankara 2007, s. 174 vd.

⁶⁷ Erdoğan, *İfade Özgürlüğü*, s. 29-30; Tanör, *Düşünce Hürriyeti*, s. 58-59; Amerika Birleşik Devletleri’nde düşünce özgürlüğünün düzenlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öykü Didem Aydın, “*Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasalılığı*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 2011, s. 27 vd.; Bozkurt/ Dost, s. 49; Ayrıca ABD’de düşünce özgürlüğünün objektif sınırları hakkında bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, Ankara 2002, s. 25 vd.

⁶⁸ Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 226; Osmanlı zamanında düşünce özgürlüğünün gelişmemesini; dine ve toplumsal yapıya dayandıran görüş için bkz. Erol Anar, “*Düşünce Özgürlüğünün Siyasal ve Hukuksal Temelleri*”, in. İnsan Haklarının Kavramsal Temelleri, İnsan Hakları Derneği y., Ankara 2000, s. 95.

ancak İslam'ın çizdiği sınırlar içinde ise kabul görmektedir. Burada da eğer yorum farkı varsa ki mutlaka olacaktır; her an için dini olarak baskıya maruz kalma tehlikesi bulunmaktadır. Çünkü bir görüş diğerini dini yıkmakla suçlayabilecektir.

Burada unutulmaması gereken bir noktaya da değinmekte fayda vardır. Bu husus; emri bil maruf nehyi anil münker (iyiliği emretmek ve kötülükten sakındırmak) ilkesidir⁶⁹. Özellikle dünya işlerine, vahiy ve sünnet ile belirlenmemiş devlet yönetimine dair alanlarda istişarenin, iyiliği emredip kötülükten sakındırmaya dair faaliyetlerin İslam düşüncesinde önemli bir yeri vardır⁷⁰. Bu ilkelerin uygulamaya geçirildiği dönemler İslam devletlerinin parlak devirlerini oluştururken, Emeviler özelinde de görüldüğü üzere aksi durumda devletlerin zayıflayıp yıkıma sürüklediği de ifade edilebilir⁷¹.

Osmanlı'da yaşanan değişimler ile özellikle Batı karşısında alınan yenilgiler ve batılı devletlerin baskıları neticesinde fakat daha da önemlisi batılılaşma fikrinin vücut bulmasıyla düşünce hayatında da çeşitlenmeler olmuştur. Özellikle Tazminat döneminde neşredilen; Takvimi Vakayi, Tasviri Efkâr, İbret gibi çok çeşitli gazeteler aracılığıyla fikir hayatında farklılıklar ses bulmuştur⁷². İsteyenin istediği gibi yazdığı bir devir açılmıştır. Jön Türklerin (Yeni Osmanlıların), gerek memleket dışında gerek içinde fikirlerini yaydıkları görülmüştür⁷³.

1876 Kanun-i Esasi'de sadece basınla ilgili bir hüküm bulunmaktadır. Bu da 12. maddede yer alan "Matbuat kanun dairesinde serbesttir" hükmüdür. Kanun-i Esasi'de 1909 yılında yapılan değişiklikle

69 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Bayraktar Barış, *Kur'an-ı Kerim'de Emri Bi'l-Ma'ruf ve Nehyi Ani'l-Münker Meselesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans TEZİ, Ankara 2007, s. 2 vd.

70 Ali Aksu, *Asr-ı Saadet, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler Döneminde Fikir Hürriyeti Üzerine Bazı Mülâhazalar (İstişare, emri bi'l-mar'uf nehyi ani'l münker ve muhalefet kavramları bağlamında)*, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. V, S. II, Sivas 2001, 204 vd.

71 Aksu, s. 224.

72 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hilmi Ziya Ülken, "Tanzimattan Sonra Fikir Hareketleri", in. *Tanzimat 2*, Milli Eğitim Bakanlığı y, İstanbul 1999, s. 758 vd.

73 İhsan Sungu, "Tanzimat ve Yeni Osmanlılar", in. *Tanzimat 2*, Milli Eğitim Bakanlığı y, İstanbul 1999, s. 777.

bu hüküm genişletilmiş ve sansür yasağı getirilmiştir⁷⁴. Böylece yasaklanmayan bir şeyin serbest olduğu öngörüsü ile hareket edersek yanılmış oluruz. Çünkü 113. madde ile padişaha verilen özel yetki düşünce özgürlüğü bakımından da yok edici bir etkiye sahiptir. Bu maddeye göre padişah “hükümetin güvenliğini bozdukları basit bir zabıta soruşturmasıyla ispat edilenleri ülke dışına sürmek” yetkisine sahiptir⁷⁵. Hemen göze çarpan nokta ise hükümetin güvenliğini bozduğu iddia edilen kişilerin öncelikle; siyasi iktidarla ilgili talepleri olanlar olduğu söylenebilir. Bu nedenle düşünceleri ve faaliyetleriyle siyasi talepleri olan kişilerin sürgün edilme riski ile karşı karşıya kalabilecekleri aşikardır. Her ne kadar 113. madde 1909 yılında kaldırılmışsa da bu sefer de İttihat ve Terakkinin baskıcı yönetimi ortaya çıkmıştır⁷⁶.

B. Türkiye’de Düşünce Özgürlüğünün Anayasal Gelişimi

1. 1921 ve 1924 Anayasası Dönemi

1921 Anayasası Milli Mücadele döneminin ihtiyaçlarını gidermeye yönelik hükümler bulundurması dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere dolayısıyla düşünce özgürlüğüne yönelik bir düzenleme barındırmamaktadır⁷⁷. Ancak 1876 Kanun-i Esasisi, 1924 yılına kadar yürürlükte olduğundan temel hak ve özgürlükler açısından O’nun hükümlerine başvurmak gerekir⁷⁸.

⁷⁴ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 351; Suna Kili/ A. Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri*, 3. bs., Türkiye İş Bankası Kültür y., İstanbul 2006, s. 37; Korkmaz, s. 317; Kuzu, Kanun-i Esasisinin taslak halinde “herkes kaalen ve kaleme beyanı efkalde azadedir” hükmünün bulunduğu ancak taslaktaki bu hükmün anayasa koyucu tarafından taslaktan çıkarıldığını bildirmektedir. Bkz. Burhan Kuzu, “*Düşünceleri Açıklama Hürriyeti*”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 17-18/1, TODAİE y., Ankara 1996, s. 33.

⁷⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler [1876-1938]*, Cilt I, 2. bs. İstanbul Bilgi Üniversitesi y. İstanbul 2003, s. 13.

⁷⁶ İttihat ve Terakkinin yönetiminin baskıcı olması hakkında bkz. Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Partiler, C. 3 İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın Bir Partinin Tarihi*, İletişim y., 5. Bs., İstanbul 2011, s. 450; Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, (1789-1980)*, YKY 14. Bs. İstanbul 2006, (*Osmanlı-Türk*), s. 202-203.

⁷⁷ Ömer Gedik, *Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Seçkin y., Ankara 2008, s. 79.

⁷⁸ Tunaya, *Gelişmeler*, s. 24.

1924 Anayasası'nda düşünce özgürlüğü açıkça ilk defa tanınmıştır⁷⁹. 7. maddeye göre “Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağış, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarındanır”⁸⁰. Böylece vatandaşlara tanınmış doğal haklar arasında düşünce özgürlüğü de yer almıştır. 1924 Anayasası döneminde de yasama organının faaliyetlerinin denetim dışı olması; Meclisin görevi dışında düşünce özgürlüğünü sınırlandıran işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimine imkân vermemekteydi⁸¹.

Bu dönemde İstiklal Mahkemelerinin kurulması ve yapılan yargılamaların düşünce özgürlüğü üzerinde olumsuz etkilerinin bulunduğu söylenebilir⁸². İskilipli Atıf Efendi de yazmış olduğu “Frenk Mukallitliği ve şapka” isimli eseri dolayısıyla savcılık üç yıl hapis cezası istemesine rağmen; Şapka Kanunu'na muhalefet ettiği gerekçesiyle ve Giresun olaylarında kışkırtıcı olduğu vicdani kanaati olduğu gerekçesiyle İstiklal Mahkemesi kararıyla idam edilmiştir⁸³. Ayrıca köklü reformların otoriter rejim sayesinde yapılabildiği evre olarak Takrir-i Sükun Kanununun uygulanması dönemi (1925-1929) ön plana çıkmaktadır⁸⁴.

2. 1961 Anayasası Dönemi

27 Mayıs 1960 askeri darbesi sonrası ortaya çıkmış olan 1961 Anayasası öncesinde, 27 Mayıs Rejimi sırasında üniversitelerden tasfiyelerin olduğu bir dönem olarak kayıtlara geçmiştir⁸⁵.

79 Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 351.

80 Kili/Gözübüyük, s. 143.

81 Gedik, s. 80.

82 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sadık Erdaş, “*Muhalefeti Yıldırma Aracı Olarak İstiklal Mahkemeleri Lütfi Fikri Bey'in Yargılanması Örneği*”, in: *İstiklal Mahkemeleri Sempozyumu (2015: Adıyaman)*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (AKDTYK) Atatürk Araştırma Merkezi y., Ankara 2016, s. 171-172.

83 İbrahim Ülker, *İstiklal Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışmaları*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2015 Konya, s. 195.

84 Tanör, *Osmanlı-Türk*, s. 315; Ayrıca bkz. Ömer Mete, *Anlarda Takrir-i Sükun Dönemi Uygulamaları (1925-1929)*, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 76 vd.

85 Osman Doğru, *27 Mayıs Rejimi*, İmge Kitabevi y., Ankara 1998, s. 115.

1961 Anayasası'nın ilk halinde düşünce özgürlüğü tek maddede düzenlenmiş ve bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin bir kayıt getirilmemişti. 20. maddeye göre “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini, söz, yazı, resim ile veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz”⁸⁶.

1961 Anayasası'nın temel hakların özü başlığını taşıyan 11. maddesinde ilk haliyle temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılacağını, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağına yönelik sınırlamanın sınırı olarak nitelendirilebilecek ilkeler getirmektedir. Özüne dokunma kavramı muğlak bir kavram olsa da Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda bu kavramı belirgin hale getirmiştir⁸⁷. Bu çerçevede; bir hakkı açıkça veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyan veya ciddi surette güçleştiren ve amacına ulaşmasını önleyen ve etkisini ortadan kaldıran düzenlemeler hakkın özüne dokunan düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halini; bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulduğunun tespitinde bir kriter olarak almaktadır⁸⁸.

1961 Anayasası'nın 11. maddesi ilk haliyle genel bir sınırlama hükmü getirmemekteydi. Özgürlüklerin korunması için genel düzenleme ilkelerini belirtmekle yetinilmiştir. Bu özellik, Anayasa'nın özel maddelerinde sınırlanabilecekleri ve sınırlama sebepleri gösterilmeyen hak ve özgürlüklerin sınırsız olduklarını ileri sürebilme olanağını sunmuştur⁸⁹. Bu durum özellikle bilim ve sanat özgürlüğü ile düşünce ve ifade (propaganda) özgürlüklerinin içerik bakımından mutlak

⁸⁶ Kili/ Gözü Büyük, s. 197; Korkmaz, s. 318.

⁸⁷ Tanör, *Düşünce Hürriyeti*, s.113-114.

⁸⁸ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4.bs, İUHF y., İstanbul 1982, s. 201-202 ve 246 vd; Temel hakların sınırlandırılmasında “öz” kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi yay, Ankara 1982; Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, 2. bs. Bilim y., Ankara 1986, s. 89.

⁸⁹ Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. Kuzu, s. 33-34; Korkmaz, s. 319-320.

sınırsızlıkları anlamına geliyor ve TCK'daki “düşünce suçlarının” Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülebilmesinde güçlü bir destek noktasını oluşturuyordu. Fakat uygulamada Anayasa Mahkemesi bu görüşe itibar etmemiştir. Mahkeme, 11. maddenin genel sınırlama hükmü olduğu görüşünü benimsemekle, Anayasa’nın özüne uygun ve liberal bir yorum için elinde bulunan fırsatı aksi yönde kullandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁰. Mesela Mahkeme, 1963 yılında verdiği bir kararda “*Sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı göz önüne alınınca 20’inci maddeye, düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını, bu hürriyeti, Anayasa’nın dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve Anayasa’nın 11’inci maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla; her istikamette sınırlıyabilmek hususunda Anayasa vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanınmış olduğu şekilde yorumlamak tabii bulunmaktadır*” demiştir⁹¹. 1971 yılında 11. maddede yapılan değişikliklerle 1961 Anayasasının ruhu tamamen değişmiştir. 11. maddeye, devletin ülkesiyle ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün. Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlak ve sağlığın korunması, gibi genel sınırlandırma sebepleri eklenmiştir⁹².

3. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası 1961'den farklı olarak düşünce özgürlüğünü iki ayrı maddede düzenlemiştir. Düşünce ve kanaat hürriyeti 25. maddede

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” Şeklinde düzenlenirken düşünceyi yayma özgürlüğü; 26. maddede *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü,*

⁹⁰ Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, 2. bs., Beta y., İstanbul 1991, s. 27; Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, *Düşünce Hürriyeti*, s. 99 vd.

⁹¹ E: 1963/16, K: 1963/83, Karar Tarihi: 08.04.1963, AMKD. S. I, s. 159; Ayrıca bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ca3aa5a4-2b0f-4e0c-87b2-6a841be156fc?excludeGerceke=False&wordsOnly=False> (01.06.2016).

⁹² Ayrıca bkz. Kuzu, s. 39.

radio, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, millî 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 belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

(Üçüncü fıkra mülga: 3.10.2001-4709/9 md.)

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

(Ek: 3.10.2001-4709/9 md.) Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklinde ifade edilmiştir⁹³.

2001 yılında ilgili maddede önemli değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklere göre öncelikle maddeye genel sınırlama sebepleri içinde yer alan millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, ilkeleri eklenmiştir.

İkinci olarak, düşünce açıklanmasında yasaklanan herhangi bir dilin kullanılamayacağı hükmü kaldırılmıştır.

Üçüncü olarak bu özgürlüğün düzenleyici işlemlerle sınırlandırılması engellenmiş ve kanunla sınırlandırma hükmü getirilmiştir.

Diğer taraftan 14. maddede düzenlenen kötüye kullanma yasağı somutlaştırılarak, “faaliyetler biçiminde kullanılamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Bu şekilde düşünce özgürlüğü daha güvenceli bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁴.

Düşünce özgürlüğü, sadece devletin müdahalelerine karşı korunan bireysel bir hak alanını güvence altına alan bir hak olarak tasvir

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuzu, s. 40 vd.; Hakkın kötüye kullanılması ile ilgili olarak bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin y., Bursa 2017, s. 302 vd.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakyemez, s. 36-37; Aksi yönde bkz. Korkmaz, s. 327.

edilemez. Aynı zamanda da demokratik bir devlet düzeninin de ön şartını oluşturur. Bu özgürlük hem demokratik yönetimin hem de kişiliğin; siyasal, kültürel, ekonomik veya özel karakterli bütün değişik açılarının dile getirilebilmesinin de şartıdır. Başka bir ifadeyle bu özgürlük insan kişiliğinin toplum içindeki en dolaysız ifadesi olup, demokratik bir düzen bakımından “olmazsa olmaz” kurucu bir nitelik taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında TCK 301. maddede düzenlenen ‘Türklüğü, cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama’ suçu ceza kanunlarının yapılış amaçları olan temel hak ve özgürlükleri koruma amacına uygun şekilde uygulanmalı, çoğunluğa uygun düşünmeyenleri cezalandırma amacını güden bir düşünce suçu oluşturulmamalıdır⁹⁵.

9 Haziran 2004 yılında çıkarılan 5187 sayılı yeni Basın Yasası 15 Temmuz 1950'den beri yürürlükte bulunan 5680 sayılı Basın Yasasını yürürlükten kaldırmıştır. Avrupa Birliğine uyum süreci içerisinde çıkarılan yasada ilk defa “basın özgürlüğü” kavramına yer verilmiştir⁹⁶. AİHS’in 10. maddesi Basın Yasası’nın 3. maddesinde yer almıştır. Genel itibariyle bir ilerleme olan yasada yer alan 19. madde “yargıyı etkileme” başlığını taşımakta ve gazetecilerin adli haberleri nedeniyle ceza tehdidi altında kalacakları endişesiyle yasa eleştirilmiştir⁹⁷. Eleştiriler

95 Türkan Yalçın Sancar, “Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde”, in. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İletişim y., İstanbul 2007, s. 117; Ayrıca bkz. Osman Can, “Hukuk- Özgürlük- 301”, in. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İletişim y., İstanbul 2007, s. 66-69.

96 Fikret İlkiz, “İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası”, in. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İletişim y. İstanbul 2007. s. 217;

“Basın özgürlüğü

Madde 3- Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenliği, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmamasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.” <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.5187&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=5187> (02.06.2016).

97 İlkiz, s. 221; Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz, s. 378 vd.; İlgili düzenleme şu şekildeydi: “Yargıyı etkileme

MADDE 19. — Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer

neticesinde anılan madde hükmü 2012 tarihinde kanun metninden çıkarılmıştır⁹⁸.

VII. SONUÇ

Düşünmek insanın önemli bir vasfıdır⁹⁹. Hayatın bütün aşamaları düşünce ile doğrudan bağlantılıdır. Yaptığı hareketleri düşünme sonucu yapan insan ile düşünmeden harekete geçenler arasındaki fark “düşüncesiz” “dengesiz” gibi sıfatlarla ortaya konulmaktadır. Bu durumun en uç noktası akıl sağlığının kaybedilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir halde kişi tedavi edilebilecek haldeyse ruh sağlığı hastanelerinde tedavi edilmekte veya gözetim altında tutulmaktadır. Hukuki açıdan hem cezai sorumluluğu bulunmadığı gibi hem de fiil ehliyetleri bulunmamaktadır. Düşünme özelliği insanın muhatap alınmasının nedeni olarak karşımızda durmaktadır.

Kuşkusuz düşünce özgürlüğü, sadece bireyin iç dünyasında kalan düşünceleri değil, düşündüklerini çeşitli yollarla açıklayabilme olanağını da kapsamaktadır. Önemli olan düşüncenin ifade edilmesi anlamında düşünce özgürlüğüdür. Kanaatlerin oluşumu açısından önemli olan da düşünce özgürlüğünün bu yönüdür.

Siyasal katılım kişinin devletin yönetimine katılımını ifade etmektedir. Buna göre kişi yönetime dair düşüncesini, görüş ve önerilerini esasen hak ve özgürlükler aracılığıyla siyasal iktidara iletebilmektedir. Gerçekten de dilekçe hakkı, basın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ifade özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler; siyasal iktidara düşünce ve kanaatlerin aktarılmasında aracılık

belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, ikimilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda onmilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmimilyar liradan az olamaz.

Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.”<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.5187&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=5187> (02.06.2016).

⁹⁸ Madde 19- (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.) <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.5187&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=5187> (02.06.2016).

⁹⁹ Beydoğan, düşünme ve muhakeme gücünün insanları diğer varlıklardan ayıran ve üstün kılan bir özellik olduğuna vurgu yapmaktadır. Bkz. Beydoğan, s. 13.

etmektedir. Kuşkusuz düşünce özgürlüğü; kitle iletişim özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne kaynaklık etmekte adeta insanın kendini gerçekleştirebilmesine yönelik hakların özellikle de temelinde düşünsel süreçlerin yer aldığı bütün hak ve özgürlüklerin ön şartı konumunda bulunmaktadır.

Çoğulcu demokrasiler farklı görüşlerin bir arada yaşadığı toplumlardır. Kanaatlerin serbestçe oluşması, özgürlükçü bir ortam gerektirdiği kadar; kanaatler sonucu oluşan kamuoyu siyaseti, demokrasinin temelinde yer alan ulusun iradesini göz önünde bulundurmaya yönlendirerek özgürlüklerin korunmasını sağlar. Böylece kanaatler çeşitli fikirlerin, değişik yorumların, çatışan tezlerin açıkça ortaya döküldüğü ve tartışıldığı bir ortamda gelişir ve olgunlaşabilir. Böyle bir ortamın gerçekleştirilmesinde kanaatlerin oluşumunda düşünce özgürlüğünün sağlanmasının ne derece önemli olduğunun bir göstergesidir.

Düşünce özgürlüğünün tarihi süreç içerisinde izlediği yola bakıldığında siyasal iktidarla sürekli yollarının kesiştiği görülmektedir. Daha iyi bir yönetime, insanın ontolojisine ve insana dokunan bütün olgulara dair düşünceler doğrudan siyasal iktidarın da ilgi alanına girmektedir. Dünyayı ve devleti dönüştüren düşünceler ve düşünürlerdir. Ancak düşünce özgürlüğünün sınırı olmayacak mıdır? Şüphesiz sınırsız özgürlük, özgürlüğün doğasına terstir. Başkalarının hak ve özgürlükleri, şeref ve haysiyetleri karşısında düşünce özgürlüğünün de sınırlandırılması gerekebilir; buna rağmen özgürlük esas sınırlandırma istisna prensibinin en geniş manada uygulanması gereken hak ve özgürlük de düşünce özgürlüğüdür.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin/ BULUT, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 13. bs., Der y., İstanbul 2017.

AKSU, Ali, *Asr-ı Saadet, Hulefa-i Raşidin ve Emeviler Döneminde Fikir Hürriyeti Üzerine Bazı Mülahazalar (İstişare, emri bi'l-mar'uf nehyi ani'l münker ve muhalefet kavramları bağlamında)*, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. V, S. II, Sivas 2001, 203-228.

ALDIKAÇTI, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4.bs, İUHF y., İstanbul 1982.

ALESKEROV, Alesker, *Eski Sosyalist Ülkelerde Siyasal Rejim Değişimleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “*Düşünsel Özgürlük*”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE y., C. 17-18/1, Ankara 1996, s. 11-31.

ANAR, Erol, “*Düşünce Özgürlüğünün Siyasal ve Hukuksal Temelleri*”, in. İnsan Haklarının Kavramsal Temelleri, İnsan Hakları Derneği y., Ankara 2000, s. 90-121.

ARON, Raymond, *Demokrasi ve Totalitarizm*, Çev: Vahdi Hatay, Kültür Bakanlık y., İstanbul 1976.

Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesine İlişkin İçtihat, Çev. Durmuş Tezcan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2002, in. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/dusunceozgurlugu.pdf (03.06.2016).

AYDIN, Öykü Didem, “*Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 2011, s. 26-63.

BAYRAKTAR BARIŞ, Ayşe, *Kur'an-ı Kerim'de Emri Bi'l-Ma'ruf ve Nehyi Ani'l-Münker Meselesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

BEYDOĞAN, T. Ayhan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasal İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2003.

BIÇAK, Vahit, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü*”, in. Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Ed.

Bekir Berat Özipek, *Liberal Düşünce Topluluğu* y., Ankara, 2003, s. 269-315.

BİNGÖL, Bilge, “Sanat Özgürlüğü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Ankara 2011, s. 92-139.

BOZKURT, Enver/ DOST, Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Isparta Y. 2002, s. 47-74.

BULUT, Nihat, *1982 Anayasası Çerçevesinde Türkiye’de Siyasal Katılım*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1998 (Siyasal Katılım).

BULUT, Nihat, *Sosyal Haklar*, On iki Levha y., İstanbul 2009.

BURY, John, *Düşünce Özgürlüğünün Tarihi*, Çev. Durul Bartu, Erdini Basım ve Yayınevi, İstanbul 1978.

CAN, Osman, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Anayasa Yargısı* 19, *Anayasa Mahkemesi* y., Ankara 2002, s. 503-532.

CAN, Osman, “Hukuk- Özgürlük- 301”, in. *İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye*, Ed. Tanıl Bora, İletişim y., İstanbul, 2007, s. 55-69.

DAL, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, 2. bs. Bilim y., Ankara 1986.

DİNÇKOL, Bihterin, *Yönetilenlerin “Öz” Yönetimi- Kamuoyu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10, Güz 2006/2 İstanbul, s. 49-66. (Kamuoyu).

DOĞRU, Osman, *27 Mayıs Rejimi*, İmge Kitabevi y., Ankara 1998.

DURSUN, Davut, *Siyaset Bilimi*, 7. bası., Beta y., İstanbul 2014.

ERDAŞ, Sadık, “*Muhalefeti Yıldırma Aracı Olarak İstiklal Mahkemeleri Lütfi Fikri Bey’in Yargılanması Örneği*”, in. *İstiklal Mahkemeleri Sempozyumu (2015: Adıyaman)*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (AKDITYK) Atatürk Araştırma Merkezi y., Ankara 2016, s. 171-195.

ERDEM, Fazıl Hüsnü, “*Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi*”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, Y. 1998, s. 5-36.

ERDOĞAN, Mustafa, “*İfade Özgürlüğü ve Sınırları*”, in. *İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye*, Ed. Tanıl Bora, İletişim y., İstanbul 2007, (İfade Özgürlüğü), s. 19-38.

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 11. bs. Siyasal Kitabevi, Ankara 2014.

ERKAN, Hüsnü, “Çağdaş Toplumlarda İnsan Haklarının Etkinleştirilmesine Yönelik Toplumsal Politikalar”, in. Türkiye’de İnsan Haklarının Gelişimi Sempozyumu, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu y., İzmir 9 Eylül 1992, s. 51-59.

GEDİK, Ömer, *Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Seçkin y., Ankara 2008.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 6. bs., Legal y., İstanbul 2007.

GÖKÇE, Orhan, *Kamuoyu Kavramının Anlam ve Kapsamı*, Anadolu Üniversitesi İletişim Bilimleri Fakültesi Dergisi Kurgu, S. 14, Eskişehir 1996, s. 211-227.

GÖNLÜBOL, Mehmet “*Kamuoyu ve Dış Politika*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 4, Ankara 1968, s. 87-110.

GÖREN, Zafer, “*Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 12, S. 24, İstanbul Güz 2013, s. 31-60.

GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin y., Bursa 2017.

GÜRİZ, Adnan, “*İfade Hürriyetinin Sınırları*”, in. Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa y., İstanbul 1998, s. 82-96.

HACIKADİROĞLU, Vehbi, “*Bilginin Sağladığı Özgürlük*”, in. Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, Afa y., İstanbul 1998, s. 27-33.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 2, Ankara 2002, s. 17-40.

İLKİZ, Fikret, “*İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası*”, in. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İletişim y. İstanbul 2007. s. 207-221.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “*Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)*”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 15/1, TODAİE, Ankara 1993, s. 45-53.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi y., Diyarbakır 1989.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. bs., İmge Kitabevi y., İstanbul 2002, (Özgürlükler Hukuku).

KABOĞLU, İbrahim Özden, “*Bilim ve Sanat Özgürlüğü*”, in. İnsan Hakları, YKY y., İstanbul 2000, (Bilim ve Sanat Özgürlüğü), s. 121-134.

KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. bs., Seçkin y., Ankara 2009.

KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. bs. (Tıpkı bası), Yetkin y., Ankara 2013.

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 39. bs., BB101 y., Ankara 2015.

KARAGÖZ, Kasım, *İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2004.

KIŞLALI, Ahmet Taner, *Siyasal Sistemler: Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, 8. bs., İmge y., Ankara 2010.

KİLİ, Suna/ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Türk Anayasa Metinleri*, 3. bs., Türkiye İş Bankası Kültür y., İstanbul 2006.

KORKMAZ, Ömer, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin y., Ankara 2014.

KUÇURADİ, İoanna, “*Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?*”, in. Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, Afa y., İstanbul 1998, s. 17-26.

KURT TOPUZ, Senem, “*Hükümet Sistemleri ve Devlet Şekillerinin Ülkelerin Demokrasi Seviyeleri Üzerinde Yarattığı Farklılığın Tespiti Üzerine Bir Çalışma*”, Ege Akademik Bakış, C. 16, S. 3, Temmuz-2016, s. 461-476.

KUZU, Burhan, “*Düşünceleri Açıklama Hürriyeti*”, İnsan Hakları Yılığ, S. 17-18/1, TODAİE y., Ankara 1996, s. 33-59.

KÜÇÜK, Adnan, *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2003.

KÜZECİ, Elif, “*AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, in. TBB Dergisi, S. 71, Ankara 2007, s. 174-199.

LASKI, Harold J., *Düşünce Özgürlüğü*, Çev: Yücel Sayman, Dönem y., İstanbul 1966.

LINZ, Juan J., *Totaliter ve Otoriter Rejimler*, Çev: Ergun Özbudun, Siyasi İlimler Türk Derneği y., Ankara 1984 (?).

MAGID, Henry M., *Mill and the Problem of Freedom of Thought*, Social Research, Vol. 21, No. 1 (Spring 1954), in. <http://www.jstor.org/stable/pdf/40982370.pdf> (31.12.2017), s. 43-61.

METE, Ömer, *Anılarda Takrir-i Sükun Dönemi Uygulamaları (1925-1929)*, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

MILL, John Stuart, *Hürriyet Üstüne*, Çev: Mehmet Osman Dostel, Liberte y., Ankara 2004.

MUMCU, Ahmet/ KÜZECİ, Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 7. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

MURDOCH, Jim, *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 9. Maddesinin uygulanmasına dair kılavuz*, Çev. Defne Orhun, Avrupa Konseyi y., Belçika 2007, in. http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/dusunce.pdf (03.06.2016).

NAL, Sabahattin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, Ankara 2002, s. 66-93.

NALBANT, Atilla, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması I: Sözleşme ile Güvence Altına Alınan Haklar ve Özgürlükler”, Ünite 6, in. İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ed. Ayşe Işıl Karakaş/ İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi y., Ankara 2015, s. 92-114.

OKUMUŞ, Ali, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti*, Adalet y., Ankara 2007.

OKUR, Zeki, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu-ış; C. 8, S. 4, 2006, in . <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/842.pdf> (11.11.2016).

ÖKTEM, Niyazi, *Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi y., İstanbul 1977.

ÖZ, Esat, *Otoriterizm ve Siyaset Türkiye’de Tek Parti Rejimi ve Siyasal Katılma (1923-1945)*, Yetkin y., Ankara 1996.

ÖZBEY, Özcan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, AÜHFD, C. 62, S. 1, Ankara 2013, s. 93-146.

ÖZEK, Çetin “Kitlesel İletişim Özgürlükleri”, in. İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 153-178.

POST, Robert, *Participatory Democracy and Free Speech*, Virginia Law Review, Vol. 97, No. 3 (May 2011), in. <http://www.jstor.org/stable/pdf/41261516.pdf> (31.12.2017), s. 477-489.

SAĞLAM, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi yay, Ankara 1982.

SCHAUER, Frederick, *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2002.

SPITZ, David, *Antidemokratik Düşünce Şekilleri*, Milli Eğitim Bakanlığı y., İstanbul 1969.

SUNAY, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu y., Ankara 2001.

SUNGU, İhsan, “Tanzimat ve Yeni Osmanlılar”, in. Tanzimat 2, Milli Eğitim Bakanlığı y, İstanbul 1999, s. 777-857.

TANÖR, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, 2. bs., Beta y., İstanbul 1991, (İki Anayasa).

TANÖR, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, (1789-1980)*, YKY, 14. Bs. İstanbul 2006, (Osmanlı-Türk).

TANÖR, Bülent, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi y., İstanbul 1969, (Düşünce Hürriyeti).

TANÖR, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS y., İstanbul 1990, (İnsan Hakları).

TAŞDELEN, H. Musa, *Siyaset Sosyolojisi*, 4. bs., Kocav y., İstanbul 2015.

TEZİÇ, Erdoğan, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi y., Ankara 1990, s. 29-46.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasal Partiler*, C. 3 İttihat ve Terakki, Bir Çağın, Bir Kuşağın Bir Partinin Tarihi, İletişim y., 5. Bs., İstanbul 2011, (Siyasal Partiler).

TUNAYA, Tarık Zafer, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler [1876-1938]*, Cilt I, 2. bs. İstanbul Bilgi Üniversitesi y. İstanbul 2003, (Gelişmeler).

TURAN, Erol, “*Siyasal Katılma*”, in. Siyaset Sosyolojisi, Ed. Orhan Gökçe, Çizgi Kitabevi, Konya 2016, s. 197-208.

TURGUT, Nükhet, *Siyasal Muhalefet: Batı Demokrasileri- Sosyalist Ülkeler- Türkiye*, Birey ve Toplum Yayıncılık, Ankara 1984.

TÜMAY, Murat, *Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi*, Anayasa Yargısı 32, Anayasa Mahkemesi y., Ankara 2015, s. 355-378.

Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 11. bs., Ankara 2011.

UYGUN, Oktay, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması*”, in. Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. bs., On iki Levha y., İstanbul 2013, s. 127-197.

UYGUN, Oktay, “*Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi*”, in. Kamu Hukukçuları Platformu ‘Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları’ Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği yayını, Ankara Ocak 2011, s. 22-76.

ÜLKEN, Hilmi Ziya, “*Tanzimattan Sonra Fikir Hareketleri*”, in. Tanzimat 2, Milli Eğitim Bakanlığı y, İstanbul 1999, s.757-775.

ÜLKER, İbrahim, *İstiklal Mahkemelerinin Kuruluşu ve Çalışmaları*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2015 Konya, s. 177-200.

WEAKLIEM, David L., “*Kamuoyu, Siyasi Tutumlar ve İdeolojiler*”, Çev. Duygu Tanış, in. Thomas Janoski ve diğerleri, Siyaset Sosyolojisi, 2. bs, Phoenix y., Ankara 2013, 283-307.

YAĞMUR, Hüseyin, *Sosyal Medyanın Siyaset ve Kamuoyunu Yönlendirmedeki Rolü*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2015.

YALÇIN SANCAR, Türkan, “*Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde*”, in. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İletişim y., İstanbul 2007, s. 115-141.

YAVUZ, Bülent, “*Çoğulcu Demokrasi ve İnsan Hakları*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, Ankara, s. 283-302,

YILDIRIM, Mustafa, “Düşünce Özgürlüğü Üzerine”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1, Ankara 1999, s. 189-193.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 5. bs. Yetkin y., Ankara 1996.

YURDAKUL, Hasan, *Medya ve Siyaset Perspektifinden Kamuoyu*, Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi (AKAR), C. 1, S. 2, 2016, s. 81-90.

YÜKSEL, Erkan, “Kamuoyu Oluşturma” ve “Gündem Belirleme” Kavramları Nerede Kesişmekte, Nerede Ayrılmaktadır?, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Eskişehir 2007/1, s. 571-586.

İDARENİN TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİNİ ERTELEME/YASAKLAMA YETKİSİ VE BU YETKİNİN OLAĞANÜSTÜ HALLERDE KULLANIMININ SINIRLARI

*Arş. Gör. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU**

I. Giriş

Kişiler kendilerinde rahatsızlık meydana getiren güncel gelişmeler veya geçmişte yaşanmış olup da belirli zamanlarda anılması gereken olaylar karşısında tepkilerini ortaya koymak üzere bir araya gelirler ve toplulukları oluştururlar. Topluluklar tepkilerini ya meydan gibi bir yerde toplanarak ya da bir yerden bir yere yürürken gösterirler. Yani toplantı ve gösteri yürüyüşleriyle bu faaliyeti gerçekleştirirler. Kişiler bu surette kamuoyunun ve diğer muhataplarının ilgisini de çekmeye çalışırlar. Dolayısıyla özellikle görünür yerlerde bu etkinlikleri gerçekleştirmeye çalışırlar. Ancak etkinliklerin böyle yerlerde gerçekleştirilmesi kamu düzeninin bozulmasına ve kamu hizmetlerinin aksamasına yol açabilir. Nitekim idare bunlara genellikle müdahale eder. İdarenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale etmek üzere zaman zaman bu etkinlikleri erteleme ve yasaklama yoluna gider.

İdarenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisi Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda ve Olağanüstü Hal Kanunu'nda düzenlenmiştir. TGYK'da idareye bu yetki toplantılar bakımından açıkça tanınmış olmakla birlikte, gösteri yürüyüşleri bakımından açıkça tanınmamıştır. Ancak TGYK'nın 20'nci maddesinde idarenin gösteri yürüyüşleri hakkında da bu yetkilere başvurabileceği ortaya konulmuştur. Kanunun 20'nci maddesinin birinci fıkrasında gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi veya yasaklanması hakkında da bu Kanunun üçüncü ve dördüncü bölümlerindeki hükümlerin uygulanacağı öngörülmüş olup, Kanunun dördüncü bölümünde idarenin erteleme ve yasaklama yetkileri düzenlenmiştir. Dolayısıyla erteleme veya

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

yasaklamaya ilişkin hükümlerin toplantıların yanı sıra gösteri yürüyüşleri hakkında da geçerli olduğu öngörülmüştür.

II. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinin Tanımlanması ve Kapsamı

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri birden çok kişinin bir araya gelmesiyle gerçekleştirilen etkinliklerdir. Toplantı, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde gösterildiği üzere “birden çok kimsenin belirli amaçlarla bir araya gelmesi” demektir.¹ Kişilerin belirli amaçları onların ortak amaçları olup, ortak amaçları olmadan tesadüfen aynı yerde bulunma halleri toplantı olarak nitelendirilemez.²

Gösteri yürüyüşü, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “bir topluluğun duygularını dile getirmek için ana yollar ve alanlarda yürüyerek yapılan gösteri” olarak tanımlanmıştır.³ Gündelik hayatımızdan gözlemlenebileceği üzere gösteri yürüyüşleri de toplulukları ortak bir amaç etrafında bir araya getiren etkinliklerdir. Bu şekilde bir araya gelenler arasında aynı hedefe yönelmelerinden kaynaklanan bir bağ bulunmakta olup, gösteri yürüyüşleri sıradan bir araya gelme hallerinden daha yoğun bir birlikteliği ifade ederler.⁴

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tanımı TGYK’da yapılmıştır. Kanunda bu etkinliklerin “aynı amaçla gerçekleştirildiği” ortaya konulmak suretiyle toplantı ile gösteri yürüyüşü için neredeyse aynı tanıma yer verilmiştir. Kanunun 2’nci maddesinde toplantı “*belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantıları*” olarak ifade edilmiştir. Aynı maddede gösteri yürüyüşü de “*belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşleri*” olarak gösterilmiştir.

1 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b16820fa8b973.27623186, e.t: 5.6.2018.

2 Esra Atalay, *Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, İzmir, 1995, s. 4.

3 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b168095dfdca6.64943942, e.t: 5.6.2018.

4 İbrahim Ö. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989, s. 61.

Toplantılar ile gösteri yürüyüşleri birbirinden farklı etkinliklerdir. Düzenlenen etkinliklerden gözlemlenebileceği üzere toplantılar katılımcıların belli bir yerde toplandıkları ve toplandıkları yerde sloganlar atarak, döviz ve bayraklar taşıyarak, konuşmalar yaparak veya yalnızca sessiz kalarak tutum, görüş ve tepkilerini ortaya koydukları etkinliklerdir.⁵ Gösteri yürüyüşleri de benzer nitelikte eylemlerin gerçekleştirildiği etkinliklerdir. Ancak toplantılardan farklı olarak, gösteri yürüyüşlerinde etkinliğe katılanlar bir yerden bir yere doğru harekete geçmekte, hareket halindeyken tutum, görüş ve tepkilerini göstermektedir.⁶

Gösteri yürüyüşünün sonunda katılımcılar belli bir yerde toplanarak etkinliklerini burada devam ettirme yoluna gidebilmektedir. Ya da önce toplantı etkinliğini gerçekleştirip, daha sonra yürüyüşe geçebilmektedir. Böylece bu iki etkinlik birbirini takip edebilmektedir. Kişiler hareket halindeyken gerçekleştirdikleri gösteriler yürüyüş etkinliği iken, hareket halinde olmadıklarında toplantı etkinliğidir.⁷

Toplanma özgürlüğü hem toplantıları hem de gösteri yürüyüşlerini kapsamakta olup, her ikisini de kapsayan bir üst başlık olarak toplanma özgürlüğü ifadesi kullanılabilir.⁸ Toplanmalar çok sayıda kişinin

5 Toplantının tanımı için ayrıca bkz. Duygun Yarsuvat, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri*, İstanbul, 1968s. 34-35. Toplanma özgürlüğünün tanımı için ise bkz. İbrahim Özden Kaboğlu, *Dernek ve Toplantı Özgürlükleri*, *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, S. 14/1, 1992, s. 118.

6 Gösteri ve yürüyüş özgürlüğünün tanımı için ayrıca bkz. Kaboğlu, *Toplantı*, s. 119.

7 Yarsuvat, s. 41.

8 Berke Özenç, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, *İ.Ü.H.F.M.*, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 88. Toplantı ifadesi yerine “toplanma” ifadesinin kullanılmasının bu etkinliğin işlev ve amacına daha uygun olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, “Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hak ve Özgürlüklerine İlişkin Anayasada Yapılan Son Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, s. 37-44s. 40). Ayrıca toplanma özgürlüğü içeriği geniş bir serbesti olarak ele alınmakta ve içeriğine protesto gösterisi, basın açıklamaları, miting, oturma eylemi, işgal, susma, sergi, konser, fuar, seminer gibi etkinlikler dahil edilmektedir (Bkz. Ulaş Karan, “I. Oturum-Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve”, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014, s. 29).

katılımıyla gerçekleştirilirler.⁹ Toplanmadan söz edebilmek için kişiler bir yerde fiziki olarak bir arada bulunmalıdırlar;¹⁰ yani aynı yerde toplanmalıdırlar.¹¹ Toplanmalar alelade kalabalıkları ifade etmezler. Bu etkinliklere katılanlar rastgele bir araya gelmezler;¹² örgütlenmiş olmaları gerekir.¹³ Bir araya gelme organize şekilde gerçekleştirilir.¹⁴ Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşleri geçici nitelik arz ederler.¹⁵ Toplanmalar kişilerin geçici olarak bir arada buldukları etkinliklerdir.¹⁶ Etkinlik tamamlanınca katılanlar dağılırlar.

Bir etkinliğin toplantı veya gösteri yürüyüşü sayılabilmesinde etkinliğin ne kadar sürmesi gerektiği TGYK'da düzenlenmemiş, etkinliğin toplantı veya gösteri yürüyüşü olarak kabulünde süre kıstası göz önünde bulundurulmamıştır. Bu etkinliklerin kamu düzenini bozmadıkları, başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal etmedikleri müddetçe süre bakımından herhangi bir sınırının bulunmadığı, amaç

⁹ İlhan Akın, "Toplanma Özgürlüğü", *I.Ü.H.F.M.*, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 546; Kaboğlu, Kolektif, s. 62; Yarsuvat, s. 29.

¹⁰ Atalay, s. 6; Yasin Atalan, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında İdarenin Yetkileri* (Tez Danışmanı: Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 15.

¹¹ Atalay, s. 3.

¹² Cevat Geray, "Türkiye'de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi", *A.Ü.S.B.F Dergisi*, C. 14, S. 4, 1959, s. 103.

¹³ Akın, s. 546.

¹⁴ Yarsuvat, s. 43; Ömer Anayurt, *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul, 1998, s. 10. Yarsuvat kişilerin organizasyon dahilinde değil de kendiliğinden bir araya gelmelerini de bu kapsamda değerlendirmektedir (Bkz. Yarsuvat, s. 43). Önceden örgütlenmemekle birlikte fikirlerini paylaşmak ve bir gelişmeyi protesto etmek üzere bir araya gelen kimselerin de toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkında yararlandıkları, kişilerin teknolojinin sağladığı imkânlar sayesinde günler, haftalar önce düzenleme yapmaya gerek olmaksızın, kısa süreler içerisinde aynı amaç etrafında toplanarak tepkilerini gösterebilecekleri ortaya konulmakta, (Bkz. Atalan, s. 13) kişilerin önceden bildirimde bulunmaksızın, güncel bir gelişmeye verdikleri tepkinin sonucunda aniden bir araya gelmek suretiyle gerçekleştirdikleri etkinliklerin Anayasal güvence kapsamında yer aldığı ifade edilmektedir (Atalay, s. 53).

¹⁵ Geray, s. 103; Yarsuvat, s. 29; Kaboğlu, Kolektif, s. 81.

¹⁶ Akın, s. 546; Kaboğlu, Kolektif, s. 62; Anayurt, *Toplanma Hürriyeti*, s. 13; Atalay, s. 3.

gerçekleştirilinceye kadar sürdürülebilecekleri ifade edilmektedir.¹⁷ Yani günlerce veya aylarca ya da düzenli olarak belli aralıklarla, örneğin her hafta aynı gün ve saatte bu etkinliklerin gerçekleştirilebileceği anlatılmak istenmektedir. Uygulamada ise bu tür etkinlikler çok uzun sürmemekte, etkinliğin amacına uygun süre içerisinde tamamlanmaktadır.

Anayasada ve TGYK'da bir etkinliğin toplantı sayılabilmesi için birden çok kimsenin belli sayıda kimseler olmasının gerekip gerekmediği gösterilmemiştir. Yani bir etkinliği toplantı olarak kabul edebilmek için en az kaç kişinin bir araya gelmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TGYK'nın 9'uncu maddesinin birinci fıkrasında bu Kanuna göre yapılacak toplantıların en az yedi kişiden oluşan bir düzenleme kurulu tarafından düzenleneceğinin öngörülmüş olması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yediden az kişiden oluşamayacağı, aksi halde toplantı özgürlüğünden yararlanılamayacağı ifade edilmektedir.¹⁸

Anayasada ve TGYK'da açık yer-kapalı yer toplantılarının¹⁹ tanımı yapılmamış, bunlar için ayrı hükümlere yer verilmemiştir. Ancak bu yerlerin farklı özelliklerinden dolayı idarenin müdahale yetkisi değişebildiğinden ikisi arasındaki ayrımın değinmek gerekmektedir. Zira

17 Bkz. Atalan, s. 81-82.

18 Bkz. Ömer Anayurt, "Ankara ve Strasburg Pencerelerinden Toplanma Hakkına Farklı Bakışlar ve Çatışma Alanları", II. Oturum-Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin AİHM ve AYM İçtihadı, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014, s. 72. Atalay da TGYK'da yer alan bu düzenlemeden yola çıkarak TGYK kapsamında toplantıdan söz edebilmek için en az yedi kişinin bir araya gelmesi gerektiğini belirtmekte, ancak Anayasada sayı bakımından böyle bir sınırlamaya yer verilmeyişinden yola çıkarak sadece iki kişinin bir araya gelmesinin bile toplantı olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir (Bkz. Atalay, s. 4).

19 "Açık yer toplanmaları-kapalı yer toplanmaları" dışında bir de "genel toplantı-özel toplantı" ayrımı yapılmakta, bu kapsamda özel toplantıların dışarıyla bağlantısı olmayan bir yapıda yapıldığı belirtildikten sonra özel toplantıdan söz edebilmek için toplantının şu özelliklere sahip olması gerektiği ortaya konulmaktadır: Toplantının yapıldığı yapıya giriş ve çıkış kolaylıkla denetlenebilmeli. Katılanlar toplantıya çağrılmış (davet edilmiş) olmalı. Böyle bir toplantıya katılacaklar önceden adlarıyla bilinmeli. Herkes toplantıya çağrılmamalı (Bkz. Akın, s. 547; Geray, s. 104; Ayrıca bkz. Yarsuvat, s. 35-39). Özel amaçlı toplantılar zaten özel hayatın korunması kapsamında yer aldığından, toplantı hakkının sağladığı korumaya dahil bulunmamaktadır (Gökçen Alpkaya, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak", *A.Ü.S.B.F Dergisi*, C. 56, S. 3, 2001 s. 5).

müdahale edilmesi gerektiğinde açık yer toplantılarının kontrol altına alınması, yani toplantının düzen içinde gerçekleştirilmesi için tedbirlerin alınması ve gerektiğinde sona erdirilmesi kapalı yer toplantılarından daha zordur.²⁰ Açık yer toplanmalarının kapalı yer toplanmalarıyla kıyaslandığında kamu düzenini bozmaya daha elverişli etkinliklerdir.²¹

Açık yer toplantısı-kapalı yer toplantısı ayrımı etkinliğin gerçekleştirildiği yerin sahip olduğu özelliklerden yola çıkılarak yapılmaktadır.²² Açık yer toplantıları, “açık” ifadesinden anlaşılacağı üzere meydanlarda, bu faaliyetler için özel olarak oluşturulmuş geniş toplanma alanlarında gerçekleştirilen etkinliklerdir. Kapalı yer toplantıları ise, “kapalı” ifadesinden anlaşılacağı üzere spor salonu, düğün salonu, konferans salonu gibi üstü kapalı yerlerde yerine getirilen etkinliklerdir.

Açık yer toplanmaları, “açık hava toplanmaları” olup, ülkemizde daha çok “miting” olarak anılmakta, alenilik özelliği tam olduğundan bu etkinliklerde gerçekleştirilen faaliyetler herkes tarafından duyulabilmekte, görülebilmekte, bunlara herkes serbest şekilde katılabilmektedir.²³

İdarenin müdahalelerine konu olmaları bakımından basın açıklamalarına da değinmek gerekmektedir. Gerçekleştirilen eylemlerden gözlemlenebileceği üzere basın açıklamaları ya bir kalabalık önünde ya da yalnızca basın mensupları çağrılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Basın açıklamalarının TGYK kapsamında toplantıların özel bir görünüm şekli olarak kabul edilebileceği ifade edilmekte²⁴, böylece basın açıklamaları toplantılara benzerliği üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda halkın yazılı veya sözlü olarak davet edildiği toplantıların basın açıklaması sayılmayacağı, çok sayıda

20 Ali İşgören, *Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 80.

21 Anayurt, *Toplanma Hürriyeti*, s. 36.

22 Atalan, s. 24.

23 Anayurt, *Toplanma Hürriyeti*, s. 36.

24 Bkz. İşgören, s. 150.

katılımcıya ve bunlarla beraber basına yönelik açıklamaların TGYK kapsamında yer alacağı belirtilmektedir.²⁵

İçişleri Bakanlığı yayımladığı bir genelgede bir faaliyetin TGYK'ya göre toplantı sayılabilmesi için “halkı aydınlatmak” ve “kamuoyu yaratmak” unsurlarını bir arada içermesi gerektiği basın açıklaması faaliyetlerinde “halkı aydınlatmak” unsuru gerçekleşirken çoğu zaman “kamuoyu yaratmak” unsurunun gerçekleşmediği ifade edilmiş, basın açıklamasının taşınması gereken özellikler ortaya konulmuştur.²⁶

III- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinin Amacı

Egemenliğin millete ait olmasıyla ilişkilendirilen toplanma özgürlüğünü kullanan vatandaşlar gerek kişisel meselelerini gerekse de devlet yönetimine ilişkin meseleleri tartışmak ve görüşlerini açıklamak amaçlarıyla bir araya gelirler.²⁷ Bu meseleleri tartışıp, görüşlerini ortaya koyarak aydınlatma ve kamuoyu yaratma amaçlarına ulaşmaya çalışırlar. Zira TGYK'nın 2'nci maddesinde gösterildiği üzere belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsenmek üzere bu etkinliklere girişirler.

Kişiler toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek ve bunlara katılımı gerçekleştirmek suretiyle düşüncelerinin başkaları tarafından bilinmesini ve etkinliklerine konu durum veya faaliyetlerle ilgili karar alma

²⁵ Bkz. İşgören, s. 151. Basın açıklamaları ile ilgili olarak ayrıca bkz. Yusuf Çözeli, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Türkiye Örneği*, Ankara, 2016, s. 46-48.

²⁶ İçişleri Bakanlığının “Basın Açıklamaları” konu, 11.06.2004 tarihli, 2004/100 sayılı Genelgesine göre “...Sivil toplum örgütleri üyelerince ya da kişilerce “basın açıklaması” ve benzer adlar altında yapılacak faaliyetlerde; tüzel kişiler için yönetim ve denetim organlarının asil ve yedek üye tamsayılarının beş katını, gerçek kişiler için ise 2908 sayılı Dernekler Kanununda yönetim ve denetim organlarında öngörülen asgari asil ve yedek üye tamsayısının beş katını aşmayacak sayıda insanın açık havada, toplu veya ferdi olarak, araç trafiğini engellemeden, çevreye zarar vermeden, günlük hayatın doğal seyrini önemli ölçüde kesintiye uğratmadan ve şiddete başvurmadan, konusu suç teşkil etmemek koşulu ve megafon veya sınırlı alanda ses duyulmasını sağlayan cihazlar ile bir saati geçmemek üzere, düşünce ve görüşlerini açıklamanın konusu ile ilgili pankart-döviz açarak ve slogan atarak kamuoyuna duyurmaya çalışması, Anayasamızın 25 ve 26 ncı maddelerinde düzenlenen düşünce ve kanaat hürriyeti ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımı olarak değerlendirilerek, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamı dışında kabul edilecek ve güvenlik güçleri şahıs ve mal emniyeti ile kamu düzeninin korunmasını sağlayacaklardır...”

²⁷ Geray, s. 101.

mekanizmalarının harekete geçmesini isterler.²⁸ Böylece kamuoyu oluştururlar; toplumun belli bir mesele karşısında düşüncelerinin ne yönde olduğunu ortaya koyarlar.²⁹ Daha açık bir ifadeyle kişiler söz konusu meselelere ilişkin olarak *belli bir işi yürütmek, belli bir konuda görüş birliğine varmak, ortak yararı sağlamak, şu ya da bu düşünceyi açıklamak, değerlendirmek, yaymak, benimsetmek* isterler.³⁰

IV- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı Anayasanın 34'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anayasada bu hak, izin koşulu aranmaksızın herkese tanınmıştır. Anayasanın 34'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre *“herkes, önceden izin almadan, silahlı ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir”*.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, hakkın kullanımına yönelik etkinliğin organizasyonunun yapılmasını ve bu etkinliğe katılma haklarını sağlamaktadır.³¹ Anayasada katılma ifadesi kullanılmamakta birlikte düzenleme, etkinliğin gerçekleştirilmesine ve katılımın sağlanmasına yönelik bir faaliyet olduğundan ve katılım olmaksızın anlam ifade etmeyeceğinden toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, düzenleme ve katılma haklarını içermektedir. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin esasları ortaya koymak üzere çıkarılan 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda hakkın kullanımına ilişkin esaslara da yer verilmiştir. Çalışmamızda her iki hakkın kullanımını da içeren *“toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı”* ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Anayasada toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin hangi sebeplerle sınırlanabileceği gösterilmiş; sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğine vurgu yapılmıştır.³² Anayasanın 34'üncü maddesinin

²⁸ Nur Zeliha Kaman, “I. Oturum-Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve”, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014, s. 25.

²⁹ Yarsuvat, s. 27.

³⁰ Akın, s. 546.

³¹ Atalan, s. 30.

³² Düzenlemede toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kanunla sınırlanabileceği düzenlenmemiş olsaydı bile bunun kanunla yapılması gerekecekti. Zira Anayasanın

ikinci fıkrasına göre “toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir”.

Anayasada toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin esasların kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasanın 34’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında “toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir” denilmiş ve bunun gereği olarak 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu çıkarılmıştır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri önceden planlanmış etkinlikler olup, ortak amaç ya da amaçlarla bir araya gelmiş topluluklar eliyle gerçekleştirilen etkinlikler olduğundan kamu düzeni için daha tehlikeli görülmeye müsaittirler.³³ Zira kişiler topluluk içerisindeyken kendilerini daha güçlü hissedeceklerinden, tek başlanmayken yapmaya çekindikleri davranışları sergileyebilmektedir.³⁴ Kişilerin ruh halleri kalabalık içerisinde değişime uğramakta, kişiler topluluk ruhu hali olarak ifade edilen ruh hali içerisinde kişisel karar alma yetilerinden uzaklaşım kolayca tahrik edilebilmektedir.³⁵ Katılımcılar arasına etkinliğin amacından uzak kimseler karışabilecek ve bu kimseler toplantı ve gösteri yürüyüşünü amacından farklı bir yere doğru sürükleyebilmektedir.³⁶ Dolayısıyla idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale yetkisini kullanım biçimlerinden erteleme ve yasaklama yetkilerini ve bunun ölçüsünü bilmek gerekmektedir. Erteleme ve yasaklama idarenin belki kanunsuz toplantıları dağıtma yetkisiyle beraber en çok kullandığı yetkilendir.

13’üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür.

33 Anayurt, Toplanma Hürriyeti, s. 135. Yazar bu etkinliklerin daha tehlikeli olduklarına ilişkin kesin bir ifade kullanmaktadır (Bkz, Anayurt, Toplanma Hürriyeti, s. 135).

34 Öyle ki kalabalığın dışarıdan gelen etkilere kapalı hale geldiği, kalabalık içerisindekilerin adeta birbirlerini hipnotize ettikleri ve kendilerini kontrol etme yeteneklerini kaybettikleri ifade edilmektedir (Bkz. Momboisse, s. 12).

35 Yarsuvat, s. 28.

36 Anayurt, Toplanma Hürriyeti, s. 135.

V- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda Erteleme/Yasaklama Yetkisi

TGYK'nın 15, 16, 17 ve 19'uncu maddelerinde idareye toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisi verilmiştir. Düzenlemelerde İçişleri Bakanlığı, bölge valisi, vali ve kaymakam yetkili makam olarak öngörülmüştür.

Erteleme ve yasaklama yetkileri TGYK'da idarenin farklı ihtimaller karşısında kullanabileceği yetkiler olarak düzenlenmiştir. İdare erteleme ve yasaklama yetkilerini bazen kolluk kuvvetlerinin yetersizliğini, bazen de kamu düzeni ve milli güvenliğin korunması gibi gerekleri ileri sürerek kullanabilmektedir. Olağanüstü hallerde ise hangi sebeplere dayanarak bu yetkilere başvuracağı gösterilmemekle beraber idarenin sebepsiz yere değil, kamu düzeninin korunması kapsamında yer alan sebep ya da sebeplere dayanarak bu yetkileri kullanması gerekmektedir. Zira olağanüstü hal ilanı her ne kadar kamu düzeninin ileri düzeyde bozulma sebebine dayansa da idarenin her somut olayda tehlike veya bozukluğun varlığının ortaya koyması gerekmektedir.

İdareye toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme ve yasaklama yetkileri tanınmakla kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarını kamu düzeninin korunması için uygun bir zamanda kullanmaları sağlanmak istenmiştir. Böylece hakkın kullanımı tamamen ortadan kaldırılmamakla birlikte idareye bu hakkı sınırlama yetkisi tanınmıştır.

İdare toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını sınırlandırırken, yani erteleme/yasaklama yetkisini kullanırken sırf bu etkinliklerin başta ulaşım olmak üzere kamu hizmetlerinden yararlanmayı güçleştirici etkilerini esas alarak hareket etmemesi gerekmektedir. Zira toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kişilerin gündelik hayatlarında bazı aksaklıklara yol açması mümkün olup, bu durum söz konusu etkinliklerin doğasında bulunmaktadır.³⁷ AIHM'ye göre "...Kamuya açık bir yerde yapılan her türlü gösteri, günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabilecek ve düşmanca tepkilere yol açabilecek nitelikte olsa bile, bu

³⁷ Oktay Uygun, "Açılış Oturumu", *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014, s. 14.

durum, tek başına, toplantı özgürlüğünün ihlal edilmesini haklı göstermemektedir...”³⁸

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri nedeniyle trafik akışında güçlükler meydana gelmekte, yayalar ve araçlar her zaman kullandıkları güzergahları kullanamamakta, kolluk kuvvetlerinin yönlendirmesiyle alternatif güzergahları kullanmak zorunda kalabilmekte, gürültü seviyesi yükselmekte ve etkinliğin gerçekleştirildiği yerlerde ticari faaliyetler sekteye uğrayabilmektedir.³⁹ Böyle bir gerçeklik karşısında toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile kamu düzeni arasında dengenin kurulması gerekmektedir.⁴⁰ Bu, ölçülü olmanın bir gereğidir.

İdarenin erteleme ve yasaklama yetkilerini kanunda öngörülen koşullar oluşmadan, keyfi bir şekilde kullanması halinde kullanılan yetki adeta izin yetkisine dönüşmekte, fiili bir durum oluşmaktadır.⁴¹ Zira etkinliği düzenleyenler büyük çaplı ve maliyetli bir işe başlamadan önce, erteleme veya yasaklama yetkisini kullanma yetkisine sahip olan mülki amirlerin niyetlerini öğrenmek istemektedir.⁴² Yani düzenleyiciler idarenin gerçekleştirmek istedikleri etkinlik hakkında erteleme veya yasaklama kararı alınıp alınmayacağını anlamaya çalışmakta, ancak idarenin erteleme veya yasaklama kararı almayacağını öğrenmeleri halinde etkinliği gerçekleştirmek üzere harekete geçebilmektedir.

Kişiler toplantı ve gösteri yürüyüşlerini genellikle güncel bir olaya tepki göstermek veya geçmişte yaşanan bir olayı anmak için gerçekleştirmektedir. İdarenin erteleme/yasaklama kararı alması gerçekleştirilmek istenen etkinliğin kamuoyunu ve siyasi makamları etkileme gücünü zayıflatmakta veya ortadan kaldırılmaktadır. Öyle ki çok ileri bir tarihe ertelenmeleri nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşleriyle zamanında tepki gösterilememesinin toplantı ve gösteri

38 AİHM, Akarsubaşı-Türkiye, 70396/11, 21.07.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Ayrıca bkz. AİHM, Akgöl ve Göl-Türkiye, 28495/06, 28516/06, 17.05.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; AİHM, Serkan Yılmaz ve Diğerleri-Türkiye, 25499/04, 13.10.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

39 Uygun, Çalıştay, s. 14.

40 Kaboğlu, Toplantı, s. 128; İşgören, s. 128.

41 Uygun, Çalıştay, s. 11.

42 Uygun, Çalıştay, s. 11.

yürüyüşü hakkının hiç kullanılmamasından farksız olduğu ifade edilmektedir.⁴³

İdarenin aldığı karara karşı yargı yoluna gidilse bile yargısal kararın ortaya çıkmasının uzun sürecektir olması, bu arada erteleme konusu etkinliğin güncelliğini yitirmesi karşısında yürütmenin durdurulması talebi üzerine yargı yerlerinin kısa bir süre içerisinde karar vereceğinin düzenlenebileceği ifade edilmektedir.⁴⁴

A. Tüm Etkinlikleri Erteleme/ Yasaklama Yetkisi

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tamamını erteleme yetkisi TGYK'nın 19'uncu maddesinde düzenlenmiş ve erteleme yetkisi bölge valisine, yasaklama yetkisi ise valiye verilmiştir. TGYK'nın 19'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre *“bölge valisi, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya birkaçında ya da bir ilin bir veya birkaç ilçesinde bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere erteleyebilir. Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike⁴⁵ mevcut olması hâlinde; ile bağlı ilçelerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere yasaklayabilir”*

İdareye toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisi veren bu düzenlemeyi değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre bölge valisinin bir ayı geçmemek üzere erteleme yetkisi ile valinin bir ayı geçmemek üzere yasaklama yetkisi aslında aynı yetkililerdir. Her ne kadar valiye tanınan yetki yasaklama olarak ifade edilse de aslında bir aya kadar kullanılabilir erteleme yetkisi söz konusudur. Erteleme, süresi belirli olan yasaklamadır. Erteleme süresi içerisinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımı yasak edilmektedir.

⁴³ Bkz. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Baskı, 1987, s. 228.

⁴⁴ Bkz. Ülkü Azrak, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu”, *Anayasa ve Uyum Yasaları Açık Oturum Tutanaqları* (13-14 Aralık 2002), 2003, s. 246.

⁴⁵ Düzenlemede bahsi geçen ve açık ve yakın tehlike teşkil eden suç işlenmesinden toplantı veya gösteri yürüyüşünü düzenleyecek ya da bu etkinliklere katılacak olanların böyle bir tehlike oluşturmalarının anlaşılması gerektiği, etkinlikten rahatsız olacakların katılanlara yönelik suç işleme tehlikesinin bu kapsamda olmadığı ifade edilmektedir (Bkz. Atalan, s. 152).

Türk idari yapılanmasında bölge valiliği teşkilatı mevcut olmadığından TGYK'nın 19'uncu maddesi kapsamında bölge valisinin bir ayı geçmemek üzere toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme yetkisini ayrıntılı olarak değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Ancak valinin bir ayı geçmemek üzere toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleyebilecek olması üzerinde durulması gerekmektedir. Valiye böylesine sınırlayıcı bir yetkinin tanınması dikkat çekicidir.

Kaymakamlara TGYK'nın 19'uncu maddesinde ilçede bütün toplantıları erteleme veya yasaklama yetkisi verilmemiştir. Bu yetkileri yalnızca vali kullanabilecektir. Yani ilçede bütün toplantı ve gösteri yürüyüşleri ancak vali tarafından ertelenebilecektir. Kaymakam toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını gerektiren hallerle karşılaştığında durumu valiye bildirecek, gereken kararı vali verecek; kaymakam da bu kararı uygulayacaktır. Zira İl İdaresi Kanunu'nun 31'nci maddesinde öngörüldüğü üzere kaymakamlar ilçenin işleri hakkında bağlı buldukları valilerle yazışacak ve valinin emir ve talimatlarını yerine getirecektir.

Danıştay idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme yetkisini kullanırken erteleme sebeplerinin gerçekleştiğinin tespitinde idarenin kolay karar veremeyeceğini, katı bir değerlendirme esası benimsemesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Danıştay'a göre "*...Toplantının düzenlenmesi halinde, amacın gerçekleştirilmesi (örneğin, kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi) imkânsız hale gelecek ise, erteleme veya yasaklamanın zorunluluğundan bahsedilebilecektir...*"⁴⁶

Vali, alabileceği daha hafif tedbirlerin yetersiz kalacağını öngörmesi halinde TGYK'nın 19'uncu maddesi kapsamında toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklama yetkisini kullanacaktır. Aksi takdirde yasaklama yetkisini kullanımı ölçülülük ilkesini ihlal etmesi anlamına gelecektir. Danıştay'a göre "*...toplantının ertelenmesi ile istenilen amaca ulaşılabilmesi hallerde, yasaklama yoluna gidilmesi, ölçülülük ilkesine ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir...*"⁴⁷

Keyfi kullanımların önüne geçilmesi adına valinin yasaklama kararında TGYK'nın 19'uncu maddesinde soyut sebepler olarak

⁴⁶ D.10.D, 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁷ D.10.D, 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

gösterilen kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebepleri somutlaştırması gerekmektedir. Yani vali yasaklama kararında kanunda yer alan soyut sebep/sebepleri aynen yazmakla yetinmemelidir. Örneğin terör saldırısı gerçekleştirilebileceğine ilişkin bilgilerin alındığı gerekçe gösterilerek bu yetkinin kullanıldığının ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim TGYK'nın 19'uncu maddesinde valiye bütün toplantıları yasaklama yetkisi verilirken saydığımız soyut sebeplerle yetinmeden ayrıca "suç işleneceğine dair yakın tehlikenin" varlığını ortaya koyma yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece yasaklama sebep ya da sebeplerinin biraz da olsa somutlaştırılması istenmiştir.

TGYK'nın 19'uncu maddesinde öngörüldüğü üzere yasaklama sebebi olarak ayrıca var olması gereken suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikeden gerek toplantı ve gösteri yürüyüşü etkinliğini düzenlemek isteyenlerin gerekse de dışarıdan gerçekleştirilebilecek saldırıların yakın zamanda gerçekleştirilebileceğine ilişkin fazlaca soruşturulmaya gerek bulunmayan, açıkça ortada olan emarelerin varlığı anlaşılmalıdır.

TGYK'nın 19'uncu maddesi kapsamında valinin toplantı ve gösteri yürüyüşlerini bir aya kadar yasaklamasına, yani erteleme yetkisini kullanmasına sebep olan suçtan her türlü suçu değil, kamu düzenini ciddi şekilde sarsacak suçları anlamak gerekmektedir. Yoksa örneğin kalabalık içerisinde hırsızlık veya hakaret suçunun işleneceğinin açık ve yakın olması bu etkinliklerin yasaklanmasına sebep olacak tehlikeler olarak görülmemelidir.

Valinin TGYK'nın 19'uncu maddesi kapsamında bütün toplantı veya gösteri yürüyüşlerini yasaklama yetkisi bir aya kadardır. Gerekli müdahalelerle erteleme sebebini bir aydan daha kısa bir sürede, örneğin bir hafta veya on gün içerisinde ortadan kaldırılması mümkünse ya da erteleme sebebi bir aydan daha kısa bir süre içerisinde kendiliğinden ortadan kalkmışsa yahut erteleme sebebi büsbütün ortadan kalkmamakla birlikte alınacak tedbirlerle gerekli koruma sağlanabiliyorsa, daha uzun süreli yasaklama kararı alınamaz. Sebep ya da sebepler son bulunca erteleme kararı kaldırılmalıdır.

B. Etkinliklerin Bir Kısmını Erteleme Yetkisi

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin bir kısmını erteleme yetkisi TGYK'nın 15 ve 16'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. 15'inci maddede

bu yetki valiye, 16'ncı maddede ise çeşitli ihtimaller dahilinde bölge valisine ve İçişleri Bakanına verilmiştir.

TGYK'nın 15'inci maddesine göre *“bir il sınırı içinde aynı günde birden çok toplantı yapılmak istenmesi halinde vali, emrindeki güvenlik kuvvetlerinin ve gerektiğinde yararlanabileceği diğer güçlerin bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamaya yeterli olmadığı kanısına varırsa, toplantılardan bir kısmını on günü aşmamak üzere bir kez erteleyebilir. Bu ertelemede müracaat önceliği göz önünde bulundurulur”*

TGYK'nın 15'inci maddesini değerlendirdiğimizde toplantıların tümünü bir aya kadar yasaklama yetkisinde olduğu gibi bir kısmını erteleme yetkisinin de kaymakama tanınmadığını görmekteyiz. İlçede kaymakamın böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. TGYK'nın 15'inci maddesinde, 19'uncu maddesinde olduğu gibi kaymakam bu yetkiyi kullanacak makamlar arasında sayılmamıştır. O halde kaymakam böyle bir ihtimalde 19'uncu madde kapsamında yasaklama yetkisinin kullanılma sebep ya da sebeplerinin ortaya çıkmasında olduğu gibi amiri konumunda bulunan valiye durumu bildirecek, güvenlik kuvvetlerinin ve yararlanabileceği diğer kuvvetlerin yetersiz kalacağına kanaat getirmesi halinde erteleme kararı vali verecektir.

TGYK'nın 15'inci maddesi gereğince vali erteleme kararı vermeden önce yalnızca emri altındaki kuvvetlerin, yani polis ve jandarmanın toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin güvenliğini sağlamadaki yeterliliğine bakmayacak, aynı zamanda gerektiğinde başvurabileceği diğer kuvvetlerin durumunu da göz önünde bulunduracaktır. Düzenlemede valinin emrindeki güvenlik kuvvetlerinin yanı sıra gerektiğinde yararlanabileceği diğer güçlerin de toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamaya yeterli olup olmadığını göz önünde bulunduracağı ortaya konulmuştur.

Valinin TGYK'nın 15'inci maddesi kapsamında gerektiğinde yararlanabileceği diğer güçler, İl İdaresi Kanununun 11'inci maddesinin (D) fıkrası gereğince yardımına başvurabileceği güçlerdir. Nitekim İl İdaresi Kanununun 11'inci maddesinin (D) fıkrasında toplantı ve gösteri yürüyüşlerini de içerebilecek şekilde valilerin ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri, aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden

yararlanmak amacıyla, İçişleri Bakanlığından ve gerekirse Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dahil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müracaat ederek yardım isteyecekleri, valinin yaptığı yardım isteminin geciktirilmeksizin yerine getirileceği öngörülmüştür.

TGYK'nın 15'inci maddesi kapsamında vali emrindeki güvenlik kuvvetlerinin ve gerektiğinde yararlanabileceği diğer kuvvetlerin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin güvenlik içinde yapılmasını sağlamaya yeterli olmadığı kanısına varırsa bütün toplantıları ertelemeyecektir. Zira düzenlemede valinin toplantılardan bir kısmını erteleyebileceği öngörülmüştür. Vali emri altında bulunan kolluk kuvvetleriyle veya yararlanabileceği diğer kuvvetlerle güvenliğini sağlayabileceği toplantıları ertelemeyecek, bunun dışındakileri erteleyecektir. Örneğin aynı gün içinde iki toplantı veya gösteri yürüyüşü gerçekleştirilmek isteniyorsa bunlardan birini erteleme yoluna gidebilecektir. Tek bir toplantı veya gösteri yürüyüşü söz konusuysa vali bu gerekçeyle erteleme kararı veremeyecektir.

Ertelemenin toplantı veya gösteri yürüyüşünün güvenliğini sağlayacak kuvvetlerin sağlanması veya araçların temin edilmesi için gerekli olan süreden uzun olmaması gerekmektedir.⁴⁸ O halde vali en fazla on gün olarak belirleyebileceği erteleme süresi içerisinde güvenliğini sağlamaya yönelik personel eksikliğini giderecektir. Vali on günden daha kısa sürede bu eksikliği giderebiliyorsa bu etkinlikleri daha uzun süreyle ertelemeyecektir. Aksi halde ölçsüz bir işlem tesis etmiş olacaktır. Düzenlemede valinin bu gerekçeyle erteleme yetkisini bir kez kullanabileceği öngörüldüğünden erteleme süresinin sonunda vali toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yeniden aynı gerekçeyle erteleyemeyecektir.

TGYK'nın 15'inci maddesi kapsamında vali erteleyeceği toplantı ve gösteri yürüyüşlerini belirlerken bunların müracaat önceliklerini, yani bildirim tarihlerini dikkate alacaktır. Düzenlemede ertelemeye müracaat önceliğinin göz önünde bulundurulacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla vali daha eski bildirim tarihli toplantı ve gösteri yürüyüşlerini ertelemeyip, daha sonraki tarihlerde bildirilenleri erteleyebilecektir. Çünkü vali daha eski tarihlerde bildirilen etkinlikler için gerekli önlemleri almış olabilecektir. Ayrıca vali bildirim tarihini esas alırken daha önce

48 Atalay, s. 102.

ertelemiş olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşlerini dikkate alacak, bunları yeniden ertelemeyecektir. Zira 15'inci madde gereğince vali bir toplantı veya gösteri yürüyüşü bakımından bu yetkisini sadece bir kez kullanabilecektir.

Kanaatimizce vali TGYK'nın 15'inci maddesi kapsamında birden fazla toplantı ve gösteri yürüyüşünden bazılarını ertelerken her zaman bildirim tarihini esas almak zorunda değildir. Kanunla belirlenen bu esas idare bakımından zorunluluk teşkil etmemektedir. Düzenlemede yalnızca valinin bu hususu göz önünde bulunduracağı öngörülmüştür. Dolayısıyla vali bildirim tarihinden daha önemli esaslara göre karar verebilecektir. Vali bu kapsamda kamu düzeni için daha fazla tehlike oluşturduğundan daha fazla güvenlik kuvvetinin mevcudiyetini gerektiren önceki bildirim tarihli toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleyip, ileri tarihli olanlara müdahale etmeyebilecektir. Vali ayrıca farklı bildirim tarihli toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden belli bir tarihte, örneğin bir olayın yıl dönümünde veya güncel bir gelişmeye tepki olarak düzenlenenlere öncelik tanıyıp, bunları ertelemekten kaçınabilecektir.

TGYK'nın 15'inci maddesinde valiye erteleme yetkisi aynı gün içinde gerçekleştirilmek istenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından tanınmıştır. Dolayısıyla vali birbirine yakın takın tarihlerde, örneğin birbirini takip eden günlerde düzenlenmek istenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerini güvenlik kuvvetlerinin yetersizliğini ileri sürerek erteleyemeyecektir.

Valinin erteleme yetkisi toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin aynı günde gerçekleştirilmek istenmesi halinde katılımcıların bu haktan güven içinde yararlanmalarını sağlamaya yöneliktir. Vali böyle bir yetkiye aniden ortaya çıkan gelişmeler üzerine, aynı günde özellikle karşıt grupların gerçekleştirmek isteyeceği etkinliklerinin güvenliğini sağlamada ihtiyaç duyabilecektir. Ancak her yıl aynı günde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından valinin gerekli önlemleri önceden alması gerekeceğinden böyle bir ihtimalde erteleme yetkisini kullanımı hukuka aykırı olabilecektir. Ayrıca vali güvenlik kuvvetleri veya başvurabileceği diğer kuvvetlerle toplantı ve gösteri yürüyüşünün güvenliğini sağlayabildiği halde bu etkinlikleri erteliyorsa kararının hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir.

Mülga 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkındaki Kanuna 1932 sayılı Kanunun dördüncü maddesiyle eklenen, "toplantının geri bırakılması" başlıklı onuncu maddeyle de valiye toplantıların bir

kısmını erteleme yetkisi verilmişti.⁴⁹ Düzenleme, TGYK'da (m.15) valiye toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin bir kısmını güvenlik kuvvetlerinin yetersizliği sebebiyle erteleme yetkisi veren düzenlemeyle aynıydı. Bu düzenlemede TGYK (m.15)'da yer alan düzenlemeden farklı olarak sadece ertelemeye müracaat önceliğinin göz önünde bulundurulacağı hususu yer almamaktaydı. Bahsi geçen düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti. Mahkeme iptal kararı verirken bu düzenlemeyle valinin varsayımına dayalı olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleyebileceğini, hâlbuki toplantı ve gösteri yürüyüşlerini ertelemek yerine gerekli önlemleri alması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca karşıt bir grubun sırf diğer grubun etkinliğini erteletmek amacıyla, kasıtlı olarak aynı günde etkinlik düzenleme yoluna gidebileceğini ortaya koymak istemiştir.⁵⁰

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesinin valiye aynı günde gerçekleştirilmek istenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden bir kısmını

49 Düzenleme şöyleydi: “Bir il sınırları içinde aynı günde birden çok toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılmak istenmesi halinde vali, emrindeki zabıta kuvvetleri ve gerektiğinde yararlanabileceği güçlerin bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamağa yeterli olmadığı kanaatine vardığı takdirde bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden bir kısmını 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere erteleyebilir” (m.10/3).

50 Karar şöyledir: “...Fıkra hükmüne göre vali erteleme yetkisini, toplantı ve gösteri yürüyüşleri başlamadan önce ve kanaatine göre kullanacaktır. (Çünkü Toplantı ve gösteri yürüyüşü başladıktan sonra bu yetkinin kullanılması, bir erteleme değil, o toplantı ve yürüyüşün dağıtılması niteliğinde olur.) Böyle olunca, Yasa ile Valiye tanınan erteleme yetkisinin ve bu yetkinin kullanılmasının dayanağını bir varsayım oluşturmaktadır. Oysa Vali, bu gibi hallerde her şeyden önce emrindeki kuvvetlerle gerekli önleyici kolluk tedbirleri almak, toplantıların ve yürüyüşlerin güvenlik içinde yapılmasını sağlamakla görevli ve yükümlüdür. Şayet sükûn ve düzen bozucu olayların çıkması olasılığı var ise, ya da olaylar çıkmışsa, toplum polisinden, gerektiğinde askeri güçlerden yararlanmak olanağı da bulunduğu göre, bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin güvenlik içinde yapılmasını sağlamak artık bir sorun olmaktan çıkar... Burada, üçüncü fıkranın neden olabileceği bir duruma da değinmek gerekir. O da, fıkra hükmünün, uygulamada kimi tertiplere olanak sağlayabilecek bir nitelik taşımasıdır. Şöyle ki, karşıt bir kuruluşa toplantı ve gösteri yürüyüşü için, başvurmasını sağlayan bir ortamın gelişmesi beklenerek, belli bir kuruluşun bu konuda daha önce yaptığı başvurmanın erelenmesi yoluna gidilebilir...fıkra hükmü; kişisel anlayış ve takdire dayanan uygulamalara olanak vermekte, bu temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyebilecek nitelik taşımaktadır, ayrıca...toplantı ve gösteri yürüyüşü hak ve özgürlüğünün özüne dokunmaktadır...” (AYM, 18 ve 22.11.1976, E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

erteleme yetkisi veren, 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkındaki Kanunun 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan bu düzenlemeyi iptal etmesine rağmen TGYK'nın 15'inci maddesinde aynı düzenlemeye yer verilmiştir.

TGYK'da idareye erteleme yetkisi veren bir düzenleme de 16'ncı maddede yer almaktadır.⁵¹ Düzenlemeye göre toplantı veya gösteri yürüyüşünün güvenli bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla yetkili makam olarak bölge valisi veya İçişleri Bakanlığından takviye kuvvet istenilmesi fakat yetkili makamın gerekli yardımı yapamadığı hallerde bu makam toplantı veya gösteri yürüyüşlerini erteleyebilmektedir. Böylece TGYK'nın 15'inci maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak erteleme yetkisini ilde güvenliği sağlamakla görevli vali değil, bölge valisi veya İçişleri Bakanı kullanılmaktadır.

Mülga 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkındaki Kanuna 1932 sayılı Kanunun dördüncü maddesiyle eklenen, toplantının geri bırakılması başlıklı onuncu maddeyle İçişleri Bakanına erteleme yetkisi verilmişti.⁵² Ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından İçişleri Bakanlığı'nın kanunlarla verilen yetkiler doğrultusunda yardım taleplerini karşılayabileceği, erteleme varsayımına dayanacağı, erteleme hangi ölçütlere göre yapılacağını ortaya konulmadığı ve

51 TGYK'ya göre *“a) Bir bölge valiliğine bağlı illerden; birden çok ilde aynı günde toplantı yapmak için bildirim verilmesi üzerine, toplantı güvenliğini sağlamak amacıyla ilgili valilerce bölge valiliğinden takviye istenmesi halinde, bölge valisi bu isteklerin karşılanamayacağı kanısına varırsa, takviye gönderilemeyen illerdeki toplantılar on günü aşmamak üzere bölge valiliğince bir kez ertelenebilir. b) Aynı günde birden çok bölge valiliğine bağlı illerde toplantı yapmak için bildirim verilmesi üzerine, toplantı güvenliğini sağlamak amacıyla ilgili bölge valilerince İçişleri Bakanlığından takviye istenmesi halinde, İçişleri Bakanlığı bu isteklerin karşılanamayacağı kanısına, varırsa, takviye gönderilemeyen bölge valiliğine bağlı illerdeki toplantılar on günü aşmamak üzere İçişleri Bakanlığı'nca bir kez ertelenebilir. Ertelemede müracaat önceliği göz önünde bulundurulur”* (m.16).

52 Düzenleme şu şekildeydi: *“Aynı günde birden ziyade ilde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılmak istenip de toplantı güvenliğini sağlamak üzere, ilgili valilerce İçişleri Bakanlığından takviye istenmesi halinde bu isteğin Bakanlıkça karşılanamayacağı kanaatine varılması halinde de bir kısım illerdeki toplantıların yapılmasını 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere ertelemeye İçişleri Bakanlığı yetkilidir”* (m.10/4).

yardım talepleri karşısında etkinlikler hakkında erteleme kararı verilirken keyfi uygulamalara sebep olunabileceği gerekçeleriyle iptal edilmişti.⁵³

C. Belirli Bir Etkinliği Erteleme/Yasaklama Yetkisi

İdare toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tamamını veya bir kısmını değil, sadece belirli bir toplantıyı erteleme yoluna gidebilir. İdarenin bu yetkisi TGYK'nın 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Erteleme yetkisine yer veren diğer düzenlemelerden farklı olarak bölge valisi ve valinin yanı sıra kaymakamın da erteleme yetkisini kullanabileceği öngörülmüş, söz konusu makamların millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla “belirli bir toplantıyı” bir ayı aşmamak üzere erteleyebileceği veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabileceği hüküm altına alınmıştır.

18'inci maddenin birinci fıkrasında bölge valisi, vali veya kaymakamlarca ertelenen veya yasaklanan veya İçişleri Bakanlığı tarafından ertelenen toplantılara ilişkin gerekçeli erteleme veya yasaklama kararının toplantının başlama saatinden en az yirmidört saat önce bir yazı ile düzenleme kurulu başkanına veya bulunmadığı takdirde üyelerden birine tebliğ edileceği öngörülmüş, ikinci fıkrada da bölge valisi, vali ve kaymakam tarafından belirli bir toplantının ertelenmesinde ve yasaklanmasında en az yirmidört saat önce tebliğ şartı aranmayacağı hallerin yönetmelikte⁵⁴ gösterileceği öngörülmüştür. Kanunla tespit edilebilecek bu halleri tespit yetkisinin idareye verilmesi

53 Anayasa Mahkemesine göre “...Çeşitli yasalarla sağlanan...olanaklar karşısında, toplantı ve gösteri yürüyüşleri güvenliğinin sağlanması, İçişleri Bakanlığı için de artık bir sorun olmamalıdır...Fıkra hükmüne göre İçişleri Bakanlığı erteleme yetkisini, toplantı ve gösteri yürüyüşleri başlamadan ve takviye isteğinin karşılanamayacağı kanaatine varmak suretiyle kullanacaktır. Böyle bir davranış da ertelenmeyi.... yine varsayıma dayandırmak olur. Öte yandan fıkra hükmü, valilerin takviye isteklerinden hangilerinin kabul edilmeyeceği ve dolayısıyla hangi illerdeki toplantıların erteleneceği yönünü de bakanlığın takdirine bırakmaktadır. Başka bir deyimle, bu ertelemelerin; hangi illerde, hangi ölçü ve esaslara göre yapılacağı hakkında fıkra da bir açıklık bulunmamaktadır. Bunun da, keyfi uygulamalara neden olabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir...”

54 Bkz. Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, m. 23.

Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁵⁵

İdarenin TGYK'nın 17'nci maddesi kapsamında belirli bir toplantıyı erteleme veya yasaklama yetkisini kullanırken daha dikkatli davranması gerekecektir. Zira gerçekleştirilmek istenen birden fazla etkinliğin güvenliğinin sağlanmasında kolluk kuvvetlerinin yetersizliği erteleme için makul bir sebep olarak ileri sürülebilecekken idarenin elinde yeterli kolluk kuvveti olduğu halde sadece bir etkinliği erteleme kararı aldığı anda bu kararını sağlam gerekçelere dayandırması beklenenecektir. Zira idarenin gerekli önlemleri alarak, erteleme kararı almasına gerek kalmaksızın toplantı veya gösteri yürüyüşünün gerçekleşmesini sağlayabileceği akla gelecektir.

İdarenin TGYK'nın 17'nci maddesi kapsamında suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike üzerine toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklaması halinde bu etkinlikler yasaklama süresince gerçekleştirilemeyecektir. Kanunda en fazla ne kadar olacağı gösterilmemekle beraber yasaklama süresiz olmayacaktır. Yetkili makam toplantı ve gösteri yürüyüşlerini tamamen yasaklayamayacaktır. İdare ancak suç teşkil eden faaliyetleri için tamamen yasaklayabilecek olup, suç teşkil etmeyen faaliyetleri tamamen yasaklama yetkisi bulunmaz.⁵⁶ İdarenin süre sınırı olmayan, soyut şekilde yasaklama yetkisi yoktur.⁵⁷ Buna göre idarenin yasaklama yetkisi süresiz olmayıp, yasaklama kararında süre gösterilmelidir. Tehlikenin ağırlığına göre yasaklamanın ne kadar süreceğine idare karar verecektir. Yasaklama sebebi ortadan kalktığı anda idare bu kararı kaldıracaktır. Yasaklama sebebi sona erdiği halde tedbir devam ettirildiği takdirde işlem hukuka aykırı olacaktır.

Yasaklama, geçiciliği bakımından erteleme gibi sonuç doğursa da ertelemeden daha ağır bir karardır. Zira ertelemede, erteleme süresi kanunla tespit edilmiş olmakla beraber yasaklamada bu süreyi idare belirleyecektir. Danıştay da vermiş olduğu bir kararda yasaklamanın ertelemeden daha ağır bir karar olduğunu, idarenin etkinliği erteleyebilecekken yasaklamasını, kararda açıkça yazmasa da ölçülülük ilkesine aykırı bir karar olarak görmüştür. Karar şöyledir:

⁵⁵ Atalay, s. 122.

⁵⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 304; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2012, s. 651.

⁵⁷ Anayurt, Toplanma Hürriyeti, s. 175.

"...Uyuşmazlığa konu olayda; her ne kadar, "1. Marmaris Demokrasi ve Kültür Şenliği Netekim Festival" adlı etkinlikle ilgili olarak bir takım siyasi parti ve sivil toplum örgütlerinin karşıt görüşlerinin basın-yayın organlarında yer alması nedeniyle söz konusu etkinliğin gerçekleşmesi halinde iki karşıt grubun karşılaşmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; söz konusu etkinliğin düzenlenmesi halinde suç işleneceğine dair açık, somut ve yakın tehlike bulunduğu ortaya konulamamıştır...Dolayısıyla, açık, somut ve yakın tehlikeden bahsedilemeyen dava konusu olaydaki durum, ancak bir erteleme sebebi teşkil edebileceğinden; ayrıca erteleme müessesesinin işletilmesi halinde toplantı düzenleme hak ve özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın yasal amaca ulaşılabileceğinden, etkinliğin yasaklanması yoluna başvurulmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır..."⁵⁸

İdarenin belirli bir toplantıyı uzun süreli olacak şekilde erteleme/yasak etmesi idare bakımından makul bir gerekçe olarak ileri sürülemeyecektir. Bu kabul edilemez durum özellikle suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike arz eden, dolayısıyla çok daha somut hale gelen tehlike hali bakımından geçerlidir. İdareye düşen böyle bir gerekçeyi ileri sürmek değil, tehlikeye son vermektir. Bu, idarenin görevidir. İdarenin bir toplantı veya gösteri yürüyüşünü uzun süreyle erteleme ancak milli güvenlik sorunu haline gelen tehlike hallerinde, olağanüstü yönetim biçimlerinden birisine geçildiği hallerde kabul edilebilir.

İdare TGYK'nın 17'nci maddesinde öngörülen belirli bir toplantı veya gösteri yürüyüşünü erteleme veya yasaklama yetkisini birden fazla toplantı veya gösteri yürüyüşü için kullanabilecektir. Zira idareye birden fazla toplantı veya gösteri yürüyüşü bildirildiğinde bunlardan her biri belirli toplantı ve gösteri yürüyüşü haline gelecektir. O halde idare kendisine bildirilen bütün toplantı veya gösteri yürüyüşlerini, diğer şartlar da oluştuğunda bu madde gereğince erteleyebilecek veya yasaklayabilecektir.

İdarenin 17'nci madde gereğince bütün etkinlikleri erteleme TGYK'nın 19'uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme yetkisine benzeyecektir. Ancak iki düzenleme arasında 17'nci madde kapsamında belirli hale gelen bütün

⁵⁸ D.10.D, 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

etkinliklerin ertelenmesi/yasaklanması söz konusuysen, 19'uncu maddenin birinci fıkrası gereğince erteleme/yasaklama henüz idareye bildirilmemiş, belirli olmayan etkinlikler bakımından da söz konusu olacaktır.

Mülga 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkındaki Kanuna 1932 sayılı Kanunun dördüncü maddesiyle eklenen, toplantının geri bırakılması başlıklı onuncu maddeyle de yetkili makam olarak vali ve kaymakama belli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü erteleme yetkisi tanınmıştı.⁵⁹ Düzenlemenin 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında mahallî mülkiye amirinin Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, millî güvenliğinin, kamu, düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın gerektirdiği hallerde toplantı ve gösteri yürüyüşünü, 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere erteleyebileceği düzenlenmişti.

Anayasa Mahkemesi 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkındaki Kanuna 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bu düzenlemeyi toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin mülkiye amirlerinin kişisel anlayışlarına göre, onların istedikleri zamanda yapılmasına sebep olacağını, toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesinin sonunda yapılamaz hale geleceğini ya da zorlaşacağını ortaya koymuş, düzenlemeyi iptal etmişti. Anayasa Mahkemesine göre: *"...Fıkra metninde açıkça görüldüğü gibi Anayasa'nın 11. maddesinde genel kavramlar halinde yer alan sınırlama nedenleri, herhangi bir açıklama getirilmeden, hemen olduğu gibi erteleme nedenleri olarak fıkraya aktarılmakla yetinilmiştir. Öte yandan, bu nedenlerin varlığı ile, toplantı ve yürüyüşün ertelenmesine gerektirir bir hal alıp almadığı hususları da mülkiye amirinin takdirine bırakılmıştır...sınırlama nedenlerinin, kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek açıklık ve kesinlikte somut olarak belirtilmesi gerekir. Oysa, dava konusu ikinci fıkra ile getirilen hüküm, herhangi bir konuda yapılmak istenen toplantı veya gösteri yürüyüşünü, idarenin iznine bağlı tutan bir sistemin değişik*

⁵⁹ TGYK'nın 17'nci maddesinde yer alan belirli bir toplantı veya gösteri yürüyüşünü erteleme/yasaklama yetkisi ile mülga 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkındaki Kanunun 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasına yer alan düzenleme neredeyse birbirinin aynısı olan düzenlemelerdir. Aralarındaki farklılıklar olarak TGYK'da erteleme süresi on gün yerine bir ay olarak düzenlenmiş, TGYK'da suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike halinde bu etkinliklerin yasaklanabileceği kabul edilmiş ve TGYK'da sınırlama sebepleri bakımından bazı farklılıklar öngörülmüştür.

bir uygulama türü oluşturmakta, toplantı ve gösteri yürüyüşünü, bunlardan yararlanacakların istedikleri zamanda değil, mülkiye amirlerinin arzulanıkları zamanda yapılmasına olanak sağlamakta ve üstelik toplantı ve gösteri yürüyüşünü, erteleme süresi sonunda da örtülü bir biçimde yapılamaz hale koymakta veya güçleştirmektedir. Böylece, zamanında yaptırılmadığı için, toplantının amacına ulaşılmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmaktadır...fıkra kuralı, Anayasa'nın öngördüğü amacı aşan, hakkın özüne dokunan bir sınırlama getirmektedir... ”⁶⁰.

VI- Erteleme/Yasaklama Yetkisinin Olağanüstü Hallerde Uygulanışı

A. Olağanüstü Hale İlişkin Genel Bilgiler

Olağanüstü hal Anayasanın 119, 120 ve 121’nci maddelerinde düzenlenmiştir. 119’uncu maddede tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı, 120’inci maddede şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı ve 121’inci maddede olağanüstü hallerle ilgili esaslara yer verilmiştir.

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla olağanüstü yönetim usullerine ilişkin değişiklikler yapılmış ve bu kapsamda Anayasanın 119’uncu maddesi “olağanüstü hal yönetimi” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir.⁶¹ 120 ve 121’inci maddeler de yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu değişiklikler henüz yürürlüğe girmemiştir.⁶² Değişiklikler birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.⁶³

⁶⁰ AYM, 18 ve 22.11.1976, E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁶¹ Bkz. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.12.

⁶² Bkz. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.16/E.

⁶³ Bkz. 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.18/a.

Olağanüstü hâl, olağan dönem içerisinde kullanılabilen yetkilerle üstesinden gelinemeyecek, olağan nitelikte olmayan sorunlarla karşılaşılması üzerine bu sorunun ortadan kaldırılmasına yönelik yetkilerin kullanılabilirdiği yönetim şeklidir.⁶⁴ Karşı karşıya kalınan tehlike ya da tehlikelerin bertaraf edilmesinde olağan dönem içerisinde kullanılabilen yetkilerin yetersiz kalması üzerine olağanüstü yönetim usullerine başvurulmaktadır.⁶⁵ Olağanüstü hallerde idarenin yetkileri artmakta, böyle dönemlerde hak ve özgürlükler daha fazla sınırlandırmaya tabi tutulmaktadır.⁶⁶

Olağanüstü Hal Kanununun 14'üncü maddesine göre olağanüstü halin uygulanmasında görev ve yetki, olağanüstü hal bir ili kapsıyorsa il valisine, bir bölge valiliğine bağlı birden çok ilde ilan edilmesi halinde bölge valisine, birden fazla bölge valisinin görev alanına giren illerde veya bütün yurttan ilan edilmesi halinde, koordine ve işbirliği Bakanlıkça sağlanmak suretiyle bölge valilerine ait olup, gerekli işlemler onlar tarafından yürütülecektir. Türk idari teşkilatında bölge valiliğine yer verilmediğinden olağanüstü hallerde yetkiler vali tarafından kullanılacak, vali Olağanüstü Hal Kanununun 11'inci maddesinde öngörüldüğü üzere toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleyebilecek veya yasaklayabilecektir.

B. İdarenin Olağanüstü Hallerde Erteleme/Yasaklama Yetkisi

Olağanüstü hâl rejimi devlet idaresine hukuksuzluk getirmemektedir. Olağanüstü hal keyfilik demek değildir.⁶⁷ Olağanüstü hal idaresi de hukuka bağlıdır.⁶⁸ Böyle dönemlerde idare bu döneme özgü hukuk kurallarıyla bağlıdır. Fakat sadece olağan döneme ait yetkileri kullanarak olağanüstü hallere ilişkin zor sorunların üstesinden tam anlamıyla

64 Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara, 2008, s. 6.

65 Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul, 1993, s. 197. Bu koşul olağanüstü yönetim usullerine başvurulmasında gerekli şartlardan birisi olarak kabul edilmektedir (Ayrıca bkz. Kuzu. s. 192-198).

66 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 371.

67 Esen, s. 7.

68 Kuzu, s. 40.

gelmek mümkün değildir.⁶⁹ Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler olağan döneme nazaran daha fazla sınırlandırılmaktadır.⁷⁰

Olağanüstü Hal Kanununda idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale yetkisi şiddet hareketleri sebebiyle, yani Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde ilan edilen olağanüstü hallerde alınacak tedbirler kapsamında Kanunun 11'inci maddesinin (m) bendinde düzenlenmiştir. 11'inci maddenin (m) bendinde idarenin kullanabileceği yetkiler arasında kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme ve yasaklama yetkilerine yer verilmiştir.

İdare şiddet hareketleri sebebiyle ilan edilen olağanüstü hallerde toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisini olağanüstü hal ilanı üzerine, bu hak için Anayasada öngörülen güvencelere bağlı olmaksızın, ancak belli sınırlar dahilinde kullanabilecektir. Anayasanın 15'inci maddesine göre olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecek veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecek olduğundan idare de toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımını kısmen veya tamamen durdurabilecek veya Anayasada bu hak için öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alabilecektir. Ancak idare bu hakka müdahale ederken durumun gerektirdiği ölçüyü aşmayacak, yani ölçülülük ilkesine riayet edecek ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeyecektir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için Anayasada öngörülen güvenceler, bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan güvencelere yer veren 13'üncü madde ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının düzenlendiği 34'üncü maddede yer almaktadır. Anayasanın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne

⁶⁹ Kuzu, s. 70.

⁷⁰ Kuzu, s. 69; Esen, s. 44; Cemil Çelik, *Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 2010, s. 31.

ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmüş olup, idare olağanüstü hallerde bu güvencelerden yalnızca ölçülülük ilkesine bağlı kalarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini sınırlandırabilecektir.

Anayasanın 34'üncü maddesinde herkesin önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Olağanüstü hallerde Anayasada toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı için Anayasada öngörülen güvencelerle bağlı olmayan idare bu hak için güvence teşkil eden ve 34'üncü maddede gösterilen sınırlama sebepleri olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle bağlı olmadan ve kanunla sınırlama zorunluluğu olmaksızın müdahalede bulunabilecektir. Bu dönemde Anayasanın 121 ve 122'nci maddeleri gereğince olağanüstü halin/sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarılabilecektir.

İdare olağanüstü hallerde toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisini kullanırken milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere riayet edecektir. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerden anlaşılması gereken, öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerdir.⁷¹ Bunlar içerisinde akla ilk gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. AİHS'nin 11'inci maddesinde "toplantı ve dernek kurma özgürlüğü", 15'inci maddesinde ise "olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma" düzenlenmiştir.

11'inci maddenin birinci fıkrasında herkesin barışçıl olarak toplanma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında bu hakların kullanılmasını yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamayacağı gösterilmiştir.

15'inci maddede ise savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Tarafın durumun kesinlikle

⁷¹ Çelik, s. 93.

gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabileceği düzenlenmek suretiyle toplanma özgürlüğü için Sözleşmenin 11'inci maddesinde yer verilen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği ortaya konulmuştur.

Görüleceği üzere Sözleşmenin 15'inci maddesi ile Anayasanın 15'inci maddesi aynı doğrultuda düzenlemelerdir. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yönelik müdahaleler Anayasanın 15'inci maddesine uygun olarak yapıldığında milletlerarası hukuktan doğan önemli bir yükümlülüğe de uygun hareket edilmiş olacaktır.

Olağanüstü hallerde idare toplantı ve gösteri yürüyüşlerini ertelerken/yasaklarken Anayasada bu hak için öngörülen güvencelerle bağlı olmadığından toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının düzenlendiği maddede öngörülen sınırlama sebepleriyle de bağlı kalmayacaktır. Ancak toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının Anayasanın 34'üncü maddesinde düzenleniş biçimi itibarıyla bu hakkın sınırlama sebepleri bakımından olağan dönem ile olağanüstü dönem arasında bir farklılık olmayacağı ileri sürülebilir. Zira Anayasanın 34'üncü maddesinde olağan dönem içerisinde toplantı ve gösteri yürüyüşleri için öngörülen sınırlama sebepleri olan “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olağan dönem içerisinde bile idareye bu hakka müdahale için son derece geniş bir alan bırakmaktadır.

C. Olağanüstü Hallerde Erteleme/Yasaklamanın Ölçülülüğü

Ölçülülük temel hak ve özgürlükleri sınırlama amacının gerçekleştirilmesinde hak ve özgürlüklere hangi ölçüde müdahalede bulunmanın yeterli olacağını ortaya koyan ilkedir.⁷² Ölçülülük; elverişlilik, orantılılık ve gereklilik alt ilkelerinden oluşmaktadır.⁷³ Temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ölçülülük ilkesine uygun olması için sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirilmeye

⁷² Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002, s. 194.

⁷³ Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul, 1992, s. 161.

elverişli olması, aracın amaca ulaşmada gerekli olması ve araç ile amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması gerekmektedir.⁷⁴

Gereklilik ilkesi birden fazla araçtan mümkün olan en uygun ve hafif olanının seçilmesi demek olup⁷⁵ araç, sınırlayıcı faaliyeti ifade etmektedir.⁷⁶ Yani bu ilkeye göre idare en az sınırlayıcı faaliyeti tercih etmelidir. Bu ilke gereğince idare toplantı ve gösteri yürüyüşlerini ertelemek/yasaklamak yerine daha hafif tedbirlerle amaca ulaşmaya çalışmalıdır. Örneğin idare kamu düzenini korumak için yeterliyse, toplantı veya gösteri yürüyüşlerini ertelemek yerine etkinliklerin gerçekleştirileceği yerlerde kolluk kuvvetlerinin sayısını artırmalı, kimlik kontrolü ve üst araması yapmalıdır. AİHM'nin bir kararında da ifade edildiği üzere "...gösterilerin genel anlamda yasaklanması, ancak gösterilerin diğer daha az sert tedbirlerle önlenemeyecek nitelikte karışıklıklara yol açabileceği konusunda gerçek bir tehlikenin mevcut olması halinde haklı gösterilebilmektedir...".⁷⁷ Şüphesiz idare bakımından bu ilkeye uygun hareket etme zorunluluğu olağanüstü hallerde de devam etmektedir.

Elverişlilik ilkesi sınırlama aracının sınırlama amacına ulaşılmasına kısmen de olsa katkı sağlaması demektir.⁷⁸ Başvurulan aracın fayda sağlıyor olması yeterli olup, en elverişli araç olması şart değildir.⁷⁹ Buna göre idarenin erteleme/yasaklama yetkisini kullanması kamu düzeninin korunmasında, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin güvenliğinin sağlanmasında faydalıysa idarenin bu tedbiri elverişli bir tedbirdir.

Orantılılık ilkesi, sınırlama aracının sınırlama amacıyla orantısız olmaması, aracın katlanılabilir düzeyde olması demektir.⁸⁰ Örneğin idare bir toplantı veya gösteri yürüyüşünü yedi gün süreyle erteleyerek kamu

74 Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, 2002, s. 21; Özbudun, s. 116.

75 Oğurlu, s. 37-38.

76 Metin, s. 190.

77 AİHM, Gün ve Diğerleri-Türkiye, 8029/07, 18.06.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

78 Oğurlu, s. 36.

79 Metin, s. 188.

80 Metin, s. 36.

düzenini korumaya yönelik tedbirlerini alabiliyorsa, bu etkinliği otuz gün süreyle ertelerse orantısız bir tedbire başvurmuş olur.

Ölçülülük kamu düzeni ile hak ve özgürlükler arasında denge kurmaya yönelik bir ilkedir.⁸¹ Danıştay'a göre "...Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kriterlerinden biri olan ölçülülük ilkesi...amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunması gereğini ifade etmektedir...".⁸²

Hak ve özgürlükler ile kamu düzeni arasında denge kurulmaya çalışılırken bazen hak ve özgürlüklerin koruma fonksiyonuna, bazen de bunlar karşısındaki hukuki menfaatin sınırlama fonksiyonuna ağırlık verilmektedir.⁸³ Buna göre ikisi arasında tam bir denge kurulamayacak olup, bu denge kurulurken her ikisini de tamamen birbirine feda etmemek gerekmektedir. Dolayısıyla idare alacağı erteleme/yasaklama kararıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımını neredeyse olanaksız hale getirmemeli, öte yandan da bu etkinliklerin kamu düzenini bozmasına izin vermemelidir. İdare dengeyi sağlamaya çalışırken toplantı veya gösteri yürüyüşünün gerçekleştirileceği gün geldiğinde trafik akışını yavaşlatacak şekilde ana yolları kapatıp, araç ve yayaları tali yollara yönlendirerek ulaşımı tamamen engellemekle beraber kişilerin hayatını bir miktar güçleştirebilecektir. Böylece her iki menfaat de belli ölçüde sınırlandırılarak denge sağlanmaya çalışılır.

Görüreceği üzere olağanüstü hallerde idarenin ölçülülük ilkesiyle bağlı kalması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından önemli bir güvence oluşturmaktadır. Her ne kadar böyle dönemlerde yetkileri genişlese de idarenin erteleme/yasaklama yetkisinde ölçüyü aşmaması gerekmektedir. İdare olağanüstü hallerde ölçülülük ilkesiyle bağlı kalmıyorsa toplantı ve gösteri yürüyüşleri süreyle bağlı kalmaksızın erteleyebilir; ertelemeyi mutlak yasaklamaya dönüştürebilirdi. Ancak ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu için idare, olağanüstü hallerde de

81 Yusuf Şevki Hakyemez, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi*, Doç. Dr. Abuzer KENDİGELEN (Editör), Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'E 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, 2001, s. 1331.

82 D.10.D, 15.9.2008, E. 2006/946, K. 2008/6084, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

83 Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, s. 45.

erteleme sebebinin ortadan kalkması için yeterli bir süre belirleyecek; bu süreyi aşmayacaktır. Örneğin etkinliklerin güvenliğini sağlamak için gerekli olan kuvvetleri üç gün içerisinde sağlayabiliyorsa etkinlikleri on gün süreyle erteleyemeyecektir. Aksi takdirde kararı ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

İdare olağanüstü hallerde ölçülülük ilkesiyle bağlı kalmakla birlikte TGYK'nın 15, 16, 17 ve 19'uncu maddelerinde erteleme/yasaklama için öngörülen sürelerle bağlı değildir. İdare erteleme/yasaklama süresini kendisi belirleyebilecektir. Örneğin idare TGYK'nın 15'inci maddesi kapsamında il sınırı içinde aynı günde birden çok toplantı yapılmak istenmesi üzerine bunlardan bir kısmını en fazla on gün süreyle ve yalnızca bir kez erteleyebilecektir. Vali erteleme süresi içerisinde toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamaya yetecek güvenlik güçleri ile diğer güçleri temin edecektir. Bu süre içerisinde eksikliği tamamlayamazsa, bu madde kapsamında toplantıları yeniden erteleyemeyecektir. Çünkü bu yetkiyi yalnızca bir kez kullanabilecektir. Vali ancak TGYK'nın 19'uncu maddesi kapsamında, suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlikenin mevcut olması hâlinde toplantıları bir ay geçmemek üzere yasaklayabilecektir.

Olağanüstü hallerde ise vali kanunla tespit edilmiş sürelerle bağlı olmadığından ihtiyaç duyduğu güvenlik güçleri ile diğer güçleri temin edinceye kadar toplantıları erteleyecek, belirlediği süre içerisinde bunları temin edemediği takdirde süreyi uzatabilecektir. Ancak idare olağanüstü hallerde de sınırsız olmayıp, ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğundan erteleme süresi bu güçlerin temin edilmesi gereken süreden daha uzun olamayacaktır. Aksi takdirde idare ölçülülük ilkesini ihlal etmiş olacaktır.

VII- Sonuç

İdare toplantı ve gösteri yürüyüşlerini ileri tarihlere erteleyerek, bir süreliğine de olsa bu etkinliklerin gerçekleştirilmesine engel olmaktadır. İdare erteleme/yasaklama yetkisine kolluk kuvvetlerinin yetersizliği, kamu düzeni ve millî güvenliğin korunması gibi sebeplerle başvurmaktadır. İdare olağanüstü hallerde de her somut olayda tehlike veya bozukluğun varlığını ortaya koymak suretiyle toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yoluna gidebilmektedir.

TGYK'da erteleme ve yasaklama birbirinden farklı yetkiler gibi düzenlenmektedir. Ancak bunlar aslında aynı işlevi görmektedir. Zira

ertelenen bir etkinlik erteleme süresi içinde yasaklanmakta; yasaklanan bir etkinlik de, yasaklama süreyle sınırlı olacağından belirlenen süre boyunca ertelenmiş olmaktadır.

İdarenin erteleme/yasaklama kararı alırken salt bu etkinliklerin başta ulaşım olmak üzere kamu hizmetlerinden yararlanmayı güçleştirici etkilerini esas alarak hareket etmemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tabiatı gereğin kişilerin gündelik hayatlarında bazı aksaklıklara yol açabileceğini göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Kişiler toplantı ve gösteri yürüyüşlerini genellikle güncel bir gelişmeye tepki göstermek veya geçmişte yaşanan bir olayı anmak için gerçekleştirdiğinden idarenin erteleme/yasaklama kararı alması gerçekleştirilmek istenen etkinliğin gücünü zayıflatmakta veya ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla erteleme/yasaklama kararı alma yetkisine sahip idari makamların bunu gözetmesi önem arz etmektedir.

TGYK'nın 15, 16, 17 ve 19'uncu maddelerinde idareye toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisi verilmiştir. TGYK'nın 19'uncu maddesinde idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin tamamını erteleme yetkisi düzenlenmiş olup, erteleme/yasaklama için kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi soyut sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. İdarenin bu sebepleri erteleme/yasaklama kararında somutlaştırılması gerekmektedir.

TGYK'nın 19'uncu maddesi gereğince vali yasaklama kararı aldığı anda, kararında kanunda yer alan soyut sebep/sebepleri aynen yazmakla yetinmemelidir. Nitekim düzenlemede sebebin somutlaştırılması bakımından valiye ayrıca "suç işleneceğine dair yakın tehlikenin" varlığını ortaya koyma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca vali bu yetkiyi her suç bakımından değil, kamu düzenini ciddi şekilde sarsacak suçlar bakımından kullanılmalıdır. Yasaklama süresi bir aya kadar olup, erteleme sebebi bir aydan daha kısa bir sürede ortadan kalkıyorsa veya tamamen ortadan kalkmamakla birlikte alınacak tedbirlerle gerekli koruma sağlanabiliyorsa vali daha uzun süreli yasaklama kararı almamalıdır.

Valinin TGYK'nın 15'inci maddesi gereğince emrindeki güvenlik kuvvetlerinin ve gerektiğinde yararlanabileceği diğer güçlerin bu toplantıların güvenlik içinde yapılmasını sağlamaya yeterli olmadığı kanısına varması üzerine bunlardan bir kısmını ertelerken müracaat önceliklerini, yani bildirim tarihlerini göz önünde bulunduracağı

öngörülmekle beraber bu esas vali bakımından her zaman bağlayıcı olmayacaktır. Vali oluşturduğu tehlike itibariyle daha fazla güvenlik kuvvetinin mevcudiyetini gerektiren önceki bildirim tarihli toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleyip, ileri tarihli olanlara müdahale etmeyebilecektir. Vali ayrıca belli bir tarihte, örneğin bir olayın yıl dönümünde veya güncel bir gelişmeye tepki olarak düzenlenenlere öncelik tanıyıp, bunları ertelemeyebilecektir. Ayrıca vali bildirim tarihini esas alırken daha önce ertelemiş olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşlerini dikkate alacak, bunları yeniden ertelemeyecektir. Çünkü vali bir toplantı veya gösteri yürüyüşü bakımından bu yetkisini sadece bir kez kullanabilecektir.

İdarenin belirli bir etkinliği erteleme/yasaklama yetkisi TGYK'nın 17'nci maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde gereğince erteleme/yasaklama yetkisine daha zor başvurulması gerekmektedir. Zira birden fazla etkinliğin güvenliğinin sağlanmasında kolluk kuvvetlerinin yetersizliği erteleme için makul bir sebep olarak ileri sürülebilecekken idarenin yeterli kolluk kuvvetine sahip olduğu halde sadece bir etkinliği erteleme kararı alması halinde bu kararı sağlam gerekçelere dayandırması beklenecektir. Bu düzenleme gereğince suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanacağı öngörülmüş, ancak yasaklama süresi gösterilmemle birlikte yasaklama süresiz olmayacaktır. İdare süreyi belirleyip, yasaklama kararında gösterecektir.

Olağanüstü Hal Kanununda idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale yetkisi şiddet hareketleri sebebiyle ilan edilen olağanüstü hallerde alınacak tedbirler kapsamında bu Kanunun 11'inci maddesinin (m) bendinde düzenlenmiş olup, bu düzenleme gereğince idare kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme/yasaklama yetkisini kullanacaktır.

İdare olağanüstü hallerde TGYK'dan farklı olarak kanunla tespit edilmiş sürelerle bağlı olmadığından ihtiyaç duyduğu güvenlik güçleri ile diğer güçleri temin edinceye kadar toplantıları erteleyecek, belirlediği süre içerisinde bunları temin edemediği takdirde süreyi uzatabilecektir. Fakat idare olağanüstü hallerde de sınırsız olmayıp, ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğundan erteleme süresi bu güçlerin temin edilmesi gereken süreden daha uzun olamayacaktır.

Kamu düzeni korunmaya değer önemli bir menfaattir. Ancak kişilerin tepkilerini ortaya koymak üzere toplanmaları ve muhataplarının

dikkatlerini çekmeleri de önemli bir menfaattir. Dolayısıyla idarenin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını işlevsiz hale getirmek yerine iki menfaat arasındaki dengeyi kurması, her ikisinden de belli ölçülerde fedakârlık yapma yoluna gitmesi gerekmektedir. İdare bakımından bu gereklilik olağanüstü hallerde de devam etmektedir. Zira idare olağanüstü hallerde de ölçülülük ilkesiyle bağlıdır.

KAYNAKLAR

AKIN, İlhan F.; “Toplanma Özgürlüğü”, *İ.Ü.H.F.M.*, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 545-567.

ANAYURT, Ömer; *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, İstanbul, 1998 (Toplanma Hürriyeti).

ANAYURT, Ömer; “Ankara ve Strasburg Pencerelerinden Toplanma Hakkına Farklı Bakışlar ve Çatışma Alanları”, II. Oturum-Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin AİHM ve AYM İçtihadı, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014 (Toplanma Hakkı).

ALPKAYA, Gökçen; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak”, *A.Ü.S.B.F Dergisi*, C. 56, S. 3, 2001, s. 1-18.

ATALAN, Yasin; *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Kullanılmasında İdarenin Yetkileri* (Tez Danışmanı: Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.

ATALAY, Esra; *Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, İzmir, 1995.

ATAY, Ender Ethem; *İdare Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2012.

AZRAK, Ülkü; “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu”, *Anayasa ve Uyum Yasaları Açık Oturum Tutanakları* (13-14 Aralık 2002), 2003, s. 237-246.

ÇELİK, Cemil; *Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler*, Ankara, 2010.

ÇÖZELİ, Yusuf; *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Türkiye Örneği*, Ankara, 2016.

ESEN, Selin; *Karşılaştırmalı Hukukta Ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Ankara, 2008.

GERAY, Cevat; “Türkiye’de Toplanma Hürriyetinin Düzenlenmesi”, *A.Ü.S.B.F Dergisi*, C. 14, S. 4, 1959, s. 100-118.

GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011.

118 S. Abdullah AKKOYUNLU EÜHFD, C. XXI, S. 3-4 (2017)

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki; *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*, Doç. Dr. Abuzer KENDİGELEN (Editör), Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'E 80. Yaş Günü Armağanı, (s. 1287-1337), C. II, İstanbul, 2001

İŞGÖREN, Ali; *Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, 3. Baskı, Ankara, 2016.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989 (Kolektif).

KABOĞLU, İbrahim Ö. ; “Dernek ve Toplantı Özgürlükleri”, *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, S. 14/1, 1992, s. 109-129 (Toplantı).

KAMAN, Nur Zeliha; “I. Oturum-Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve”, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014.

KARAN, Ulaş; “I. Oturum-Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına İlişkin Hukuksal Çerçeve”, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014.

KUZU, Burhan; *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul, 1993.

METİN, Yüksel; *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002

MOMBOISSE, Raymont M., *Crowd Control and Riot Prevention*, Tercüme ve Düzenleme: A. Turhan ŞENEL, Ankara, 1966.

OĞURLU, Yücel; *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, 2014.

ÖZENÇ, Berke; “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, *İ.Ü.H.F.M.*, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 87-134.

RUMPF, Christian; “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, s. 25-48.

SOYSAL, Mümtaz; *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 7. Baskı, 1987.

UYGUN, Oktay; *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul, 1992 (Genel Rejim).

UYGUN, Oktay; “Açılış Oturumu”, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Demokratik Toplum Düzeni Kavramıyla İlişkisi Çalıştayı*, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, Ankara, 2014 (Çalıştay).

YARSUVAT, Duygun; *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri*, İstanbul, 1968.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; “Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hak ve Özgürlüklerine İlişkin Anayasada Yapılan Son Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, 22-24 Nisan 2003, s. 37-44.

Özel Hukuk

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE İSPAT VE ENVANTER

*Arş. Gör. Murat UYUMAZ**

Özet

Mal rejimlerinin tasfiyesinin söz konusu olduğu durumlarda, eşler arasında hangi mal rejiminin geçerli olduğu, malların mülkiyetinin kime ait olduğu, hangi mal gruplarına dâhil olduğu hususlarının ispatı önem arz etmektedir. Türk Medenî Kanunu, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, ispata ilişkin bir takım ispat usulleri ve karineler öngörmüştür. Bundan başka, tasfiye sırasında ispat kolaylığının sağlanması açısından, malların envanterine ilişkin TMK m. 216 hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde ispata ilişkin hususlar bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Mal Rejimleri, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İspat, İspat Yükü, Envanter, Türk Medenî Kanunu, Noterlik Kanunu.

Giriş

Mal rejimi, evlilik öncesinde veya evlilik süresi içinde edinilen mallar üzerinde eşlerin hangi haklara sahip olduklarına ve hangi borçların doğacağına ilişkin düzenlemeleri ifade eder. Türk aile hukukunda edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı olmak üzere dört mal rejimi (TMK m. 218- 281) düzenlenmiştir ve eşler bunlardan birisini seçebilir. Ancak eşler tarafından seçim yapılmadığı durumlarda, kanun gereği uygulanan mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir (TMK m. 202, f. 1).

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Eşler arasındaki mal rejiminin belirlenmesi, özellikle mal rejiminin sona ermesi durumunda, tasfiye aşamasında önem arz etmektedir. Çünkü mal rejimlerinin tasfiyesi, eşler arasında uygulanan mal rejimine göre yapılır.

Mal rejimlerinin tasfiyesinin söz konusu olduğu durumlarda, eşler arasında hangi mal rejiminin geçerli olduğu, malların mülkiyetinin kime ait olduğu, hangi mal gruplarına dâhil olduğu hususlarının ispatı gündeme gelmektedir. Gerçekten de mal rejiminin uzun zamandır eşler arasında geçerli olduğu ve evliliklerin ölümle sonuçlandığı durumlarda, malların kime ait olduğunun ispatı bir hayli güçleşmektedir¹. Özellikle tasfiyenin bir dava kapsamında gerçekleştiği durumlarda ispat gücünün kendini iyiden iyiye gösterecektir². Hatta öğretilerdeki bir görüşe göre, mal rejimlerinde ispat sorunu, edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmiş etkili olarak uygulanmamasının nedenlerinden birisidir³. Gerçekten de mal rejimlerinin tasfiyesinde, sorunlar hangi malların hangi mal grubuna dâhil olduğunun ve kime ait olduğunun ispatı konusunda düğümlenmekte ve bu aşamada ispat, mal rejimlerinin taraflara tanıdığı hakların kullanılabilmesi için fevkalade önem arz etmektedir.

Mal rejimlerinde ispat sorunu, kanun koyucunun ispat zorluklarının aşılması amacıyla çeşitli karinelere yer vermesine neden olmuştur. Başka

¹ **Faruk Acar**, Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2016, s. 142; TMK'nın mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemeleri, ayrıntılı hesaplamalara bağlı teknik, zor ve karmaşık olduğundan bahisle öğretilerde eleştirilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mustafa Alper Gümüş**, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; "Maddi Tazminat ve/ veya Yoksulluk Nafakası" ve/ veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4 (2005), s. 383); **M. Beşir Acabey**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları- İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, (Acabey- Mal Grupları), s. 526; **Ziya Gökçe**, Edinilmiş Mallara Katılma, AÜHFD, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 3469 vd; **Miray Özer Deniz**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016, s. 8.

² **Suat Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 119.

³ **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Ankara 2002, (Kılıçoğlu- Edinilmiş Mallar), s. 96; Ayrıca bkz. **Şeref Ertaş**, Eski Medenî Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar, DEÜHFD, Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 915-932 (Basım Yılı: 2014).

bir ifadeyle, mal rejimlerinde ispat sorunlarının aşılması amacıyla Kanun'da bir takım karinelere yer verilmiştir (TMK m. 222, f. 2- 3; 243; 245; 261). Bundan başka, mal rejimlerinde ispat sorununun aşılması amacıyla eşlerin resmi senetle malların envanterini yapmalarına da imkân tanınmıştır (TMK m. 216).

Çalışmamız, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde karşılaşılan ispat sorunları ile ilgilidir. Giriş ve sonuç hariç olmak üzere dört ana başlıktan oluşacak çalışmamızda ilk başlıkta genel olarak ispat ve ispat yükü kavramlarına yer verilecek, ikinci başlıkta edinilmiş mallara katılma rejiminin ispatı konusu ele alınacaktır. Çalışmanın üçüncü başlığında, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin aktif ve pasif malvarlığı değerlerinin belirlenmesinde eşlerin bilgi verme yükümlülüğünün olup olmadığı konusu irdelenecek, ardından tasfiyede ispat yükü ve ispat şekli konularına yer verilecektir. Ayrıca TMK m. 216'da düzenlenen envanter ve bunun ile ilgili sorunlar da bu bölümde ifade edilecektir. Çalışmanın dördüncü ve son ana başlığında değer artış payı (katkı) alacağı ve denkleştirme alacağında ispat yükü ve ispat şekli konularına değinilecektir. Çalışma, değerlendirme ve önerilerin yer aldığı sonuç bölümüyle sona erecektir.

§ I. Genel Olarak İspat ve İspat Yükü Kavramları

A. İspat

Dava konusu hakkın gerçekte var olup olmadığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi ile mümkün olur. İşte dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesine ispat denir. Başka bir ifadeyle ispat, hâkimi ikna faaliyetidir⁴. İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve

⁴ **İlhan E. Postacıoğlu**, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 1970, s. 455; **Baki Kuru**, *Hukuk Muhakemeleri Uulü*, c. II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (**Kuru-** Muhakeme Usulü), s. 1966; **Baki Kuru**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017, (**Kuru-** Ders Kitabı), s. 231, 232; **Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz**, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013, s. 351; **Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayyaz**, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 375, 376; **Ali Cem Budak/Varol Karaaslan**, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2017, s. 212; **Süha Tanrıver**, *Medenî*

uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK m. 187, f. 1).

B. İspat Yükü

Hâkim, davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiğini tespit edecektir ki buna ispat yükü denir⁵. Kendisine ispat yükü düşen

Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016; s. 741; **Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes**, Medenî Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 643; **İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay**, Medenî Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 558; **İbrahim Özbay**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 243; **Murat Atalay**, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, C. II, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1585; **Abdurrahim Karşlı**, Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 546; **Gökçen Topuz**, Medenî Usul Hukukunda Karinelerle İspat, (Topuz- İspat), Ankara 2012, s. 31; **Bilge Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 545; **Mustafa Kılıçoğlu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 788; **Salih Özyakut/ Mehmet Beleş**, Karşılaştırmalı- Açıklamalı- Şerhli ve Gerekeçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2014, s. 767; **Sema Taşpınar**, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 180; **Haluk Konuralp**, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s. 8; **M. Reşit Belgesay**, İspat Teorisi (Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller), C. III, İstanbul 1950, s. 5; **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, (Kuru- El Kitabı), s. 413; **Ömer Uğur Gençcan**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, (Gençcan- Yorum) s. 801; **Oğuz Atalay**, Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 5; **Ahmet Başözen**, Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s. 12; **İbrahim Özbay/ Ferhat Çelik**, Boşanma Davalarında İspat Yükü ve Karineler, Yargıtay Dergisi, C. 44, S. 1, Ocak 2018, s. 18; **Levent Börü**, Medenî Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 25; **Oğuz Atalay**, Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 129.

⁵ **Sabri Şakir Ansay**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 253; **Necip Bilge/ Ergun Önen**, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna Göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, Ankara 1978, s. 498, 499; **Postacıoğlu**, s. 460, 461; **Kuru-** Muhakeme Usulü, s. 1972; **Kuru-** Ders Kitabı, s. 233; **Bilge Umar/ Ejder Yılmaz**, İspat Yükü, Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1980, s. 2; **Postacıoğlu/ Altay**, s. 568; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 354; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyaz**, s. 378; **Tanrıver**, s. 777; **Özbay**, s. 246; **Topuz-İspat**, s. 35; **Yılmaz**, s. 1053; **M. Kılıçoğlu**, s. 859; **Özyakut/ Beleş**, s. 774; **Taşpınar**, s. 160; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 1693, 1694; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 667; **Karşlı**, s. 551; **Mehmet Kamil Yıldırım**, Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 74; **Kuru**, s. 425; **Ali Haydar**

taraf için ispat yükü bir külfettir⁶. Bu külfet yerine getirilmediğinde aleyhine olan sonuca katlanma, yani aleyhe karar riskiyle karşı karşıya kalma söz konusudur⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190, f. 1'e göre ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. TMK m. 6'ya göre de kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. TMK'da düzenlenen ispat yükünün HMK'da yeniden düzenlenmesinin gerekçesi, ispat yükünün ispat hukukuna ilişkin tüm genel hükümlerle birlikte düzenlenmesi fikridir⁸. Ayrıca önemle belirtilmelidir ki, ispat yükünün tarafların rolü ile bir ilgisi yoktur. İspat yükü davacıya düşebileceği gibi, davalıya da düşebilir⁹.

§ II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İspatı

A. Genel Olarak

Mal rejiminin tasfiyesi, eşlerin tabi oldukları mal rejimine göre yapılır. Bu durumda eşlerin hangi mal rejimine tabi olduklarının tespiti gündeme gelecektir.

Türk hukukunda, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Ancak eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda

Karahacıoğlu/ Aynur Parlar, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 828; **Atalay**, s. 8; **Başözen**, s. 85; **Ömer Ulukapı**, Medenî Usul Hukuku, Konya 2014, s. 330; **Timuçin Muşul**, Medenî Usul Hukuku, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Baskı, Ankara 2012, s. 320; **Budak/ Karaaslan**, s. 217; **Özbay/ Çelik**, s. 21.

⁶ Buna karşılık öğretilerdeki bir görüşe göre, tarafları ispata zorlayan şey, bir mükellefiyet değil yalnızca kendi menfaatidir (**Umar/ Yılmaz**, s. 3; **M. Kılıçoğlu**, s. 859).

⁷ **Atah**, Pekcanitez Usul, s. 1694; **Murat Yavaş**, Medenî Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı, MÜHFHAD, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, C. 21, S. 2, Y. 2015, (**Yavaş- İspat Yükü**), s. 751.

⁸ **Ejder Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 3, 2. Baskı, Ankara 2017, (**Yılmaz- Şerh**), s. 2059.

⁹ **Kuru-** Muhakeme Usulü, s. 1975; **Umar/ Yılmaz**, s. 6; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 355, 356; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz**, s. 380; **Tanrıver**, s. 778, 779; **Atah**, Pekcanitez Usul, s. 1697.

belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler (TMK m. 202). Görüldüğü üzere, Türk hukukunda yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Ancak eşler, evlenmeden önce veya evlendikten sonra yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile kanunda yazılı sınırlar içinde olmak üzere, istedikleri mal rejimini seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler (TMK m. 203). Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılabilir. Bundan başka, taraflar evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak hangi mal rejimini seçtiklerini de belirtebilirler (TMK m. 205, f. 1). Mal rejimi sözleşmesi ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadır (TMK m. 204).

B. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tespitinde İspat Yükü

Edinilmiş mallara katılma rejiminin ispatında ispat yükü, tarafların mal rejimi sözleşmesi yapmış olup olmadıklarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Gerek evlenmeden önce gerekse evlendikten sonra eşler herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapmamışlar ise, bu durumda eşler arasındaki mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu kabul edilir¹⁰. Öğretideki bir görüşe göre, TMK m. 202 hükmü, bir yedek hukuk kuralıdır, teknik anlamda bir karine değildir¹¹. Ancak öğretideki diğer bir görüşe göre, burada bir adi kanuni karine söz konusudur¹². Kanaatimizce, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığının ispatına gerek yoktur. Ancak, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi dışında başka bir rejimin geçerli olduğunu iddia eden kişinin bunu ispatlaması gerekmektedir. Dolayısıyla bu durumda ispat

¹⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2016, (Kılıçoğlu- Aile), s. 300; Turgut Akantürk/ Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, Yenilenmiş 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 15. Baskı, İstanbul 2013, s. 144; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 195; Öğretideki bir yazara göre, kanuni rejim, içtimai bir zorunluluk teşkil eder. Her evli ferdin bir mal rejimine tabi olması gerekliliğinden, kanuni rejim düzenlemesi doğmuştur. Bkz. Osman Berki, Mal Rejimleri ve Bunlardan Doğan Kanun İhtilafları, AÜHFD, C. 1, S. 1, s. 154.

¹¹ Fatma Tülay Karakaş, Karine Kavramı Kanuni Karineler ve Varsayımlar, (K.İ.B.B), (E.T: 24.06.2018). Öztan'a göre de burada bir tamamlayıcı hukuk kuralı mevcuttur. Bkz. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 397.

¹² Sarı, s. 6.

yükü, tasfiyede edinilmiş mallara katılma rejiminden başka bir rejimin uygulanması gerektiğini iddia eden kişidedir.

Evlendikten sonra, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, bunu iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür¹³.

Eşler arasındaki mal rejiminin, eşlerden birisinin talebi ile olağanüstü mal rejimine dönüştüğü durumlarda (TMK m. 206) eşler, her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler. Mal ayrılığına geçişi gerektiren sebebin (TMK m. 206) ortadan kalkması hâlinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir (TMK m. 208). İşte, olağanüstü mal rejiminden edinilmiş mallara katılma rejimine dönüldüğü durumlarda, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığını iddia eden kişi, iddiasını ispatla yükümlüdür.

Eşler arasındaki mal ortaklığı rejiminin, alacaklının talebiyle (TMK m. 210) veya re'sen (TMK m. 209) olağanüstü mal rejimine dönüştüğü durumlarda, eşler, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimini kabul edebilirler (TMK m. 211, f. 2). Bu durumda eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığını iddia eden kişi, iddiasını ispatla yükümlüdür.

C. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İspat Şekli

Türk Medenî Kanunu m. 202'ye göre, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Dolayısıyla kanaatimizce, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin varlığının ispatı, kural olarak edinilmiş mal rejimine ilişkin mal rejimi sözleşmesinin (TMK m. 203 vd.) yapıldığı durumlarda¹⁴ söz konusu olacaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi sözleşmesi ile ispat edilebilir. Bundan başka, tasfiye sırasında taraflardan birinin, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin mal rejimi sözleşmesine dayanması durumunda, eşler arasında edinilmiş mallara

13 Bu durum, evlenme başvurusu sırasında yapılan yazılı başvuru ile veya evlendikten sonra yapılan mal rejimi sözleşmesiyle, edinilmiş mallara katılma rejiminden başka bir rejim seçen eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimini seçmeleri durumunda söz konusu olabilir.

14 Bu hallerin neler olabileceği hakkında bkz. § II, B.

katılma rejiminden başka bir mal rejiminin geçerli olduğunu iddia eden taraf, bunu nasıl ispat etmelidir? Bilindiği üzere, mal rejimi sözleşmesi, noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılmaktadır (TMK m. 205, f. 1)¹⁵. Söz konusu şekil şartı, geçerlilik (sıhhat) şartıdır. TMK m. 7'ye göre, resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığını ispatının, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece her türlü delil ile ispat edilebileceğini düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle, resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığını her türlü delille ispat edilebilmesi, kanunlarda aksine özel bir düzenlemenin getirilmemiş olmasına bağlanmıştır¹⁶. HMK m. 201 hükmü, senede karşı tanıkla ispat

15 TNB'nin, 2003 tarihli, 117 sayılı Hukuk Dergisi'nde yayınlanan "Mal Rejimi Sözleşmeleri" başlıklı bildiriye, mal rejimi sözleşmelerinin düzenlenmesi hususunda "Mal rejimi sözleşmesi yapma hakkı şahsa sıkı surette bağlı bir hak olduğu için (TMK 204-205. madde) eşler tarafından bizzat yapılması gerektiği, bu sözleşmelerin akti temsilci (vekil) tarafından yapılamayacağı, tarafların kanuni temsilcileri varsa bunlarında sözleşmeye iştiraki gerektiği; yapılacak mal rejimi sözleşmelerinin Türkiye Noterler Birliği'nin 18.1.2002 tarih ve Hukuk 1167 sayılı yazıları ekinde gönderilen örnekler esas alınarak, düzenleme fotoğraflı ve taraflarca birer adet verilecek şekilde yapılmasının uygulamada birlik açısından yararlı olacağı. Sözleşmelerde tarafların diledikleri gibi değişiklik yapamayacakları (TMK 203. madde) örneklerin sonunda tarafların yapabilecekleri değişikliklerin neler olacağına belirtilmiş olduğu, bunlar dışındaki değişiklik isteklerinin kabul edilmemesi gerektiği; kamuoyunda mal rejimlerinin isimleri ve hukuki sonuçları gerektiği gibi anlaşılama dığından, aslında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma sözleşmesi yapmak isteyen eşlerin noterliklere müracaatlarında mal ortaklığı yapmak istediklerini beyan ettikleri, bu nedenle noterlerimizin gerek personele gerekse ilgililere mal ortaklığının ayrı bir rejim olduğunu açıklayarak, tarafların gerçek arzularına uygun sözleşme yapmalarını sağlamalarının doğru olacağı" ifade edilmiştir. (Bkz. TNB Hukuk Dergisi, 15.05.2003, s. 117). (http://noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic44350.html), (E.T: 05.07.2018). Öğretiye göre, TMK m. 205, f. 1 hükmü karşısında, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun mal rejimi sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenlenecek işlemler olduğuna ilişkin 89 uncu maddesi değiştirilmiştir. (Bkz. **Kılıçoğlu-** Aile, s. 309). Kanaatimizce mal rejimi sözleşmeleri, Noterlik Kanunu m.198/A hükmü uyarınca elektronik ortamda da yapılabilir. Bkz. **Mustafa Serdar Özbek/ Mehmet Ertan Yardım**, Elektronik Noterlik İşlemleri, TNB Hukuk Dergisi, Ankara 2016, Y. 3, S. 1, s. 3 vd.

16 **Tanrıver**, s. 859, 860; **Güray Erdönmez**, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1865, 1866.

yasağını (senede karşı senetle ispat kuralını)¹⁷ düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre, miktarı ne olursa olsun senede karşı ileri sürülen her türlü hukukî işlemin iddiasının yine senetle yapılması gerekmektedir. Ancak, mal rejimi sözleşmesinin şekline ilişkin TMK m. 205, f. 1’de düzenlenen şekil şartı, geçerlilik (sıhhat) şartı olduğu için, Türk Borçlar Kanunu m. 13, f. 1, c. 1¹⁸ ve Noterlik Kanunu, m. 81, f. 2¹⁹ hükümleri uyarınca, mal rejimi sözleşmesinin değiştirildiğinin ispatı, TMK m. 205, f. 1 hükmü kapsamında noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılan bir mal rejimi sözleşmesi ile mümkündür²⁰. Bundan başka kanaatimizce, HMK m. 208, f. 4 hükmüne göre, mal rejimi sözleşmesinin sahte olduğuna ilişkin sahtelik davası da açılabilir. Buna göre, söz konusu mal rejimi sözleşmesinin sahteliğini iddia eden taraf, ilgili evraka resmiyet kazandıran kişiyi (noteri) de taraf göstererek bir sahtelik davası açabilir (HMK m. 208, f. 4).

Eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmesinin herhangi bir yere tescilinin veya şerhinin TMK’da düzenlenmemiş olması, evliliğin sona ermesi halinde bu sözleşmenin varlığının ispatında güçlüklerle sebep olabilir. Özellikle evliliğin ölümle sona ermesi hallerinde, mal rejimi sözleşmesi kendi menfaatlerine uymayan taraf ya da mirasçılar, eşler arasında böyle bir sözleşme yapılmadığını iddia ederek, mal rejimi sözleşmesini saklayabilir veya imha edebilir ve böylece mal rejimi sözleşmesi ile seçilmiş olan mal rejiminin uygulanmasını engelleyebilir²¹. Görüldüğü üzere, eşler arasında yapılan mal rejimi

17 Bkz. **Murat Yavaş**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, (Yavaş- Senet); **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 401; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz**, s. 413; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 748; **Karsh**, s. 596; **Tanrıver**, s. 850.

18 TBK m. 13: “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.*”

19 Noterlik Kanunu m. 81, f. 2: “*Tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptal veyahut evvelki işin nitelik ve değeri değişmemek şartıyla düzeltilmesi, evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılır. Yeni işlemin tarih ve numarası, noterlik dairesinde bulunan evvelki işleme ait kâğıda yazılır.*”

20 Bkz. **Kuru**- Muhakeme Usulü, s. 2358 vd.

21 **Kılıçoğlu**- Aile, s. 313.

sözleşmesinin herhangi bir yere tescilinin veya şerhinin TMK'da düzenlenmemiş olması, eşler arasındaki mal rejiminin ispatında bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. 743 sayılı eski TMK'nın 237-240. maddeleri²² arasında mal rejimi sözleşmelerinin noter tarafından tutulan özel bir sicile tescili ve ilan edilmesi öngörülmekteydi. Bu hususta da kocanın ikametgâhının bulunduğu yerdeki noter yetkili kılınmıştı (743 sayılı eski TMK m. 239, f. 1). Ancak TMK'ya, 743 sayılı eski TMK'nın 237-240. maddeleri alınmamıştır. Öğretide, bu hususta Noterlik Kanunu m. 69'a²³ benzer bir düzenlemenin yapılması gerektiği öngörülmüştür²⁴. Bilindiği üzere Noterlik Kanunu m. 69'a göre, noterlerce düzenlenen resmi vasiyetnameler, ölüme bağlı tasarrufları yapanların ölümü halinde bilgi verilmesi için, durumu bunların kayıtlı oldukları nüfus dairelerine

22 743 sayılı eski TMK, m. 237: Evlenme mukaveleleri ve karı koca arasındaki usule müteallik mahkeme kararlarıyla ortaklık mallarına veya karının şahsi mallarına dair aralarında yapacakları mukaveleler kâtibî adile tescil ve ilan ettirilmiş olmadıkça üçüncü şahsa karşı hüküm ifade etmez. Bu hususta karı kocanın mirasçıları üçüncü şahıstan madut değildir.

m. 238: Evlenme mukavelesinin muhtevi olduğu maddelerden, üçüncü şahsa karşı hüküm ifade etmesi karı koca için mültezem olanları, tescil olunur. Kanun hilafını emir etmiş veya evlenme mukavelesinde mukavelelerin tescil edilememesi sarahaten kabul edilmiş olmadıkça, karı kocadan herbiri, tescili isteyebilirler.

m. 239: Tescil, kocanın ikametgâhı kâtibî adilligince icra edilir. Koca, ikametgâhını tebdil ettiği takdirde, tebdilden itibaren üç ay zarfında, bu yeni ikametgâhta dahi tescilin tecdidi lazımdır.

İkametgâhın tebeddülünden itibaren üç ay geçince, eski tescilin hükmü kalmaz.

m. 240: Kâtibî adil, evlenme mukavelelerini ve karı koca mallarının idaresine taalluku olup tescili lazımgelen kanunen muayyen kararları ve mukaveleleri hususi bir sicille kayıt ile mükelleftir. Bu sicil, aleni olup herkes kendisine muktazi kayıtların musaddak bir suretini meccanen isteyebilir. Evlenme mukavelesinin ilanında yalnız, karı kocanın kabul ettikleri usulün, hangi usul olduğunu, beyan ile iktifa olunur.

23 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 69: Noterler açık veya kapalı olarak verilen vasiyetnameleri saklarlar ve buna dair bir tutanak düzenlerler. Gerek bu suretle saklanan vasiyetnameleri, gerek noterler tarafından düzenlenen sair ölüme bağlı tasarrufları yapanların ölümü halinde bilgi verilmesi için, durumu bunların kayıtlı oldukları nüfus dairelerine yazı ile bildirirler. Noterler, nüfus idaresi tarafından ölümün ihbarı veya resmi bir belge ile isbatı halinde, yetkili sulh hâkimine verilmek üzere, dairelerinde saklı bulunan vasiyetnamelerin ve noterlikçe düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf senetlerinin onaylı örneklerini Cumhuriyet Savcılığına tevdi ederler. Birinci fıkra uyarınca nüfus dairelerine yazılacak yazı için ücret tarifesinde gösterilen yazı ücreti ile posta gideri ilgisinden alınır.

24 Kılıçoğlu- Aile, s. 313, 314.

yazı ile bildirilir. Tasarrufta bulunanın ölümü halinde de bunun bu notere ihbar edilmesi, bu ihbarı alan noterin de vasiyetnameyi Cumhuriyet Savcılığı'na tevdi etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce de, 743 sayılı eski TMK'nın 237-240 maddelerine veyahut Noterlik Kanunu m. 69'a benzer bir düzenleme, Noterlik Kanunu'nda da yapılmalıdır²⁵. Ancak Noterlik Kanunu m. 69'daki bildirim, sadece ölüm hali için öngörülmüştür. Buna karşılık mal rejimleri ile ilgili yapılması gereken düzenleme ile TMK m. 225'te belirtilmiş olan sona erme hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde, bunun Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi yükümlülüğü getirilmelidir²⁶.

§ III. Eşlerin Malvarlıklarının Tespiti

A. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu m. 236, f. 1 hükmü, edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejiminin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda, eşlerin edinilmiş mal değerlerinin tespit edilmesini ve tespit edilen bu değer (kural olarak²⁷) yarısı oranında diğer eşe bir katılma alacağının tanınması gerektiğinden bahsetmektedir²⁸. Buna göre, mal rejiminin sona ermesi, her bir eşe (veya mirasçılara), ilk olarak, katılma alacağının belirlenmesi için edinilmiş mal değerlerinin tespit edilmesini isteme yetkisi vermektedir²⁹. Başka bir ifadeyle, tasfiyede ilk aşama, her

25 Bu düzenlemenin yerinin Noterlik Kanunu olduğu yönünde bkz. **Kılıçoğlu-** Aile, s. 313.

26 Aynı yönde bkz. **Kılıçoğlu-** Aile, s. 314.

27 TMK m. 237'ye göre, artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir. Bkz. **Zarife Şenocak**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değer İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, AÜHFD, Y. 2009, S. 2, C. 58.

28 Bkz. **Şükran Şıpka/ Ayça Özdoğan**, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2015, s. 81, 82.

29 Mal rejimi sona ermeden katılma alacağı doğmaz. Katılma alacağı, mal rejiminin devamı sırasında eşler açısından "beklenen hak" niteliğindedir. Tasfiyenin sona ermesi ile birlikte beklenen hak, katılma alacağına dönüşür Bkz. **Şükran Şıpka**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, (Şıpka- Zamaşımı), s. 842; **Özer Deniz**, s. 35; **Gökçen Topuz**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Hacı, SÜHFD, C. 9, S. 1, Yıl. 2011, (**Gökçen Topuz-** Edinilmiş

bir eşin malvarlığının, mal rejiminin sona ermesi anı itibariyle belirlenmesidir. Görüldüğü üzere, tasfiyenin başlangıcında, her bir eşin malvarlığında hangi hakların ve borçların yer aldığı tespit, tasfiyenin yapılabilmesinin ön şartıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, eşlerin malvarlığının belirlenmesi, her eşin sahip olduğu hakların ve yükümlü olduğu borçların dökümünün yapılması şeklinde olacaktır³⁰. Bunun için ilk olarak, eşlerin sahip oldukları bütün malvarlıklarını eksiksiz bildirmeleri gerekmektedir. İkinci olarak, bildirilen malvarlıklarının hangi eşe ait olduğu ve hangi mal grubuna dâhil olduğu hususunun açık olması gerekmektedir.

Eşlerden birisinin mal rejiminin tasfiyesi kapsamında, eşlerin malvarlığı değerlerinin tespitine ve bu değerlerin yarısı oranında katılma alacağına kendisine verilmesine yönelik talebinin diğer eşin uygun davranmaması ve eşler arasında uyuşmazlık çıkması durumunda tasfiyenin yapılması talebiyle dava³¹ açmak gerekmektedir³². Başka bir ifadeyle, gerek diğer eşin sahip olduğu malvarlıklarını bildirmemesi (veya eksik bildirmesi) durumunda, gerek bildirilen malvarlıklarının kime ait olduğu (edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğu) konusunda eşler arasında bir uyuşmazlık olduğu durumlarda, tasfiyenin yapılması talebiyle dava açılabilir.

B. Eşlerin Malvarlıklarının Varlığının İspatı

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde ilk olarak, eşlerin sahip oldukları malvarlıklarının varlığının ispatı gerektiği yukarıda ifade edilmişti³³. Hayatın olağan akışına göre her eş, kendi malvarlığının

Mal), s. 104; **Muzaffer Şeker**, Eşler Arasındaki Borçlar ve İcra Takibi, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul 2008, S. 66, s. 1913.

30 **Sarı**, s. 110.

31 Açılacak olan dava niteliği itibariyle, öğretideki bizim de katıldığımız bir görüşe göre, inşai davadır (bkz. **Ergun Önen**, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 75; **Şıpka-Zamanaşımı**, s. 840; **Mustafa Alper Gümüş**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, (**Gümüş- Mal Rejimleri**), s. 288; **Özer Deniz**, s. 36). Buna karşılık öğretideki diğer bir görüşe göre, bu dava bir eda davasıdır (bkz. **Sarı**, s. 108).

32 **Sarı**, s. 107; **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 215.

33 Bkz. §. III, A.

içeriği konusunda en kapsamlı bilgi verebilecek kişidir. Buna göre tasfiyede esas olan, her eşin kendi (aktif ve pasif) malvarlığı değerleri hakkında eksiksiz bilgi vermesidir. Çünkü bir eşin, diğer eşin malvarlığını tam olarak bilmesi beklenemez. Ayrıca TMK m. 223, f. 1'e göre, edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sırasında, eşler birbirinden bağımsız olarak kendi malları üzerinde yönetim, kullanma ve tasarruf yetkilerini kullanabilirler³⁴. Bu da her eşin, diğer eşin malvarlığının içeriği ve kapsamı hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmasının zorlaşması sonucunu doğurur³⁵.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında, eşler tasfiye için gerekli bilgileri vermekten kaçınabilir. Bunun bir sebebi, malvarlıklarının belirlenmesi yönünden eşler arasındaki menfaat çatışmasıdır. Söz konusu menfaat çatışması, tasfiyenin ilk aşamasında, eşlerin malvarlıklarının aktif ve pasif unsurlarıyla birlikte belirlenmesinde başlamaktadır³⁶. Zira tasfiyede, eşlerin tespit edilen malvarlıkları, öncelikle edinilmiş mal ve kişisel mal olarak ayırma tabi tutulur. Her eşin tespit edilen malvarlığı değerleri kural olarak edinilmiş mal sayılır ve borçları da kural olarak edinilmiş mallara ilişkin kabul edilir (TMK m. 222, f. 3; m. 230, f. 2, c. 2). Edinilmiş malların toplam değerinden, bu mallara ilişkin borçlar çıkartılarak tespit edilen artık değer üzerinden ise diğer eşin katılma alacağı belirlenir. Her eşin artık değerinin büyüklüğü oranında, yine bu eşin yerine getirmekle yükümlü olduğu diğer eşe ait katılma alacağı da artar. Malvarlığı sahibi eş, söz konusu malvarlığının kendi kişisel mal grubuna dâhil olduğunun ispatından kurtulmak veya edinilmiş mal niteliğinde olan malların katılma alacağının miktarını artırmasını engellemek için, malvarlığındaki bütün değerleri olduğu gibi beyan etmek istemeyecektir³⁷. Görüldüğü üzere, bir eşin malvarlığındaki değerlerin bilinmemesi, gerek ispat yükünden kurtulması gerekse katılma alacağının miktarının artışı engellemesi açısından tasfiyede o eş lehine bir durumdur. Öte yandan, bir eşin pasif değerlerinin bilinmesi ise, o eş lehine bir durum arz eder. Çünkü bir eşin borçları, kural olarak edinilmiş mallara ilişkin kabul edilir

34 **Zeytin**, s. 101; **Özer Deniz**, s. 6.

35 **Sarı**, s. 111.

36 **Sarı**, s. 112.

37 **Sarı**, s. 113; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, *Katkı- Katılma Alacağı*, 6. Baskı, Ankara 2016, (**Kılıçoğlu- Katkı**), s. 36.

(TMK m. 230, f. 2, c. 2). Buna göre, tespit edilen her borç, diğer eşin katılma alacağıнын miktarını azaltacaktır. Sonuç olarak, tasfiyede, eşlerin aktif ve pasif malvarlığı değerlerinin bildirilmesi hususunda eşler arasında bir menfaat çatışması söz konusudur. Bu sebeple tasfiyede eşler, pasif malvarlığı değerlerini bildirmelerine karşılık aktif malvarlığı değerlerini mümkün oldukça saklama yoluna gidebilirler³⁸. Bu durum, özellikle uzun süren³⁹ ve edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerden birisinin ölümüyle sonuçlandığı durumlarda ayrı bir önem arz eder⁴⁰. Zira eşlerden birisi hayatta olmadığından, malvarlığı değerleri hakkında bilgi vermesi mümkün değildir.

İsviçre Medenî Kanunu m. 170'e göre, eşlerden her biri, diğerinden geliri, malvarlığı ve borçları hakkında bilgi verilmesini isteyebilir. Gerekirse eşin talebi üzerine hâkim diğer eşi ya da bir üçüncü kişiyi gerekli bilgi ve belgeleri sunmak üzere yükümlü tutabilir. Mesleki sırlar saklıdır⁴¹. Ancak İMK'nın evliliğin genel hükümleri kısmında düzenlenen bilgi verme yükümlülüğüne (İMK m. 170), TMK'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla TMK'ya göre, eşlerin, tasfiye sırasında kendi malvarlıkları hakkında diğer eşe bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Her ne kadar öğretide, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesinde haklı bir sebep olarak kabul edilen TMK m. 206, f. 1, b. 4: "*diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri,*

38 **Sarı**, s. 113, 114.

39 "Yargıtay 'katkı oranının bilimsel olarak saptanması olanaksız ise yargıcın BK md. 43 gereğince takdir hakkını' kullanabileceğini kabul etmektedir (Yargıtay 2. HD, 29.05.2001, 4167/ 8384, Yargıtay 2. HD, 25.10.2005, 2005/ 12451, 2005, 14803) ... Bu gerekçe yerine TMK m. 227, f. 2'de katkıda bulunulan malın daha önceden elden çıkarılmış olması halinde hâkimin katkı alacağını "hakkaniyete" göre tayin edeceğine ilişkin hükmün, kıyasen malın elden çıkarılmamış olması için de uygulanacağını kabul etmek isabetli olur." **Kılıçoğlu**- Katkı, s. 36, 37.

40 **M. Beşir Acabey**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/ Barış Özbilen/ Ebru Şenöz), (**Acabey**- Sertifika Programı), s. 27; **Öztan**, s. 425.

41 Bkz. **Zafer Zeytin**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s. 91; **Sarı**, s. 111; **Kılıçoğlu**- Katkı, s. 97; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 144. Evlilik birliğinde eşlerin bilgi verme yükümlülüğü hakkında geniş bilgi için bkz. **Mustafa Alper Gümüş**, Evlilik Birliğinde Eşlerin Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümü, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 2, Yıl: 2006.

borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması” hükmünden hareketle, TMK’da dolaylı olarak bilgi verme yükümlülüğünün düzenlendiği ifade edilse⁴² de, tasfiye sırasında malvarlığı hakkında bilgi vermeyen diğer eşe karşı herhangi bir yaptırım uygulanacağını ifade etmek zordur. TMK’da bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınılmasının tek sonucu, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini mahkemeden talep hakkının doğmasıdır (TMK m. 206)⁴³. Dolayısıyla, Kanunumuzda, ilgili eşi veya üçüncü kişileri, tasfiyede önemi bulunan bilgileri vermeye zorlayacak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁴.

Kanaatimizce kanun koyucu, İMK m. 170 hükmü gibi bir hükmü TMK’da düzenlemeyerek, eşlerin malvarlıklarının varlığı hususundaki iddialarında ispat yükünü, genel hükümlere göre belirlemek istemiştir. Başka bir ifadeyle, mevcut duruma göre, İMK m. 170 gibi, diğer eşi veya üçüncü kişileri malvarlığı hakkında bilgi vermeye yükümlü kılan bir hüküm hukukumuzda bulunmadığından, eşlerin malvarlıklarının var olup olmadığının belirlenmesinde ispat yükü, HMK m. 190’a göre belirlenecektir. Dolayısıyla, eşlerin malvarlıklarının var olup olmadığının tespitinde ispat yükü, malvarlığının mevcudiyetinin ispatında kendi lehine hak çıkararak kişidedir. Bununla birlikte öğretideki bazı yazarlara göre, İMK m. 170 hükmüne benzer bir hükmün TMK’da düzenlenerek, eşlere ve üçüncü kişilere, malvarlıkları hakkında bilgi verme yükümlülüğü de getirilmesi isabetli olacaktır⁴⁵.

42 **Özcan**, s. 427; **Zeytin**, s. 69, 91; **Ayhan Uçar**, 4721 Sayılı Medenî Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD, C. IV, S. 1- 4, s. 329.

43 Bkz. **Kılıçoğlu**- Aile, s. 325; ; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 150; **Ömer Uğur Gençcan**, Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17- 18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/ Barış Özbilen/ Ebru Şenöz), (**Gençcan**- Sertifika Programı), s. 84 vd; **Demet Özdamar/ Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu, Aliye Akgün**, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 29.

44 **Sarı**, s. 112; **Kılıçoğlu**- Aile, s. 325.

45 Bkz. **Kılıçoğlu**- Katkı, s. 97. Alman Medenî Kanunu’nun 1379 uncu maddesine göre, eşlerden her biri, mal rejiminin sona ermesinden sonra, diğer eşe, sonuç malvarlığının durumu hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Bilgi malvarlığının aktif ve pasiflerini içermelidir. Alman Medenî Kanunu’ndaki düzenleme için bkz.

C. Eşlerin Malvarlıklarının Hangi Eşe ve Hangi Mal Grubuna Ait Olduğunun İspatı

1. Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, iki hususta eşler arasında uyuşmazlık çıkabilir. Bunlardan ilki, eşlere ait aktif veya pasif malvarlığının var olup olmadığı hususu, ikincisi ise, mevcut bulunan aktif veya pasif malvarlığının hangi eşe ve hangi mal grubuna ait olduğu hususudur. Bu durumda, tasfiyede ispat, beyandan kaçınılan malvarlığı değerlerinin ortaya konulması ve malvarlığı değerlerinin kime ve hangi mal grubuna ait olduğunun tespit edilmesi şeklinde olabilir.

Türk Medenî Kanunu'nun 222. maddesi, mal rejiminin tasfiyesinde ispat hususunu düzenlemiştir. Maddenin uygulanabilmesi için mal rejiminin sona ermiş ve tasfiyenin başlamış olması gerekmektedir⁴⁶. Söz konusu hüküm, *“belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır. Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.”* şeklindedir. Hükümün uygulama alanı, malvarlığının belirlenmesine yönelik eşler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklardan daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Buna göre, katılma alacağına yönelik menfaatleri bulunan herkes açısından da uygulama alanı mevcuttur⁴⁷. Başka bir ifadeyle, TMK m. 222 hükmü, mal rejiminin tasfiyesinde sadece eşler açısından değil, katılma alacağına yönelik menfaatleri bulunan herkes açısından uygulanır⁴⁸. Bu durumda söz gelimi, eşlerden birisinin alacaklısının mal rejimi tasfiyesi sırasındaki iddialarının ispatında da TMK m. 222 hükmü uygulanacaktır.

M. Beşir Acabey, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, (Acabey- Yasal Mal Rejimi), s. 129.

⁴⁶ **Öztaş**, s. 455; **Gümüş**- Mal Rejimleri, s. 274.

⁴⁷ **Kılıçoğlu**- Aile, s. 354; **Acabey**- Sertifika Programı, s. 27; **Osman Oy/ Gerçek Onur Oy**, Karı- Kocanın Edinilmiş Mallara Katılma ve Miras Hukuku Hakları, İstanbul 2016, s. 61; **Yaşar Şahin Anıl/ Yonca Taner**, Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, İstanbul 2011, s. 115.

⁴⁸ **Öztaş**, s. 456; **Sarı**, s. 116; **Kılıçoğlu**- Aile, s. 354; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 373; **Şıpka-Edinilmiş**, s. 123.

TMK m. 230, f. 2, c. 2 hükmü, “*hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borcun, edinilmiş mallara ilişkin sayılacağı*”nı düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, hangi eşe ve hangi mal grubuna ait olduğu anlaşılamayan borcun edinilmiş mallara ilişkin sayılacağı hususunda bir karineye yer vermiştir.

2. Eşlerin Malvarlıklarının Hangi Eşe ve Hangi Mal Grubuna Ait Olduğunun Tespitinde İspat Yükü

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 1’e göre, “*belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle*” yükümlüdür. Hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde ispat yükünün kime ait olduğunu düzenlemektedir. Öğretideki bir görüşe göre, TMK m. 222, f. 1 hükmü, HMK m. 190 ile paralellik arz etmektedir⁴⁹. Fakat kanaatimizce, TMK m. 222, f. 1 hükmü, HMK m. 190, f. 1 hükmünden birtakım farklılıklar içermektedir. TMK m. 222, f. 1’e göre ispat yükü, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse üzerindedir. Buna göre, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkarsın veya çıkarmasın, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, bunu ispat ile yükümlü olacaktır. Oysa HMK m. 190’a göre, “*ispat yükü, tasfiyede iddia edilen vakiyaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.*” TMK m. 222, f. 1 ile HMK m. 190, f. 1 hükmü her zaman birbirleriyle örtüşmeyebilir. Başka bir ifadeyle, bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, her zaman buna bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran kişi olmayabilir. Ancak, HMK m. 190, f. 1 hükmü, “*kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça*” ifadesi ile kanunda özel bir düzenleme bulunan halleri istisna tutmuştur. Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde ispat yükü, TMK m. 222, f. 1’e göre belirlenecektir⁵⁰.

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 1 hükmü, sadece eşlerin aktifinde yer alan hakların ispatında, ispat yükünün kime ait olacağını düzenlemiştir. Buna karşılık, malvarlığının pasifinin içeriğinin

⁴⁹ Kılıçoğlu- Aile, s. 354; Zeytin, 101; Özdamar/ Kayış/ Yağcıoğlu/ Akgün, s. 47.

⁵⁰ Öğretideki bir görüşe göre, malvarlığında yer alan hakların ispatında TMK m. 222, f. 1 değil, doğrudan TMK m. 6 uygulanacaktır (bkz. Sarı, s. 115, dn. 42’de anılan yazarlar).

belirlenmesinde ispat yükünün kime ait olacağını düzenlenmemiştir⁵¹. Bu durumda kanaatimizce, malvarlığının pasifinin belirlenmesinde HMK m. 190 hükmü uygulanacaktır⁵². Sonuç olarak, mal rejiminin tasfiyesinde, malvarlığının aktifinin ispatında TMK m. 222 hükmü, malvarlığının pasifinin ispatında ise HMK m. 190 hükmü uygulanacaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, malvarlığında yer alan hakların ve borçların ispatlanmasında, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf, iddia edilen vakıanın niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Başka bir ifadeyle, malvarlığı değerlerinin ispat edilmesinde menfaati olan taraf, ispat edilenin, malvarlığında yer alan bir hak veya borç olup olmamasına göre değişir. Dolayısıyla, malvarlığında yer alan aktiflerin ispat yükü ile pasiflerin ispat yükü farklılık arz etmektedir.

a) Eşlerin Malvarlıklarında Yer Alan Aktiflerin Tespitinde İspat Yükü

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 1 hükmü, malvarlığının aktifinin içeriğinin belirlenmesinde ispat yükünün kime ait olacağını belirlemiştir. Söz konusu hükme göre, “*belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle*” yükümlüdür. Burada sözü edilen ispat öncelikle eşler arasında söz konusudur. Ancak üçüncü kişilerce de böyle bir iddianın ileri sürülmesi durumlarında, aynı kural üçüncü kişiler için de geçerlidir⁵³. Hükme göre öncelikle, belirli bir malvarlığının mevcudiyetini iddia eden eş, bunu ispatla yükümlüdür. Bundan başka, TMK m. 222, f. 1’in diğer bir uygulama alanı da eşlere ait olduğu belli olan bir hakkın, hangi mal grubuna dâhil olduğunun ispatlanmasıdır. Buna göre, TMK m. 222, f. 1’e hükmü uyarınca, bir eşyanın herhangi bir mal grubuna ait olduğunu iddia eden eş, bunu ispat ile yükümlüdür⁵⁴.

⁵¹ Sarı, s. 117; Şıpka/ Özdoğan, s. 373.

⁵² Öğretideki bir görüşe göre burada TMK m. 6 ve TMK m. 188 hükmünden yararlanılabilir. Bkz. Şıpka/ Özdoğan, s. 373.

⁵³ Öztan, s. 456; Kılıçoğlu- Aile, s. 354; Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Ocak 2011, (Şıpka-Edinilmiş), s. 123; Acabey- Sertifika Programı, s. 27.

⁵⁴ Bkz. Oy/ Oy, s. 60, 61.

b) Eşlerin Malvarlıklarında Yer Alan Pasiflerin Tespitinde İspat Yükü

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 1 hükmü, sadece eşlerin aktifinde yer alan hakların ispatında geçerlidir. Malvarlığının pasifinin içeriğinin belirlenmesinde ise HMK m. 190 hükmü uygulama alanı bulur⁵⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190, f. 1'e göre, "*ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.*" Bu durumda, ilk olarak malvarlığının tasfiyesinde eşlerden birisinin pasifinde yer aldığı iddia edilen borçların varlığını ve miktarını, bundan lehine hak çıkaracak taraf ispat edecektir. Söz gelimi, tasfiye sırasında, üçüncü kişilere borcu olduğunu iddia eden eş, bu borcu ve miktarını ispat etmelidir. Çünkü söz konusu borcun varlığının ispatı neticesinde, diğer eşe daha az katılma alacağı ödeyecektir.

3. Eşlerin Malvarlıklarının Hangi Eşe ve Hangi Mal Grubuna Ait Olduğunun Tespitinde İspat Şekli

a) Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, eşlerin malvarlığı değerleri belirlenirken, malvarlığında yer alan aynı hakları, maddi yönleri ile fikri hakları, maddi değeri olan yenilik doğuran hakları, alacak haklarını, ortaklık haklarını ve diğer maddi değeri olan hakları ve borçları kapsayan bir döküm yapılacaktır⁵⁶.

İspat yükü kendine düşen taraf, mevcut uyuşmazlığın içeriğine göre, bu hak ve borçların varlığını veya kime ait olduğunu, söz konusu malvarlığı değeri üzerinden hak sahipliğini düzenleyen hükümler çerçevesinde her türlü delil ile ispatlayabilir⁵⁷.

⁵⁵ Bkz. yuk. §. III, C, 1.

⁵⁶ **Sarı**, s. 118.

⁵⁷ **Kılıçoğlu**- Katkı, s. 35; **Banu Fatma Günarlan**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı, Ankara 2017, s. 39; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 362. "Davalı kocanın kişisel malı olan ve 1999 yılında edindiği 13500 TL emekli ikramiyesini taşınmaz satın aldığı 24.09.2002 tarihleri arasında başka bir iş veya amaçla kullandığı yeterince araştırılmamış bu hususta ispat külfetinin bulunduğu taraf da dikkate alınarak şahit ifadeleri yeteri açıklıkta alınmamıştır. Davanın açığa kavuşturulması için şahit beyanlarına yeniden başvurulmasına ihtiyaç

Herhangi bir taşınmazın kime ait olduğu hususunda tapu kayıtları esas alınarak ispat edilebilir. Taşınır olarak ise, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi⁵⁸, zilyetliğin hak karinesi oluşturması açısından evlilik birliğinin özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin ortak ev eşyaları açısından zilyetliğin hak karinesi işlevi bulunmamalıdır. Bunun gibi, eşlerden birisinin kullanımında olsa dahi, değerli ziynet eşyaları açısından zilyetliğe dayanan hak karinesinin çürütülmesi kolay olmalıdır. Motorlu taşıtlar gibi resmi bir sicile kayıtlı olan taşınır üzerinde hak sahipliği, resmi siciller esas alınarak ispat edilebilir.

Herhangi bir alacak veya borcun varlığı, dayanağını hukuki işlem oluşturduğu ölçüde HMK hükümlerine tabi olarak ispatlanmalıdır⁵⁹. Buna göre örneğin, kural olarak, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri (2018 yılı için) 2960 (ikibindokuzyüzaltmış) Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle (2018 yılı için) ikibindokuzyüzaltmış Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz (HMK m. 200, f. 1)⁶⁰.

Ortaklık hakları, ilgili şirkete ait belge, kayıt ve defterlere dayanarak ispatlanabilir⁶¹.

b) Envanter Vasıtasıyla İspat

(1) Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 216. maddesi, eşlerden birisinin talebi üzerine diğer eşe envanter düzenleme yükümlülüğü⁶² getirmiştir. Söz

bulunmaktadır.” Yargıtay 8. HD, 24.12.2009, E. 2009/3542, K. 2009/6402, Şıpkı/Özdoğan, s. 362.

58 Sarı, s. 118, 119.

59 Sarı, s. 119.

60 Ancak, eşler arasında yapılan sözleşmeler açısından HMK m. 203, f. 1-a hükmü unutulmamalıdır.

61 Sarı, s. 119.

62 “Envanterin tutulmasını talep, eşlerden birisi için hak, diğeri için yükümlülüktür.” Öztan, s. 415.

konusu maddenin birinci fıkrası, “eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebilir.” şeklindedir. Maddenin me hazı, İsviçre Medenî Kanunu’nun 195 a maddesidir^{63,64}. Bu düzenleme, mal rejimlerinin tasfiyesinde, malların eşlere aidiyeti konusunda ortaya çıkabilecek ispat sorunları başta olmak üzere, eşlerin malvarlıklarının içeriğine ilişkin uyumsuzluklarda ispat kolaylığı sağlamayı amaçlamaktadır⁶⁵.

Türk Medenî Kanunu m. 216 hükmü, emredici bir hükümdür. Bu sebeple eşlerin önceden bu haktan vazgeçmeleri mümkün değildir⁶⁶. Bu hakkı kaldıran veya zorlaştıran sözleşmeler de kesin hükümsüzdür⁶⁷.

Envanter, düzenlendiği anda mevcut olan malların dökümü ile ilgilidir⁶⁸. Dolayısıyla envanterin, düzenlenmesinden sonraki bir tarihte iktisap edilecek olan (müstakbel) malları kapsayacak şekilde düzenlenmesi ve onlar hakkında ispat kolaylığı sağlanması mümkün değildir.

Envanter, mal rejimlerine ilişkin genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Buna göre, bütün mal rejimlerinde geçerli olmak üzere

63 **Kılıçoğlu-** Aile, s. 334.

64 Alman Hukukunda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre eşler, başlangıç malvarlıklarına ilişkin olarak bir envanter tutabilirler. Eşlerden her biri, kendi başlangıç malvarlığına ilişkin bir envanter tutulmasına iştirak etmesini, diğer eşten talep edebilir. Düzenlenen envanterin doğruluğu karine olarak kabul edilir ve aksi ispat edilebilir (**Acabey-** Yasal Mal Rejimi, s. 129).

65 **Gümüş-** Mal Rejimleri, s. 246; **Özdamar/ Kayış/ Yağcıoğlu/ Akgün,** s. 40; **Öztañ,** s. 415; **Nurten Yetik,** Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2008, s. 117. Eşler arasındaki mal ilişkilerinin önemi, bunun ortaya çıkardığı sorunlar ve özellikle evlilik anlayışı ile mal rejimleri arasındaki karşılıklı ilişki hakkında bkz. **Muammer Aksoy,** Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku İle Bağı, Ankara 1964, s. 15 vd.

66 **Kılıçoğlu-** Katkı, s. 92; **Zeytin,** s. 91; **Sarı,** s. 120; **Kılıçoğlu-** Aile, s. 335; **Kılıçoğlu-** Yenilikler, s. 186; **Öztañ,** s. 415.

67 **Sarı,** s. 120; **Kılıçoğlu-** Edinilmiş Mallar, s. 30.

68 “Defter, tutulma anı itibarıyla malvarlığına dönük karineyi ortaya koyar.” (bkz. **Acar,** s. 144).

envanter düzenlenebilir⁶⁹. Envanter masrafları normal olarak evlilik birliği giderlerine tabidir^{70,71}.

Kanaatimizce envanter, ispat veya delil sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilemez. Bundan başka, tarafların, tasfiyede ispatın sadece envantere dayanılarak yapılacağı hususundaki anlaşmaları da geçersizdir⁷².

(2) Taraflar

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 1, malların envanterinin tutulması talep hakkını eşlere tanımıştır. Söz konusu hüküm, “eşler”den bahsetmektedir. Hükümün lafzına göre, malların envanterinin düzenlenmesini talep edebilmek için tarafların evli olmaları gerekmektedir. Buradan, kanun koyucunun envanter düzenlenmesini talep imkanının zamansal sınırlarını belirlediği sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, TMK m. 216 hükmündeki envanter düzenlemesi, evliliğin devam ettiği dönem için geçerlidir. Bu dönem evlilik öncesini veya sonrasını kapsamaz. Başka bir ifadeyle, nişanlılar ve boşanmış eşler TMK m. 216 kapsamında malların envanterini düzenleyemeyeceklerdir. Buna karşılık, evlilik birliğinin kurulmasından önce ve sonra, tarafların resmî bir senet düzenleyerek malların dökümünü yapmalarında kanuni engel bulunmamaktadır. Fakat bu resmi senet, TMK m. 216 kapsamına dâhil olmayacak, genel hükümlere tabi olacaktır. Ancak öğretilerdeki bir görüşe göre, tasfiye evliliğin sona erdiği bir anda yapıyorsa, artık bu

⁶⁹ **Acabey-** Mal Grupları, s. 527; **Acabey-** Sertifika Programı, s. 28; **Elif Sonsuzoğlu,** Medeni Kanun’da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, İstanbul 2006, s. 17.

⁷⁰ **Öztaş,** s. 415; **Gümüş-** Mal Rejimleri, s. 248.

⁷¹ TNB’nin, 2003 tarihli, 117 sayılı Hukuk Dergisi’nde yayınlanan “Mal Rejimi Sözleşmeleri” başlıklı bildiri; “Türk Medenî Kanununun 216. maddesinde yer alan envanter senedinin mal rejimi sözleşmeleri gibi değer ihtiva etmediği takdirde harçlar kanununun 2 sayılı tarifesinin II. bölümünün 11. maddesi gereğince maktu harca ve maktu damga verisine tabi tutulmasının, değer ihtiva ettiği takdirde ise nisbi harç ve damga vergisine tabi tutulmasının uygun olacağı, değer gösterme zorunluluğunun bulunmadığı” ifade edilmiştir. (bkz. TNB Hukuk Dergisi, 15.05.2003, s. 117). 2018 yılı itibarıyla bu harç miktarı, 74.80 TL’dir [bkz. Harçlar Kanunu Genel Tebliği, 29.12.2017 tarihli, 30285 sayılı (mükerrer) RG].

⁷² Medenî muhakeme hukukunda ispat sözleşmeleri için bkz. **Sema Taşpınar,** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

tasfiye kapsamında envanter tutulmasını isteyebilmek mümkün olmalıdır⁷³.

Envanter düzenlenmesini eşlerden herhangi birisi isteyebilir. Bu durumda diğer eşin envanterin düzenlenmesine katkıda bulunması, envanter düzenlenmesi için gereken bilgi ve belgeleri sunması gerekmektedir⁷⁴. Başka bir ifadeyle, eşlerden birisinin talebi üzerine diğer eşin envanter düzenlenmesine katılması kanuni bir yükümlülüktür⁷⁵. Ancak önemle ifade edilmelidir ki, TMK m. 216 hükmü, diğer eşin bu yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması durumunda herhangi bir yaptırım öngörmemiştir⁷⁶. Öğretide, envanter düzenlenmesi talebinde bulunan eşin, aile mahkemesine⁷⁷ başvurarak mahkemeden envanter düzenlenmesini talep edebileceği ifade edilmektedir⁷⁸. Öğretideki bir görüşe göre, aile mahkemesi gerek gördüğü takdirde, notere envanter düzenlemesi için yetki verebileceği gibi, envanteri bizzat da düzenleyebilir⁷⁹. Ancak öğretideki başka bir görüşe göre, söz konusu

73 **Sarı**, s. 124.

74 İMK m. 170'te düzenlenen bilgi verme yükümlülüğüne, TMK'da yer verilmemiştir. Ancak, TMK m. 216, İMK m. 170'in bir uzantısı olarak değerlendirilebilir (bkz. **Zeytin**, s. 91).

75 **Öztaş**, s. 416.

76 **Zeytin**, s. 91; **Sarı**, s. 121.

77 Bu durumda görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4'e göre aile mahkemesidir (bkz. **Selma Baktır**, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 128). Yetkili mahkeme ise kanaatimizce, eşlerden birisinin yerleşim yeri olmalıdır.

78 **Kılıçoğlu**- Katkı, s. 92; **Öztaş**, s. 416; **Gümüş**- Mal Rejimleri, s. 247; **Sarı**, s. 121; **Zeytin**, s. 91; **Kılıçoğlu**- Edinilmiş Mallar, s. 30; **Şıpka**- Edinilmiş, s. 53; **Acar**, s. 143; **Ali İhsan Özüğür**, Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2015, s. 38; **Ömer Uğur Gençcan**, Yeni Medenî Kanununun Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulanması Sempozyumu, (Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi), TÜBAKKOM Ankara 2003, (**Gençcan**- Sempozyum), s. 101; **Acabey**- Mal Grupları, s. 527; **Acabey**- Sertifika Programı, s. 28; **Şıpka/Özdoğan**, s. 144; **Sonsuzoğlu**, s. 17; **Ömer Uğur Gençcan**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, (**Gençcan**- Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler), s. 70.

79 **Ömer Uğur Gençcan**, Mal Rejimleri, Ankara 2010, (**Gençcan**- Mal Rejimleri), s. 183; **Acar**, s. 143, dn. 148; **Gümüş**- Mal Rejimleri, s. 247; **Acabey**- Mal Grupları, s. 527; **Acabey**- Sertifika Programı, s. 28.

hükümde “resmi senet”ten söz edilmiş, “resmi karar”dan söz edilmemiştir. Bu sebeple, mahkemeye başvurmak suretiyle envanter düzenlenmesi talep edilemez⁸⁰. Kanaatimizce mahkeme, envanter düzenlemekten kaçınan eşin yerine kayyım atayarak da envanter düzenlenmesini sağlayabilir.

Eşlerden birisinin envanter düzenlenmesini istemesi durumunda, envanterin düzenlenebilmesi için üçüncü kişilerdeki bilgi ve belgelere ihtiyaç duyulması halinde, üçüncü kişilerin envanter düzenlenmesi için gereken belgeleri sunma yükümlülüğü var mıdır? Kanunda bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, TMK m. 216 kapsamında üçüncü kişilerin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, envanter düzenlenmesi talebinde bulunan eş, mahkemeye başvurarak üçüncü kişileri, ellerindeki bilgi ve belgeleri sunmaya zorlayamayacaktır.

Öğretide, diğer eşin, envanter düzenlenmesini isteyen eşin bu talebini yerine getirmekten kaçınması durumunun, TMK m. 206, f. 1, b. 4 kapsamında haklı neden olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁸¹. Buna göre, mallar hakkında envanter düzenlenmesini isteyen eş, diğer eşin envanter düzenlenmesinden kaçınması halinde, TMK m. 206 kapsamında olağanüstü mal rejimine geçilmesini mahkemeden talep edebilecektir.

Envanter düzenlenmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Malların envanterinin tutulmasını talep hakkı, öğretideki bir görüşe göre, nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Buna göre, kural olarak eşler bu hakkı şahsen kullanmak zorundadır. Ancak eşlerden birisinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde bu hak yasal temsilciler tarafından kullanılabilir⁸². Buna karşılık, öğretideki diğer bir görüşe göre, envanter tutulmasını talep hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Bu nedenle, iradî veya yasal temsilciler vasıtasıyla kullanılabilir⁸³.

80 Kılıçoğlu- Aile, s. 335.

81 Şıpka- Edinilmiş, s. 53; Zeytin, s. 69, 91; Uçar, 329.

82 Kılıçoğlu- Aile, s. 335; Acar, s. 143, dn. 151; Gümüş- Mal Rejimleri, s. 247. Kılıçoğlu'na göre burada nisbi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusudur. Bkz. Kılıçoğlu- Aile, s. 335.

83 Sarı, s. 120.

Envanter düzenlenmesini isteme hakkı, sadece eşlere verilmiş, eşlerin alacaklılarına veya eşlerin mirasçılara verilmemiştir⁸⁴. Son olarak, diğer eşin katılımı olmaksızın düzenlenen envanterin TMK m. 216 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁵.

(3) *Envanterin Konusu ve İçeriği*

Envanter, düzenlenme anında eşlerin bütün malvarlıklarının dökümü olarak düzenlenecektir. Kanunda “mallar” ifadesine yer verilmiştir. Öğretideki bir görüşe göre, burada kast edilen malvarlıklarının aktifleri, yani eşlerin malvarlıklarında yer alan bütün malvarlığı değerleridir⁸⁶. Buna göre, eşlerin malvarlığı değerlerinin neler olduğunun tespiti ile birlikte, söz konusu malların edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğu hususu da envantere belirtilecektir. Görüldüğü üzere öğretide, kanunda geçen “malları” ifadesi, eşlerin “aktif malvarlığı değerleri” olarak yorumlanmaktadır.

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 1 hükmü, eşlerin borçlarını envanterin kapsamına dâhil etmemiştir. Bu durumda TMK m. 216 kapsamında eşlerin, diğer eşin borçları hakkında envanter düzenlenmesini talep hakkı yoktur. Başka bir ifadeyle, TMK m. 216’ya göre kendisinden envanter düzenlenmesi talep edilen eşin, envanterin düzenlenmesi için borçlarını bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak eşlerin aralarında anlaşarak, borçlarını da kapsayan envanter düzenlemelerinin önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda, envantere düzenlenen malvarlığı hakları açısından TMK m. 216 hükmü uygulanır. Ancak envantere dâhil olan borçlar açısından, TMK m. 216’da öngörülen hukuki sonuçlar ortaya çıkmayacaktır⁸⁷. Kanaatimizce, envanterin eşlerin borçlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmesi durumunda envantere dâhil olan borçlar açısından, TMK’nın resmi senet hakkındaki genel hükümleri uygulanacaktır.

Eşler, envanterin içeriği konusunda sözleşme serbestisi kapsamında çeşitli sınırlamalar yapabilirler. Buna göre, sadece belirli bir malvarlığına

84 Acar, s. 143; Sarı, s. 120.

85 Gümüş- Mal Rejimleri, s. 247.

86 Sarı, s. 121.

87 Sarı, s. 122.

ilişkin envanter düzenlenebileceği gibi, belirli bir zaman dilimini kapsayan veya yalnızca bir eşin malvarlığı değerlerini konu alan envanter de düzenlenebilir⁸⁸. Ancak defter tutulmuş ise, kural olarak ilgili eşin bütün malvarlığının kaydedildiği varsayılır. Bu durumun aksi ispat edilebilir⁸⁹.

Eşler, evlilikleri süresince birden fazla envanter düzenleyebilirler. Buna göre, daha önce envanter düzenlenmiş olması, eşlerin yeniden envanter düzenlemelerine engel değildir. Böylelikle, malların envanterlerinin güncelliği sağlanmış olacaktır⁹⁰.

(4) Şekil

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 1’de, envanterin resmi senetle düzenlenebileceği öngörülmüştür. Kanaatimizce, söz konusu şekil şartı, geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Envanter düzenlenmesini talep eden eş, bunun resmi senetle düzenlenmesini talep edebilecektir.

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 1’de, envantere resmiyet kazandıracak merci belirlenmemiştir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60, f. 1, b. 2’ye göre “*kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak*” görevi noterlere verilmiştir. Buna göre, TMK m. 216’da belirtilen envanterin noterde düzenlenmesi gerekmektedir⁹¹.

Söz konusu maddede, envanterin düzenleme şeklinde mi yoksa onaylama şeklinde mi düzenleneceğine dair herhangi bir açıklık yoktur. Öğretideki bir görüşe göre, onaylama şeklinde düzenlenen envanter anılan madde kapsamına girmez. Buna göre, envanter sadece düzenleme

88 **Acabey-** Mal Grupları, s. 527; **Öztañ,** s. 416. Bundan başka eşler, envantere konu olan malvarlıklarının mali değerlerine de yer verilebilir. Ancak bu değerlere ilişkin açıklamalar, TMK m. 216, f. 2’deki karineden yararlanamaz (**Nazif Kaçak,** Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s 118).

89 **Acar,** s. 144.

90 **Sarı,** s. 124.

91 **Dural/ Ögüz/ Gümüş,** s. 203; **Kılıçoğlu-** Aile, s. 335; **Sarı,** s. 122; **Zeytin,** s. 92; **Özğür,** s. 38; **Aküntürk/ Ateş Karaman,** s. 154; **Acabey-** Mal Grupları, s. 527; **Özdamar/ Kayış/ Yağcıoğlu/ Akgün,** s. 39; **Sonsuzoğlu,** s. 17; **Gençcan-** Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler- s. 70; **Abdulkerim Yıldırım,** Türk Aile Hukuku Ankara 2014, s. 98.

şeklinde yapılabilir⁹². Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Çünkü madde hükmünde resmi senetten bahsedilmiştir. Resmi senetler, düzenleme veya onaylama şeklinde olabilir. Bundan başka, TMK m. 205 hükmüne göre mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır. Görüldüğü üzere, eşler arasındaki malvarlıklarını doğrudan ilgilendiren mal rejimi sözleşmesi dahi noterde onaylama şeklinde yapılabilirse, mallar hakkında ispat kolaylığı sağlayacak olan envanterin evleviyetle onaylama şeklinde de düzenlenebileceğini kabul etmek gerekir^{93,94}. Bundan başka, kanaatimizce envanter, Noterlik Kanunu m.198/A hükmü uyarınca elektronik ortamda da düzenlenebilir⁹⁵.

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 1’de eşlerden birisinin, diğerinden malların envanterlerinin resmi senetle yapılmasını isteyebileceği ifade edilmektedir. Ancak buradan, eşlerden birisinin talebi üzerine diğerinin, tek taraflı olarak envanter düzenlemesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Eşler arasında düzenlenen envanter, eşler tarafından imzalanmalıdır.

İster onaylama şeklinde olsun ister düzenleme şeklinde olsun, eşler arasında envanter düzenlenirken, noterin eşlerin beyanlarının doğru olup olmadığı hususunda ayrıca bir araştırma yapmasına gerek yoktur. Noter, gerekli hukukî bilgilendirmeden sonra, tarafların beyanlarını resmi senede bağlamakla yetinecektir⁹⁶.

Eşlerin, envanterin içeriği hakkında uyuşmazlık yaşamaları durumunda ne olacaktır? Söz gelimi, envanterin düzenlenmesi sırasında belirli bir malın kime ait olduğu hususunda uyuşmazlık yaşanabilir. Bu

92 **Sarı**, s. 123; **Günarşlan**, s. 41; **Acabey**- Sertifika Programı, s. 28.

93 TNB’nin, 2003 tarihli, 117 sayılı Hukuk Dergisi’nde yayınlanan “Mal Rejimi Sözleşmeleri” başlıklı bildiri; “Türk Medenî Kanununun 216. maddesinde yer alan envanter senedinin de noterliklerde düzenlenmesi gerektiği, bu envanter senedinin kanunu hazırlayan komisyonunun başkanı Prof. Ahmet Kılıçoğlu’nun görüşüne uygun olarak her iki eşin katılımı ile "düzenleme envanter senedi" başlığı altında yapılmasının” uygun olduğu ifade edilmiştir (bkz. TNB Hukuk Dergisi, 15.05.2003, s. 117).

94 “Envanterin resmi şekilde noterde yapılması gerekir; fakat mutlaka da mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması şart değildir.” **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 154.

95 Bkz. **Özbek/ Yardım**, s. 3 vd.

96 **Gümüş**- Mal Rejimleri, s. 248; **Zeytin**, s. 92; **Acar**, s. 144, dn. 155; **Acabey**- Mal Grupları, s. 527; **Acabey**- Sertifika Programı, s. 28.

tür bir uyuşmazlık çıkması durumunda öğretilerdeki bir görüşe göre, genel hükümler çerçevesinde uyuşmazlığın giderilmesine yönelik bir davanın açılması ve mahkemenin vereceği karara göre envanterin düzenlenmesi gerekecektir⁹⁷.

Son olarak kanaatimizce, TMK m. 166, f. 3 kapsamında yapılan anlaşmalı boşanma protokolünde⁹⁸ malların envanterine ilişkin yapılan düzenlemeler, TMK m. 216 kapsamında envanter kabul edilmemez. Zira TMK m. 216, envanterin resmî şekilde yapılmasını öngörmektedir⁹⁹.

(5) *Envanterin Tescili Sorunu*

Eşlerin TMK m. 216'ya göre düzenledikleri envanterin herhangi bir yerde tescil edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, envanterin varlığının ispatı açısından birtakım zorlukları beraberinde getirir. Özellikle evliliğin ölümle sona ermesi durumunda, bu envanterin düzenlendiğinin ispatı zor olacaktır. Zira evliliğin ölümle sona erdiği hallerde, düzenlenen envanteri menfaatlerine uygun bulmayan sağ kalan eş ya da mirasçılar, envanteri imha edebilir ya da böyle bir envanterin varlığını bildirmeyebilir.

Kanaatimizce, eşler arasında envanter düzenlenmesi durumunda, düzenlenen envanterin, (vasiyetnamelerde olduğu gibi) Noterlik Kanun m. 69'a¹⁰⁰ benzer bir düzenleme yapılarak, saklanmasını öngören bir düzenleme yapılmalıdır.

(6) *Envanterin İspat Kabiliyeti*

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 2 hükmü, bir adi kanuni karineye yer vermektedir. Bu hüküm, “*bu envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmışsa, aksi ispatlanmış olmadıkça bu envanterin doğru olduğu kabul edilir.*” şeklindedir. Fıkra hükmüne göre, envanterde düzenlenen hususların doğruluğu kabul edilecektir. Ancak bu

⁹⁷ Sarı, s. 122.

⁹⁸ TMK m. 166, f. 3 uyarınca düzenlenen anlaşmalı boşanma protokolünde, mal rejimlere ilişkin hususların düzenlenmesinin hukuki sonuçları için bkz. **Mustafa Serdar Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 862 vd; **Şipka/ Özdoğan**, s. 321, 322.

⁹⁹ Bkz. yuk. II, C, 3, b, (4).

¹⁰⁰ Bkz. dn. 19.

da envanterin, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmış olması şartına bağlanmıştır. Buna göre, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmış olması durumunda -aksi ispatlanmadıkça- envanterin doğruluğu kabul edilecektir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, TMK m. 216, f. 2 hükmünde, envanterin doğruluğunu kabul eden adi kanuni karineye yer vermiş, ancak bunu, envanterin malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmış olması şartına bağlamıştır.

Öğretideki bazı yazarlar, düzenlenen envanterin ispat yükünü tersine çevirdiğini ifade etmektedir¹⁰¹. Ancak kanuni karinelerin ispat yükünü tersine çevirdiği görüşü yerinde değildir. Çünkü kanuni karinelerin bulunması durumunda ispat yükü yine başta ispat yükü kendisine yüklenmiş kişidedir. Ancak ispat yükü kendisine yüklenmiş kişi, kanuni karineden yararlanırsa, bu kişinin ispat yükü ortadan kalkmış olur. Artık o kişinin ispat yüküne konu olan vakiayı ispat etmesine gerek yoktur. İşte bu durumda karşı tarafın yapacağı, bu karineyi çürütmek olacaktır. Bu durumda karşı tarafa düşen, ispat yükü değil, delil gösterme yüküdür¹⁰².

TMK m. 216, f. 2'de düzenlenen ve envanterin malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenmiş olması şartına bağlanan karine, kesin değildir; aksi ispat edilebilir. Bu durumda, bu envanterin gerçeği yansıtmadığının ileri sürülmesi ve söz konusu iddiayı ispat etmek için delil gösterilmesi suretiyle bunun ispatlanması mümkündür¹⁰³.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, envanterde düzenlenen hususların doğruluğu, envanterin, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmış olması şartına bağlanmıştır. Bu durumda, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmamış olan envanterin ispat kabiliyeti ne olacaktır? Başka bir ifadeyle, malların getirilmesinden

101 **Şıpka-** Edinilmiş, s. 126; **Sarı**, s. 124, 189; **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 154; **Gümüş-** Mal Rejimleri, s. 246, 275; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 374.

102 **Umar/ Yılmaz**, s. 173, 174; **Umar**, s. 575; **Tanrıver**, s. 778, 784, 785; **Atalay**, s. 15; **Hakan Albayrak**, Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s. 384.

103 **Akıntürk/ Ateş Karaman**, s. 154; **Kılçoğlu-** Aile, s. 335; **Sarı**, s. 124; **Şıpka-** Edinilmiş, s. 53; **Acar**, s. 144, 145; **Günarslan**, s. 41; **Sonsuzoğlu**, s. 17, 95; **Gençcan-** Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler, s. 71. Envanterin ispat şekli için bkz. aşa. III, C, 3, b, (7).

başlayarak bir yıl içinde düzenlenmemiş olan envanterin doğru olduğu kabul edilmeyecek midir? Bu hususta TMK m. 216'da açıklık bulunmamaktadır. Öğretideki baskın görüşe göre, bu durumda envanterin etkisi, genel hükümler (TMK m. 7) çerçevesinde kalacaktır¹⁰⁴. TMK m. 7 hükmü, resmi senetler lehine bir adi kanuni karineye yer vermiştir. Buna göre, resmi senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluştururlar¹⁰⁵. Bilindiği üzere TMK m. 216, f. 1'e göre, envanter, resmi senet olarak düzenlenir. Bu durumda, TMK m. 7 uyarınca envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenmiş olsun veya olmasın, -resmi senet hükmünde olduğu için- belgelediği olguların doğruluğuna kanıt oluşturacaktır. Dolayısıyla TMK m. 7 hükmü, her durumda envanter lehine adi kanuni karine öngörmektedir.

Sonuç olarak, kanaatimizce TMK m. 216, f. 2 hükmünün, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenen envanterin aksi ispatlanmış olmadıkça doğruluğunu kabul etmiş olması, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenmemiş olan envanterin doğruluğu hususundaki adi kanuni karineye engel teşkil etmez. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, resmi senet olarak düzenlenen envanter, TMK m. 7 hükmü kapsamında -her zaman- belgelediği olguların doğruluğuna kanıt oluşturacaktır.

Öte yandan, öğretideki bir görüşe göre¹⁰⁶, TMK m. 216, f. 2 hükmüne göre envanter, yasal içeriği ile sınırlı olarak ve mal rejiminin tasfiyesi yönünden eşler ile birlikte üçüncü kişiler yönünden de delil vasfına sahiptir. Buna karşılık, TMK m. 7'ye göre envanter, sadece eşler yönünden delil niteliğini haizdir. Kanaatimizce, TMK m. 216, f. 2

¹⁰⁴ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 203; **Gümüş- Mal Rejimleri**, s. 247; **Zeytin**, s. 92; **Sarı**, s. 174; **Acar**, s. 144, dn. 158. Buna karşılık öğretideki bir görüşe göre ise, bir yıllık süre geçtikten sonra düzenlenen envanterin ispat gücü, bir adi senedin ispat gücü gibidir (**Acabey- Mal Grupları**, dn. 150'de anılan yazarlar, s. 528, dn. 150; **Acabey-Sertifika Programı**, s. 28).

¹⁰⁵ **Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman**, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 221; **M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas**, Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 20. Baskı, İstanbul 2014, s. 330; **Mustafa Dural/ Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 254.

¹⁰⁶ **Sarı**, s. 124, 125.

hükümünün envantere taraf olmayan üçüncü kişilere karşı da ileriye sürülebileceği görüşünün hukuki dayanağı yoktur. Dolayısıyla bu noktada, TMK m. 216, f. 2 ile TMK m. 7 arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bundan başka, TMK m. 216, f. 2 hükmünün, envantere, düzenlendiği anın ötesinde, mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle mevcut hukuki durumun ortaya konulması açısından ispat gücü tanıdığı yönündeki görüşe de katılmıyoruz. Zira envanter, düzenlendiği anda mevcut bulunan malların dökümü ile ilgilidir. Envanterin düzenlenmesinden sonraki bir tarihte iktisap edilen malları kapsamı ve onlar hakkında karine oluşturması mümkün değildir. Dolayısıyla kanaatimizce, TMK m. 216, f. 2 ile TMK m. 7 arasında bu açıdan da herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

(7) İspat Usulü

Tasfiye sırasında taraflardan birisi, TMK m. 216 hükmü kapsamında düzenlenmiş bir envanteri delil olarak mahkemeye göstererek, tasfiyede söz konusu envanterin dikkate alınmasını sağlayabilir. Tasfiye sırasında taraflardan birinin, TMK m. 216 hükmüne göre düzenlenmiş bir envantere dayanması durumunda, karşı taraf, söz konusu envanterin gerçeği yansıtmadığını ileri sürebilir. Bu durumda, eşlerin TMK m. 216 hükmüne göre düzenledikleri envanterin aksinin nasıl ispat edileceği hususu gündeme gelmektedir. Öğretide, eşler arasında düzenlenen envanterin aksi, her türlü delil ile ispat edilebileceği¹⁰⁷; malların evlilik birliğine getirilmesinden itibaren, bir yıl içinde düzenlenen envanterin doğruluğunun aksi, kural olarak yazılı delil ile ispat edileceği¹⁰⁸ gibi görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıca bir görüşe göre de, taraflar arasında envanter düzenlenmiş olması, tarafların diğer delillere başvurmamasını engellemez¹⁰⁹. Bilindiği üzere envanter, resmi senet şeklinde, noterde yapılmaktadır (TMK m. 216, f. 1; Noterlik Kanunu m. 60, f. 1, b. 2). Söz konusu şekil şartı, geçerlilik (sıhhat) şartıdır. TMK m. 7'ye göre, resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir. Görüldüğü üzere, resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığının her türlü delille ispat edilebilmesi, kanunlarda aksine özel bir düzenlemenin

¹⁰⁷ Şıpka- Edinilmiş, s. 126.

¹⁰⁸ Özdamar/ Kayış, s. 33; Acar, s. 145

¹⁰⁹ Kılıçoğlu- Aile, s. 335.

getirilmemiş olmasına bağlanmıştır. HMK m. 201 hükmü ise, senede karşı tanıkla ispat yasağını (senede karşı senetle ispat kuralını) düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, miktarı ne olursa olsun senede karşı ileri sürülen her türlü hukuki işlemin iddiasının yine senetle yapılması gerekmektedir. Ancak, bilindiği üzere, TMK m. 216, f. 1’de düzenlenen şekil şartı, geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Bu sebeple kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu m. 13, f. 1, c. 1 ve Noterlik Kanunu, m. 81, f. 2 hükümleri uyarınca, envanterin gerçeği yansıtmadığının ispatı, TMK m. 216, f. 1 hükmü kapsamında noterde yapılan bir envanter ile yapılmalıdır¹¹⁰. Bundan başka kanaatimizce, HMK m. 208, f. 4 hükmü kapsamında, envanterin sahte olduğuna ilişkin sahtelik davası da açılabilir. Buna göre, söz konusu envanterin sahteliğini iddia eden taraf, ilgili evraka resmiyet kazandıran kişiyi (noteri) de taraf göstererek bir sahtelik davası açabilir (HMK m. 208, f. 4).

c) Karineler Vasıtasıyla İspat

(1) Paylı Mülkiyet Karinesi

Tasfiyede, öncelikle eşlerin hangi malvarlığı değerlerine sahip olduğu, sonrasında da eşlere ait olduğu belirtilen belli malvarlığı değerlerine eşlerden hangisinin sahip olduğu tespit edilir. Ancak özellikle eşlerin ortak kullanımındaki ev eşyaları gibi bazı malvarlığı değerlerinin¹¹¹ eşlerden hangisine ait olduğunun ispatı zordur. İşte, hiçbir eşin malvarlığı değerlerini kendisine ait olduğunu ispatlayamaması durumunda, TMK m. 222, f. 2 hükmü uygulanacaktır. Söz konusu hükme göre, “eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde” sayılır. Görüldüğü üzere, eşlerin belirli bir eşya üzerindeki hak sahipliğini ispatlayamaması durumunda, bu eşyanın eşlerin paylı mülkiyetinde sayılacağı kabul edilmiştir^{112,113}. Söz gelimi, eşlerin birlikte para yatırdıkları bir

¹¹⁰ Bkz. **Kuru-** Muhakeme Usulü, s. 2358 vd.

¹¹¹ **Gümüş-** Mal Rejimleri, s. 276; Ayrıca Bkz. **Şıpka/ Özdoğan**, s. 148, 149 ve 150’de yer alan Yargıtay kararları ve s. 373.

¹¹² **Gümüş-** Mal Rejimleri, s. 276; **Sarı**, s. 126; **Acabey-** Sertifika Programı, s. 29; **Kılıçoğlu-** Aile, s. 354; **Öztaş**, s. 456; **Çiğdem Mine Yılmaz/ Sevgi Bozkurt Yaşar**, Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı, TBB Dergisi, 2017/ 133, s. 460; **Gökçen Topuz-** Edinilmiş Mal, s. 98; **Oy/ Oy**, s. 61, 62.

hesaptaki paraların hangi eşe ait olduğu ispat edilemez ise, Kanunen bu malların eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilir¹¹⁴. TMK m. 222, f. 2 hükmü, sadece mülkiyete ilişkin olup, borçları kapsamamaktadır¹¹⁵.

Öğretideki bir görüşe göre, TMK m. 222, f. 2'deki durum varsayımdır¹¹⁶. Buna karşılık öğretideki başka bir görüşe göre buradaki durum teknik anlamda bir varsayım değil, kesin karinedir^{117,118}. Çünkü burada aksini ispat faaliyetinin yapılamamasına bir sonuç bağlanmakta ve artık bağlanan bu sonucun aksi ispat edilememektedir. Gerçekten de TMK m. 222, f. 2'deki durum, bir malın mülkiyeti konusunda eşlerin yapmış oldukları ispat faaliyetleri neticesinde, o malın eşlerden hangisine ait olduğunun belirlenememesi neticesinde söz konusu olur. Görüldüğü üzere kanun, bir malın eşlerden hangisine ait olduğunun ispat edilememesi durumuna, o malı eşlerin paylı mülkiyetinde sayma sonucunu bağlamıştır. Bu sebeple kanaatimizce tarafların bir malın kendilerine ait olduğunu ispat edememeleri neticesinde meydana gelmiş bu durumun aksinin ispatının tekrar söz konusu olması mümkün değildir. Çünkü eğer o malın eşlerden birisine ait olduğu ispat edilebilseydi, bu, eşlerin ispat faaliyetleri sırasında söz konusu olacaktı ve zaten bu durumda TMK m. 222, f. 2'deki durum ortaya çıkmayacaktı.

113 “Maddede ‘onların paylı mülkiyetinde sayılır’ ifadesi ile yetinilmiş, her bir eşin bu maldaki payının ne olduğu ifade edilmemiştir. Burada TMK m. 688, f. 2'deki ‘Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır’ hükmü uygulanacaktır.” **Kılıçoğlu-Aile**, s. 354.

114 **Kılıçoğlu**- Katkı, s. 91; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, (**Kılıçoğlu**- Yenilikler), s. 185; **Kılıçoğlu**- Edinilmiş Mallar, s. 29; **Öztan**, s. 457.

115 **Öztan**, s. 457; **Şıpka**- Edinilmiş, s. 125; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 374.

116 **Yağcıoğlu**, s. 69; **Gümüş**- Mal Rejimleri, s. 276 ve dn 221’de adı geçen yazarlar.

117 **Fatma Tülay Karakaş**, Karine Kavramı Kanuni Karineler ve Varsayımlar, (K.İ.B.B), (E.T: 24.06.2018).

118 Varsayım, bir kurucu unsurun hukuki sonuçlarının, başka bir unsur için de aynen kabulüdür. Başka bir ifadeyle varsayım, belirli bir olaya kanunen bağlanan sonuçtur. Oysa karinede, belirli (A) vakıasından, belirli olmayan (B) vakıasının kabulü söz konusudur. Varsayımda her iki vakıa da bilinmektedir. Ancak ilk vakıa için kabul edilen hukuki sonuç, ikinci vakıa için de geçerli sayılmaktadır. Karinede ise birinci vakıa bilinmekte, ancak ikinci vakıa bilinmemektedir. Karinelerle varsayımların farkı için bkz. **Tanrıver**, s. 787, 788; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 662, 663; **Umar/ Yılmaz**, s. 169; **Taşpınar**, s. 155, 156; **Budak/ Karaaslan**, s. 222.

Öğretideki bir görüşe göre, Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 2 hükmü, taşınmazlar açısından uygulanmaz. Çünkü taşınmazlar üzerindeki hak sahipliğinin tapu sicili vasıtasıyla belirlenmesi, taşınmazlar yönünden TMK m. 222, f. 2'nin uygulanmasını engellemektedir¹¹⁹.

Eşlerin paylı malları aynı zamanda edinilmiş mal niteliğini de taşıyabilir. Söz gelimi, evlendikten sonra eşlerin birlikte aldıkları ve tapuda ikisinin üzerinde gözükken bir ev, edinilmiş mal ve paylı mülkiyet konusu bir maldır¹²⁰. Öğretide, eşlerin bütün malvarlıklarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul eden TMK m. 222, f. 3 hükmünün, TMK m. 222, f. 2 hükmünün önemini azalttığı ifade edilmektedir¹²¹. Buna göre, herhangi bir malvarlığı değeri, aksi ispat oluncaya kadar edinilmiş mal sayılmakta ve diğer eş bu malın yarısı tutarında katılma alacağına sahip olmaktadır. Böylelikle, paylı mülkiyetteki hali ile eşit değerde alacak hakkı sahipliği elde etmektedir. Bu görüşe karşılık, öğretideki diğer bir görüşe göre, doğrudan bir eşya üzerinde pay sahibi olmak, söz konusu payın değeri ölçüsünde alacak hakkı sahibi olmak arasında nitelik farkı bulunmaktadır. Örneğin, paylı mülkiyet sahibinin, üstün yararın varlığını ispatlayarak diğer eşin payını alabilme imkânına sahip oluşu¹²², paylı mülkiyet ilişkisinin kabulünün avantajlarından birisi olarak değerlendirilebilir¹²³. Kaldı ki paylı mülkiyete tabi mal üzerinde paydaşların aynı hakkı (mülkiyet hakkı) bulunurken, katılma alacağı, eşlerden birisinin diğerine yöneltebileceği nisbi nitelikte bir alacak haktan ibarettir.

(2) Edinilmiş Mal Karinesi

Türk Medenî Kanunu'nun edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun, eşlerin malvarlığı değerlerini edinilmiş mal olarak kabul etme eğiliminde olduğu ifade

¹¹⁹ Sarı, s. 126.

¹²⁰ Özdamar/ Kayış, s. 48.

¹²¹ Bkz. Sarı, s. 127, dn. 71'deki yazarlar.

¹²² TMK m. 226, f. 2'ye göre, paylı mallarda paylaşım, eşlerden birisinin daha üstün bir yararının yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle aynı bir paylaşım şeklinde olabilir. Geniş bilgi için bkz. Ali Haydar Yağcıoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir 2007.

¹²³ Sarı, s. 127.

edilebilir. Gerçekten de edinilmiş mallara katılma rejimine dâhil olan edinilmiş mallar örnekleme yoluyla sayılırken, kanundan dolayı kişisel mallar sınırlı olarak sayılmıştır. Bundan başka, eşlerin sözleşme ile tasarruf edebildikleri sınırlı haller hariç, eşlerin iradeleri ile malvarlığı değerlerini mal gruplarından herhangi birisine özgülemeleri mümkün değildir¹²⁴. İşte kanun koyucunun, edinilmiş mallar lehine tutunmuş olduğu bu tavrın bir uzantısı da TMK m. 222, f. 3 hükmüdür. Söz konusu hükme göre, *bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir*. Görüldüğü üzere, kanunda edinilmiş mallar lehine bir durum öngörülmüştür¹²⁵. Burada ortada bir mal vardır ve maliki olan eş de bellidir. Ancak malik olan eşin, bunu evlilik süresince çalışması karşılığı mı satın aldığı, yoksa kendisine miras yolu ile mi kaldığı hususunda Kanun malın kişisel mal değil, edinilmiş mal olduğunu kabul etmiştir¹²⁶. Buna göre, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edilecektir¹²⁷.

¹²⁴ Zeytin, s. 111; Şıpka/ Özdoğan, s. 127.

¹²⁵ Kanaatimizce TMK m. 222, f. 3'te düzenlenen durum, teknik anlamda karine olarak nitelendirilemez. Çünkü burada bilinen bir vakıa ile bilinmeyen bir vakıanın varlığına ulaşılması durumu yoktur. Kanun, bir eşin bütün mallarını edinilmiş mal kabul etmiş, ancak aksinin ispatını mümkün kılmıştır. Bu sebeple kanaatimizce TMK m. 222, f. 3'teki durum sözde karinedir. Ancak, öğretildeki bir görüşe göre, TMK m. 222, f. 3 düzenlemesi karine değil, varsayımdır (**Gümüş-** Mal Rejimleri, s. 277). Oysa varsayımların aksi ispat edilemezken, TMK m. 222, f. 3'te kabul edilen durumun ise aksinin ispatı mümkündür. Bu sebeple öğretildeki bu görüşe katılmıyoruz.

¹²⁶ **Kılıçoğlu-** Yenilikler, s. 185; **Kılıçoğlu-** Katkı, s. 91; **Kılıçoğlu-** Edinilmiş Mallar, s. 29; **Öztaş,** s. 457; **Turan Ateş,** Türk Medenî Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 62; **Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk,** Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 103; **Şükran Şıpka/ Sezin Aktepe Artık,** Katılma Alacağı Davası Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 435; **Oy/ Oy,** s. 62.

¹²⁷ “Dava; mal rejiminin tasfiyesine ilişkindir. Araç, eşler arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bu rejimde mal kime ait ise onundur. Şayet diğer eş, bu aracın edinilmesine maddi bir katkı sağlamış ise, ispatlaması şartıyla, katkısı karşılığı bir alacak talep edebilir. Araç edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.” Yargıtay 2. HD, 11.03.2015, E. 2015/ 3260, K. 2015/ 4166, (E.T: 24.06.2018).

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 3'teki durumun aksi her türlü delil ile ispat edilebilir¹²⁸. TMK m. 222, f. 3'te düzenlenen durum, eşlerin aktif malvarlığı değerleri ile ilgilidir. Dolayısıyla eşlerin pasif malvarlığı değerleri hakkında TMK m. 222, f. 3 hükmü uygulanmaz¹²⁹. Ayrıca TMK m. 222, f. 3 hükmü, üçüncü kişilerin katılma alacağına yaptıkları icra takibi dışında sadece eşler arasında uygulanabilir¹³⁰.

(3) Edinilmiş Mallara İlişkin Borç Karinesi

Türk Medenî Kanunu m. 230, f. 2, c. 2 hükmüne göre, “*hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin*” sayılır. Kanaatimizce buradaki durum kesin karinedir. Çünkü TMK m. 222, f. 2'de olduğu gibi burada da aksini ispat faaliyetinin yapılamamasına bir sonuç bağlanmakta ve artık bağlanan bu sonucun aksi ispat edilememektedir¹³¹. TMK m. 230, f. 2, c. 2 hükmü ile TMK m. 222 hükmüne paralel bir düzenleme yapılarak hangi mal grubuna ait olduğu anlaşılamayan borçların edinilmiş mallara ilişkin olduğu kabul edilerek adil bir denge sağlanmaya çalışılmıştır¹³².

§ IV. Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağının İspatı

A. Değer Artış Payının İspatı

Değer artış payı (katkı) alacağı, TMK m. 227'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, “*eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan*

¹²⁸ Şipka- Edinilmiş, s. 125; Kılıçoğlu- Katkı, s. 35; Acabey- Sertifika Programı, s. 29; Anıl/ Taner, s. 115; Sonsuzoğlu, s. 25.

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Gümüş- Mal Rejimleri, s. 275.

¹³⁰ Gümüş- Mal Rejimleri, s. 274; Sonsuzoğlu, s. 25, 26.

¹³¹ Öğretide Zeytin, TMK m. 230, f. 2 hükmünün hem edinilmiş mal grubunun kapsamını hem de artık değere katılma alacağını belirlediğinden, emredici olduğunu, tarafların anlaşarak karinenin aksini kabul etmelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Zeytin, s. 253.

¹³² Zeytin, s. 252; “ Bir taraftan siz hangi guruba girdiği tartışmalı olan mal edinilmiş mal karinesi gereğince edinilmiş mal sayıyorsanız; tartışmalı olan borcun da edinilmiş mala ilişkin olduğunun kabul edilmesi hakkaniyete, adalete uygun bir düzenleme sayılmalıdır diye düşünüyorum.” Acabey- Sertifika Programı, s. 29.

değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır. Böyle bir malın daha önce elden çıkarılmış olması hâlinde hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler. Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler.” Değer artış payı alacağının tanımı öğretide: “Bir eşin evlilik süresince diğerinin bir mal edinmesine, malını iyileştirmesine, malını korumasına yönelik olarak karşılığında vazgeçmeksizin ve karşılığını tamamen veya uygun bir miktarda alamadığı, bir sözleşme ilişkisine dayanmayan kanundan doğan bir alacaktır¹³³.” şeklindedir. Değer artış payı alacağının söz konusu olabilmesi için, resmi bir evliliğin varlığı; katkının eşler arasında, malvarlığı veya emek ile karşılıksız olarak yapılmış olması; karşılığının ödenmemiş olması ve başka bir sözleşmeye dayanmaması gerekmektedir. Değer artış payı alacağı, hukukî nitelik itibarıyla kanundan doğan bir alacaktır^{134,135}.

133 **Kılıçoğlu-** Katkı, s. 8; Ayrıca bkz. **Zeytin**, s. 176 vd; **Nuri Aziz Midyat**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı, İstanbul 2017; **Zafer Zeytin**, Değer Artış Payı, Eklenecek Değerle ve Denkleştirme Alacağı, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17- 18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/ Barış Özbilen/ Ebru Şenöz), (**Zeytin-** Sertifika Programı), s. 43; **Oy/ Oy**, s. 81 vd; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 234.

134 **Kılıçoğlu-** Katkı, s. 8 vd. **Kılıçoğlu-** Edinilmiş Mallar, s. 57; **Kılıçoğlu-** Yenilikler, s. 215; **Şıpka-** Edinilmiş, s. 186 vd. **Ebru Ceylan**, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ocak 2006, s. 65; **Şamil Demir**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması, ABD, 2014/ 1, s. 258; **İpek Betül Demir**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, Ocak 2018, s. 109. Değer artış payı talep edilebilmesinin şartları ile ilgili olarak bkz. **Midyat**, s. 15 vd.

135 “Değer artış alacağı talebi değerlendirilirken, tarafların sosyal ve ekonomik durumları göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, değer artış alacağı talep edenin iddia edilen katkıyı sağlayabilecek durumda olup olmadığına; kendisinden değer artış alacağı talep edilenin de katkıya muhtaç durumda olup olmadığına dikkat etmek gerekmektedir. Söz gelimi, çalışmayan eş, diğer eşin edindiği mala katkıda bulunması mümkün olmadığından, katkı alacağı talep edemez” Yargıtay 13. HD, E. 2005/ 9963, E. 2005/ 16863, (bkz. **Kılıçoğlu-** Katkı, s. 35).

Mal rejiminin tasfiyesinde değer artış payı alacağı talebinde bulunan eşin, bu alacağının varlığını ispatlaması gerekmektedir¹³⁶. Bu açıdan, ispat yükü, değer artış payı alacağı bulunduğunu iddia eden eştedir. Kanaatimizce değer artış payı alacağı bulunduğunu iddia eden eş, bunu her türlü delil ile ispat edebilir¹³⁷.

B. Denkleştirme Alacağının İspatı

Türk Medenî Kanunu m. 220, f. 1, b. 1'e göre, yalnız eşin kullanımına yarayan eşyalar, hangi mal grubundan finanse edildiğine bakılmaksızın kişisel maldır. Mal edinilmiş mallarda finanse edilse dahi, yalnız bir eşin kullanımına yarıyor ise, kişisel mal sayılır. Ancak bu durum, diğer eşin edinilmiş mallarının, kişisel malları aleyhine azalmasına ve katılma alacağı azalmasına neden olabilir¹³⁸. İşte bu gibi durumlarda, hakkaniyeti sağlamak amacıyla, kanun koyucu denkleştirme alacağı kurumunu düzenlemiştir. TMK m. 230, f. 2'ye göre, *bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir*. Yine TMK m. 230, f. 3 hükmü, *“bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.”*şeklinde dir. Görüldüğü üzere, yalnız eşin kişisel kullanımına yarayan eşyanın edinilmesinde, edinilmiş mallardan harcama yapılmışsa, eşin edinilmiş mal grubunun kişisel mal grubundan denkleştirme alacağı kabul edilmiştir¹³⁹. Denkleştirme alacağı için yalnız eşin kişisel kullanımına yarayan eşyanın eşin yaşam standartlarına göre gerekli ihtiyaçları aşan nitelikte olması gerekmektedir.

¹³⁶ Bkz. dn. 102. Ayrıca bkz. **Mustafa Şimşek**, Uygulamada Mal Rejimi Davaları, TBB Dergisi, Y. 2012, S. 99, s. 391.

¹³⁷ Yargıtay bir kararında, davacının katkı payı oranında tazminat talebinde, tanık dâhil her türlü deliller toplanıp sonuca karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargıtay 13. HD, E. 2006/ 8742, K. 2006/ 13209 (**Kılıçoğlu**- Katkı, s. 35); Bkz. **Zeytin**, s. 222.

¹³⁸ **Şıpka**- Edinilmiş, s. 238; **Kılıçoğlu**- Yenilikler, s. 213; **Mehmet Demir**, Türk Medenî Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, TBB Dergisi, Y. 2005, S. 61, s. 299.

¹³⁹ **Zeytin**, s. 162, 163; **Özer Deniz**, s. 68, 69; **Şıpka/ Özdoğan**, s. 208, 209.

Mal rejiminin tasfiyesinde denkleştirme alacağı talebinde bulunan eşin, bu alacağının varlığını ispatlaması gerekmektedir. Burada, ispat yükü, denkleştirme alacağı bulunduğunu iddia eden eştedir. Kanaatimizce, denkleştirme alacağı bulunduğunu iddia eden eş, bunu her türlü delil ile ispat edebilir.

Sonuç

TMK m. 202, f. 1 hükmü, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasının asıl olduğunu düzenlemiştir. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi dışında başka bir rejimin geçerli olduğunu iddia eden kişinin bunu ispatlaması gerekmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, bunu iddia eden, iddiasını ispatla yükümlüdür. Olağanüstü mal rejimine geçilip tekrar edinilmiş mallara katılma rejimine geçildiği durumlarda, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin bulunduğunu iddia eden kişi, iddiasının ispatla yükümlüdür.

İMK m. 170’de düzenlenen eşlerin bilgi verme yükümlülüğü, TMK’da düzenlenmemiştir. Bu sebeple, tasfiye sırasında malvarlığı hakkında bilgi vermeyen diğer eşe karşı herhangi bir yaptırım uygulanamaz. Kanaatimizce İMK m. 170 hükmüne benzer bir hükmün TMK’da düzenlenmemesi bir eksikliktir.

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 1, eşler arasındaki malvarlığı değerlerinin ispatında ispat yükünün kime ait olacağını düzenlemiştir. Hükme göre, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak söz konusu hüküm, eşlerin aktif malvarlığı değerlerinin ispatı ile ilgilidir; pasifleriyle ilgili değildir. Bu durumda, eşlerin aktif malvarlığı değerlerinin ispatında ispat yükü, TMK m. 222, f. 1’e göre belirlenirken, eşlerin pasiflerinin ispatında ispat yükü, HMK m. 190, f. 1’e göre belirlenecektir.

Eşlerin malvarlıklarının ispatı, kanaatimizce kural olarak herhangi bir şekilde tabi değildir. Ancak herhangi bir alacak veya borcun varlığı, dayanağını hukuki işlem oluşturduğu ölçüde HMK hükümlerine tabi olarak ispatlanmalıdır.

Türk Medenî Kanunu’nun 222. maddesinin 2. fıkrasına göre, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır. Kanaatimizce, TMK m. 222, f. 2’deki karine kesin karinedir. Çünkü söz konusu hükme göre, bir malın eşlerden hangisine ait olduğunun ispat edilememiş olması durumunda, o malın eşlerin paylı

mülkiyetinde olduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla tarafların bir malın kendilerine ait olduğunu ispat edememeleri neticesinde meydana gelmiş bu karinenin aksinin ispatının tekrar söz konusu olması mümkün değildir. Çünkü eğer o malın eşlerden birisine ait olduğu ispat edilebilseydi, bu, eşlerin ispat faaliyetleri sırasında söz konusu olacaktı ve zaten bu durumda TMK m. 222, f. 2’deki karine ortaya çıkmayacaktı.

Türk Medenî Kanunu m. 222, f. 3 hükmü, edinilmiş mallar lehine bir karineye yer vermiştir. Söz konusu hükme göre, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Ancak TMK m. 222, f. 3’te düzenlenen karine, eşlerin aktif malvarlığı değerleri ile ilgilidir. Dolayısıyla eşlerin pasif malvarlığı değerleri hakkında TMK m. 222, f. 3 hükmü uygulanmaz. Türk Medenî Kanunu m. 230, f. 2, c. 2 hükmü, eşlerin borçları hakkında bir karineye yer vermiştir. Kanaatimizce buradaki karine, kesin karinedir. Söz konusu hükme göre, hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.

Türk Medenî Kanunu’nun 216. maddesi, eşlerden birisinin talebi üzerine diğer eşe envanter düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebilir. Kanaatimizce envanter, sadece düzenlendiği anda mevcut olan malların dökümü ile ilgilidir. Ayrıca envanter, ispat veya delil sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilemez. Bundan başka, tarafların, tasfiyede ispatın sadece envantere dayanarak yapılacağı hususundaki anlaşmaları da geçersizdir.

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 1 hükmü “eşler”den bahsetmektedir. Bu sebeple, kanaatimizce malların envanterinin düzenlenmesini talep edebilmek için tarafların evli olmaları gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, nişanlılar ve boşanmış eşler TMK m. 216 kapsamında envanter düzenleyemezler. Envanterin konusunu, eşlerin aktif malvarlığı değerleri oluşturur. Eşlerin pasif malvarlıkları hakkında TMK m. 216 kapsamında envanter düzenlemeleri mümkün değildir. Bundan başka eşler, envanterin içeriği konusunda belirli bir zaman dilimini kapsayan veya belirli mallara ilişkin envanter düzenleyebilirler. Envanter noterde düzenleme veya onaylama şeklinde resmi senet olarak yapılabilir. Mevcut hukuki düzenlemeye göre, envanterin herhangi bir yere tescili söz konusu değildir. Bu durum, envanterin varlığının ispatı konusunda bir takım sorunlara sebep olabilir. Bu sebeple kanaatimizce, envanterin

saklanması için Noterlik Kanunu m. 69'a benzer bir düzenleme yapılmalıdır.

Türk Medenî Kanunu m. 216, f. 2, bir adi kanuni karineye yer vermektedir. Söz konusu hükme göre, bu envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmışsa, aksi ispatlanmış olmadıkça bu envanterin doğru olduğu kabul edilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, TMK m. 216, f. 2 hükmünde, envanterin doğruluğunu kabul eden adi kanuni karineye yer vermiş, ancak bunu, envanterin malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmış olması şartına bağlamıştır. TMK m. 7 hükmüne göre ise, resmi senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluştururlar. Buna göre, resmi bir senet olarak düzenlenen envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenmiş olsun veya olmasın, belgelediği olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Kanaatimizce TMK m. 216, f. 2 hükmünün, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenen envanterin aksi ispatlanmış olmadıkça doğruluğunu kabul etmiş olması, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde düzenlenmemiş olan envanterin doğruluğu hususundaki adi kanuni karineye engel teşkil etmez. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, resmi senet olarak düzenlenen envanter, TMK m. 7 hükmü kapsamında -her zaman- belgelediği olguların doğruluğuna kanıt oluşturacaktır.

Türk Medenî Kanunu m. 227'de düzenlenen değer artış payı alacağının ve TMK m. 230, f. 1 ve 3'te düzenlenen denkleştirme alacağının alacaklısı olduğunu iddia eden kişi, bunu ispat etmelidir.

KAYNAKÇA

Abdulkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku* Ankara 2014.

Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.

Ahmet Başözen, *Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara 2010.

Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2016, (Kılıçoğlu- Aile).

Ahmet M. Kılıçoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002, (Kılıçoğlu- Edinilmiş Mallar).

Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katkı- Katılma Alacağı*, 6. Baskı, Ankara 2016, (Kılıçoğlu- Katkı).

Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medenî Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003, (Kılıçoğlu- Yenilikler).

Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2017.

Ali Haydar Karahacıoğlu/ Aynur Parlar, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

Ali Haydar Yağcıoğlu, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı*, İzmir 2007.

Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2015.

Ayhan Uçar, 4721 Sayılı Medenî Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, *AÜEHFD, C. IV, S. 1- 4*.

Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, İstanbul 1995, (Kuru- El Kitabı).

Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, c. II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (Kuru- Muhakeme Usulü).

Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017, (Kuru- Ders Kitabı).

Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013.

Banu Fatma Günarlan, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı*, Ankara 2017.

Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2015.

Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ankara 2014.

Bilge Umar/ Ejder Yılmaz, *İsbat Yüğü, Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş* 2. Baskı, İstanbul 1980.

Çiğdem Mine Yılmaz/ Sevgi Bozkurt Yaşar, *Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı*, TBB Dergisi, Y. 2017, S. 133.

Demet Özdamar/ Ferhat Kayış *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2014.

Demet Özdamar/ Ferhat Kayış/ Burcu Yağcıoğlu/ Aliye Akgün, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2017.

Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Ocak 2006.

Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 2, 3. Baskı, Ankara 2017.

Elif Sonsuzoğlu, *Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri*, İstanbul 2006.

Ergun Önen, *İnşai Dava*, Ankara 1981.

Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2016.

Fatma Tülay Karakaş, *Karine Kavramı Kanuni Karineler ve Varsayımlar*, (K.İ.B.B), (E.T: 24.06.2018).

Gökçen Topuz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi*, SÜHFD, C. 9, S. 1, Yıl. 2011, (Gökçen- Edinilmiş Mal).

Gökçen Topuz, *Medenî Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara 2012, (Topuz- İspat).

Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2017.

Hakan Albayrak, *Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara 2013.

Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukuku*, 14. Baskı, Ankara 2013.

Haluk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 2009.

Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2014.

İbrahim Özbay, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı*, Ankara 2013.

İbrahim Özbay/ Ferhat Çelik, *Boşanma Davalarında İspat Yükü ve Karineler*, *Yargıtay Dergisi*, C. 44, S. 1, Ocak 2018.

İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usul Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 5. Baskı*, İstanbul 1970.

İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Baskı*, İstanbul 2015.

İpek Betül Demir, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi*, Ocak 2018.

Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku 1. Cilt, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış 9. Baskı*, İstanbul 2012.

Levent Börü, *Medenî Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara 2016.

M. Beşir Acabey, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler*, *DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007*, (Acabey- Mal Grupları).

M. Beşir Acabey, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17- 18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/ Barış Özbilen/ Ebru Şenöz), (Acabey- Sertifika Programı).

M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, İzmir 1998, (Acabey- Yasal Mal Rejimi).

M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 20. Baskı, İstanbul 2014.

M. Reşit Belgesay, *İsbat Teorisi (Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller)*, C. III, İstanbul 1950.

Mehmet Demir, *Türk Medenî Kanunu'na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı*, TBB Dergisi, Y. 2005, S. 61.

Mehmet Kamil Yıldırım, *Medenî Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.

Miray Özer Deniz, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, İstanbul 2016.

Muammer Aksoy, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku İle Bağı*, Ankara 1964.

Murat Atalay, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku*, C. II, 15. Baskı, İstanbul 2017.

Murat Yavaş, *Medenî Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı*, MÜHFHAD, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, C. 21, S. 2, Y. 2015, (Yavaş- İspat Yükü).

Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara 2009, (Yavaş- Senet).

Mustafa Alper Gümüş, *Evlilik Birliğinde Eşlerin Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümü*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 2, Yıl: 2006, (Tek atıf yapılmıştır).

Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, İstanbul 2008, (Gümüş- Mal Rejimleri).

Mustafa Alper Gümüş, *Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; "Maddi Tazminat ve/ veya Yoksulluk Nafakası" ve/ veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki*, AÜEHFD, C. IX, S. 3-4 (2005), (Tek atıf yapılmıştır).

Mustafa Dural/ Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 7. Baskı, İstanbul 2012.

Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İstanbul 2015.

Mustafa Kılıçoğlu, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, İstanbul 2012.

Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Cilt, 4. Baskı, Ankara 2016.

Mustafa Serdar Özbek/ Mehmet Ertan Yardım, *Elektronik Noterlik İşlemleri*, TNB Hukuk Dergisi, Ankara 2016, Y. 3, S. 1.

Mustafa Şimşek, *Uygulamada Mal Rejimi Davaları*, TBB Dergisi, Y. 2012, S. 99.

Muzaffer Şeker, *Eşler Arasındaki Borçlar ve İcra Takibi*, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul 2008, S. 66.

Nazif Kaçak, *Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı*, Ankara 2010.

Necip Bilge/ Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 1711 Sayılı Kanuna Göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, Ankara 1978.

Nuri Aziz Midyat, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı*, İstanbul 2017.

Nurten Yetik, *Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2008.

Oğuz Atalay, *Delil Kavramı Üzerine*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009.

Oğuz Atalay, *Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001.

Osman Berki, *Mal Rejimleri ve Bunlardan Doğan Kanun İhtilafları*, AÜHFD, C. 1, S. 1.

Osman Oy/ Gerçek Onur Oy, *Karı- Kocanın Edinilmiş Mallara Katılma ve Miras Hukuku Hakları*, İstanbul 2016.

Ömer Uğur Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara 2002, (Gençcan- Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler).

Ömer Uğur Gençcan, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu*, Ankara 2013, (Gençcan- Yorum).

Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri*, Ankara 2010, (Gençcan- Mal Rejimleri).

Ömer Uğur Gençcan, *Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer*, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17- 18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları,

(Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/ Barış Özbilen/ Ebru Şenöz), (Gençcan- Sertifika Programı).

Ömer Uğur Gençcan, Yeni Medenî Kanununun Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması Sempozyumu, (Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi), TÜBAKKOM Ankara 2003, (Gençcan- Sempozyum).

Ömer Ulukapı, Medenî Usul Hukuku, Konya 2014.

Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.

Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.

Salih Özyakut/ Mehmet Beleş, Karşılaştırmalı- Açıklamalı- Şerhli ve Gereçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2014.

Selma Baktır, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.

Sema Taşpınar, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.

Şamil Demir, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması, ABD, 2014/ 1.

Şeref Ertaş, Eski Medenî Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar, DEÜHFD, Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 915-932 (Basım Yılı: 2014).

Şükran Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, (Şıpka- Zamanaşımı).

Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Ocak 2011, (Şıpka- Edinilmiş).

Şükran Şıpka/ Ayça Özdoğan, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2015.

Şükran Şıpka/ Sezin Aktepe Artık, Katılma Alacağı Davası Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015).

Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukuku*, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Baskı, Ankara 2012.

Turan Ateş, *Türk Medenî Kanununda Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2007.

Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, *Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku*, Yenilenmiş 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 15. Baskı, İstanbul 2013.

Yaşar Şahin Anıl/ Yonca Taner, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri*, İstanbul 2011.

Zafer Zeytin, *Değer Artış Payı, Eklenecik Değerle ve Denkleştirme Alacağı, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17- 18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları*, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/ Barış Özbilen/ Ebru Şenöz), (Zeytin- Sertifika Programı).

Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2017.

Zarife Şenocak, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değer İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi*, AÜHFD, Y. 2009, S. 2, C. 58.

Ziya Gökçe, *Edinilmiş Mallara Katılma*, AÜHFD, Y. 2016, C. 65, S. 4.

Ziya Gökçe, *Mal Rejimi- Noterlik Uygulamalarında Mal Rejimi İle İlgili Bazı Sorunlar*, (http://noterlikrehberi.net/rehber/idh_topic44350.html), (E.T: 05.07.2018).